

Nº 34
Segundo trimestre 2023

Gablex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 34

Junio 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>

Número 34. Junio 2023

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local.



D. Jordi Gimeno Beviá

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho Procesal

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 13

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

EL CICLO REGLAMENTARIO LOCAL: UNA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

D. José Manuel Bejarano Lucas 19

ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO Y DE LOS DIFERENTES CONTEXTOS: LA NECESIDAD DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS A NIVEL INTERNACIONAL RELATIVOS A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

D. Angel Corredor Agulló.....93

LOS CONCIERTOS SOCIALES, NOVEDADES JURÍDICAS Y SUS IMPLICACIONES.

D. Javier Mendoza Jiménez

D^a Isabel Otilia Gutiérrez Santana.....159

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

D^a. Carolina Sempere Gelardo179



LA REGULACIÓN DEL PRECIO DE LA ELECTRICIDAD Y
LA INTERVENCIÓN PÚBLICA ANTE LOS
DESEQUILIBRIOS DEL MERCADO

D. Carlos Fernández-Espinar Muñoz227

MARCO LEGAL DE LAS ELECTROCUCIONES DE
AVIFAUNA: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA
DE LEY, REMISIONES CONDICIONALES ILEGALES Y
ERRORES JURÍDICOS DE JUZGADOS

D. Salvador Moreno Soldado301

**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

LA GRATUIDAD DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN LAS
UNIVERSIDADES PÚBLICAS ESTATALES EN MÉXICO

D. Hilarino Aragon Matias.....351

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

EL INCUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE PRESCRIPCIONES
TÉCNICAS POR PARTE DE LA OFERTA DEL LICITADOR
NO SUPONE UNA EXCLUSIÓN AUTOMÁTICA

D. Jaime Pintos Santiago

D^a. María Dolores Fernández Uceda.....391



CUANDO LA DISCRECIONALIDAD SE VUELVE
ARBITRARIEDAD NO ES CONTROLABLE A TRAVÉS DEL
RECURSO ADMINISTRATIVO ORDINARIO.

D. Jaime Pintos Santiago

D^a. María Dolores Fernández Uceda.....401

BASES DE PUBLICACIÓN.....419



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 34

Junio 2023



EDITORIAL

En el número 34 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional siete artículos doctrinales que se suman a uno de internacional, una reseña de jurisprudencia, y una reseña de un libro, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. José Manuel Bejarano Lucas con el artículo que lleva por título "El ciclo reglamentario local: una revisión jurisprudencial".

Aborda una visión jurisprudencial de los aspectos más relevantes que han de ser considerados en el ejercicio de la potestad reglamentaria local, y en particular en el hoy conocido como ciclo reglamentario local.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Ángel Corredor Agulló que trata un tema de máxima actualidad "Análisis de derecho comparado y de los diferentes contextos: la necesidad de instrumentos jurídicos a nivel internacional en la maternidad subrogada".

A continuación, D. Javier Mendoza Jiménez y D^a Isabel Otilia Gutiérrez Santana realizan con brillantez un análisis jurídico de "Los conciertos sociales, novedades jurídicas y sus implicaciones". En concreto estudian dos



recientes autos del TJUE que han venido a resolver varias cuestiones fundamentales que se refieren a la posibilidad de restringir la participación solo a entidades sin ánimo de lucro y a la validez de ciertos criterios.

D^a. Carolina Sempere Gelardo analiza minuciosamente “La modificación de los contratos del sector público”. La autora hace un análisis de los distintos tipos de modificaciones contractuales en un contrato público, comenzando dicho análisis desde un punto de partida fundamental: las prerrogativas de la Administración Pública. Analiza las modificaciones previstas en los pliegos, las no previstas y la importancia, tanto de su posterior formalización, como de la publicación de las mismas, ya que, como consecuencia de los numerosos cambios que ha sufrido la LCSP respecto de la legislación previa, entre ellos las modificaciones de los contratos, a medida que sus preceptos se han ido poniendo en práctica, han ido generando nuevos retos y dudas.

A continuación, D. Carlos Fernández-Espinar Muñoz aborda un tema de máximo interés como es “La regulación del precio de la electricidad y la intervención pública ante los desequilibrios del mercado”.

El último artículo de la sección nacional corresponde a D. Salvador Moreno Soldado que trata el “Marco legal de las electrocuciones de avifauna: vulneración del principio de reserva de ley, remisiones condicionales ilegales y errores jurídicos de juzgados”.



La sección internacional cuenta con un trabajo de D. Hilarino Aragon Matias sobre "La gratuidad de la educación superior en las universidades públicas estatales en México".

Dentro de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez "El incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por parte de la oferta del licitador no supone una exclusión automática" y "Cuando la discrecionalidad se vuelve arbitrariedad no es controlable a través del recurso administrativo ordinario".

El Consejo de Redacción



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 34

Junio 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>

Gabilex

Nº 34

Junio 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



**“EL CICLO REGLAMENTARIO LOCAL:
UNA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL”**

**“THE LEGAL REGIME OF THE RIGHT OF
ACCESS TO PUBLIC INFORMATION AND
ITS PECULIARITIES AT THE LOCAL
LEVEL”**

D. José Manuel Bejarano Lucas

Adjunto a la Secretaría General del Pleno Del
Ayuntamiento de Marbella

Funcionario de Administración Local con habilitación de
carácter nacional (Subescala Secretaría – Categoría de
entrada y subescala secretaría – Intervención). Técnico
de Administración General de la Diputación de Cádiz
(en excedencia).

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto abordar una visión jurisprudencial de los aspectos más relevantes que han de ser considerados en el ejercicio de la potestad reglamentaria local, y en particular en el hoy conocido como ciclo reglamentario local, fruto de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las obligaciones de planificación y evaluación normativa que



derivan del Título VI de la LPAC, junto con el resto de previsiones que tradicionalmente se han venido contemplando para su ejercicio, en la legislación de régimen local, que se han visto perfiladas a lo largo de los últimos años, como consecuencia de su confluencia con otros bloques normativos, especialmente en materia de transparencia y legislación sectorial.

Abstract: The purpose of this paper is to address a jurisprudential vision of the aspects that must be considered in the exercise of local regulatory power, and in particular what is now known as the local regulatory cycle, the result of the incorporation into our legal system of the obligations of planning and regulatory evaluation that derive from Title VI of the LPAC, together with the rest of the provisions that have traditionally been contemplated for its exercise, in the local regime legislation, that have been shaped in recent years, as a result of their confluence with other regulatory blocks, especially in terms of transparency and sectoral legislation.

Palabras clave: ordenanzas, reglamentos, planificación normativa, ciclo reglamentario local, especialidades en el ámbito local.

Keywords: ordinances, regulations, regulatory planning, local regulatory cycle, specialties at the local level.

Sumario:



I.- INTRODUCCIÓN. UNA NUEVA DENOMINACIÓN PARA EL ITER PROCEDIMENTAL EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA LOCAL: EL CICLO REGLAMENTARIO LOCAL

II.- LA FASE DE PRE-PRODUCCIÓN NORMATIVA LOCAL

- El Plan Normativo Local
- La justificación de los principios de buena regulación
- La Consulta Pública
- Audiencia pública

III.- LA FASE DE APROBACIÓN DE NORMAS LOCALES

- Competencia
- Trámite de información pública
- Informes

IV.- CONCLUSIONES

V.- BIBLIOGRAFÍA



I.- INTRODUCCIÓN. UNA NUEVA DENOMINACIÓN PARA EL ITER PROCEDIMENTAL EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA LOCAL: EL CICLO REGLAMENTARIO LOCAL

Tradicionalmente la potestad reglamentaria local, y en particular, su íter procedimental general, ha venido siendo regulado tras la promulgación de la Constitución Española de 1978, con carácter básico en la ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, así como en lo que se refiere al ejercicio de la potestad reglamentaria de orden tributario, en el 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, dado que como ha tenido ocasión de señalar en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional, la potestad reglamentaria de los municipios, es inherente a la autonomía local constitucionalmente garantizada¹.

En tal sentido, el art. 4.1. LBRL reconoce al Municipio, la Provincia y la Isla, dentro de la esfera de sus competencias, una serie de prerrogativas y potestades, entre la que se encuentra expresamente la potestad reglamentaria, cuyo reconocimiento puede hacerse extensivo a otras entidades que conforman la Administración Local en su conjunto, como son las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, las

¹ **STC 214/1989**, de 21 de diciembre.



comarcas o áreas metropolitanas, siendo la legislación autonómica, la que debe concretar dicho reconocimiento (art. 4.2. LBRL), a salvo de las mancomunidades de municipios en que puede arbitrarse a través de sus respectivos Estatutos (art. 4.3. LBRL).

A lo que se añade desde la óptica procedimental, los trámites básicos que deben cumplimentarse en el ejercicio de la potestad reglamentaria local, básicamente contemplados en el art. 49 y 70.2 LBRL, cuyos términos damos aquí por reproducidos.

De otro lado, en lo que se refiere a la potestad normativa local de orden tributario, la misma es objeto de reconocimiento expreso en el art. 106.2 LBRL, siendo que sus especialidades de tramitación se contemplan a nivel de detalle en los art. 15 y ss TRLHL.

Junto a ambas manifestaciones "clásicas" del poder normativo local, también encontramos otras manifestaciones de la prerrogativa local de innovar el ordenamiento jurídico, como es el caso a modo de ejemplo del planeamiento urbanístico², el presupuesto

² En tal sentido, puede citarse entre otras muchas, la **STS, Sala de lo contencioso de 29 de abril de 2021**, Rec. 218/2020, cuando recuerda que *"...ciertamente, es abundante la jurisprudencia que, partiendo de la naturaleza normativa de los planes urbanísticos, califica de nulidad de pleno derecho los vicios que a ellos atañen, con la eficacia ex tunc que le es propia, y extrae de ello las consideraciones inherentes a tal categoría jurídica de invalidez..."*.



municipal³ o de los estatutos de las personificaciones instrumentales dependientes o vinculadas a la respectiva Entidad Local⁴, de forma que en tales casos, y especialmente en los dos primeros, en lo que respecta a sus especialidades procedimentales, ha de estarse con carácter general, a las particularidades de tramitación que en relación a tales instrumentos normativos locales, se contemplan en la legislación sectorial respectiva.

³ Tal como ha tenido ocasión de reiterar de forma reciente la **STS, Sala de lo contencioso de 29 de septiembre de 2022**, Rec. 6376/2021, cuando refiere que *"...es jurisprudencia de esta Sala que el presupuesto municipal tiene naturaleza normativa: así lo entendió, por ejemplo, la sentencia de la antigua Sección Séptima, de 28 de febrero de 1996 (recurso de casación 4688) y lo hemos recordado más recientemente en la sentencia de esta Sala y Sección de 22 de junio de 2015, (recurso de casación 3008/2013); una naturaleza normativa que no queda enervada por sus marcadas especialidades tanto por razón del procedimiento de elaboración como porque pueda vincularse a una cuestión de confianza, por su temporalidad o por constituir, en esencial, una previsión de ingresos y gastos"*.

⁴ Así lo refiere, la **STS, Sala de lo contencioso de 27 de octubre de 2010**, Rec. 100/2009, señalando al respecto que:

"Resulta pues indudable la naturaleza de disposición y no meramente de acto administrativo de los Estatutos de autos que, como indica el Ministerio Fiscal, poseen naturaleza normativa e innovadora al establecer las reglas por las que ha de regirse el ente local que se concreta y tiene vocación de permanencia, pues no se agota en la mera creación, sino que desarrolla y condiciona su funcionamiento futuro (...)"



Con todo, en los últimos años se está produciendo un incremento de la complejidad en la producción normativa local, y en particular en su vertiente procedimental fruto de la confluencia de diferentes bloques normativos que, con carácter transversal, ejercen una notable influencia que se hace necesario tener presente, a la hora de alumbrar o modificar una norma de carácter local, ya sea en sus manifestaciones clásicas o específicas, como tendremos ocasión de analizar con mayor nivel de profundidad a lo largo del presente trabajo.

Así, entre el elenco de normas de especial relevancia que han de tenerse en cuenta a los efectos pretendidos, destacan de un lado, la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y de otro especialmente, la ley 39/2015, de 1 octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, junto a un amplio elenco de previsiones específicas contenidas en la legislación sectorial.

Es precisamente la LPACA, la que ha supuesto un auténtico punto de inflexión, en el ejercicio de la potestad normativa por parte de las Administraciones Públicas en general, y en nuestro caso, en el poder reglamentario local, bajo el influjo del paradigma comunitario de la "legislación inteligente", también conocido bajo el anglicismo de "better and smart regulation".

En tal sentido, como refiere la exposición de motivos de la LPACA, en su Título VI, a la hora de abordar el ejercicio de la potestad normativa de las



Administraciones Públicas, se incluyen varias novedades para incrementar la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas, entre las que destaca, la necesidad de recabar, con carácter previo a la elaboración de la norma, la opinión de ciudadanos y empresas acerca de los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Asimismo, en aras de una mayor seguridad jurídica, y la predictibilidad del ordenamiento jurídico, se apuesta por un lado, por mejorar la planificación normativa ex ante, de forma que a priori, todas las Administraciones Públicas divulgarán un Plan Anual Normativo en el que se recogerán las propuestas normativas que vayan a ser elevadas para su aprobación el año siguiente, en tanto que de otro, se fortalece la evaluación ex post, puesto que junto al deber de revisar de forma continua la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación, se impone la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos y si el coste de las cargas derivados de ellas estaba justificado y adecuadamente valorado.

Previsiones, todas ellas que se materializan en el texto de la LPACA, a través de instrumentos como el Plan Normativo Anual, los principios de buena regulación, la consulta pública o la audiencia previa, así como la evaluación ex post con carácter periódico que debe materializarse a través del correspondiente informe.



Esa confluencia de previsiones de planificación y evaluación normativa que, con carácter general, se incorporan de forma novedosa también al ordenamiento local, dado el carácter básico que priori se predica en la LPACA, junto con las ya tradicionalmente existentes, bien en la normativa de régimen local, bien en la de carácter sectorial, ha cristalizado en lo que se conoce en nuestro caso, como el "ciclo reglamentario local", dado el alcance limitado del poder normativo que se reconoce a las Entidades Locales, siendo así que en dicho ciclo se aglutinan todos los trámites y actuaciones, que van desde la fase de reproducción normativa, hasta la evaluación "ex post" de las normas.

Expresión la del "ciclo reglamentario local" que ha encontrado eco en la doctrina de los autores, como es el caso de **VELASCO CABALLERO**⁵, al que citaremos al respecto de forma extensa, dado que como señala el referido autor, no se trata de acuñar una mera definición teórica o doctrinal, puesto que como al respecto refiere:

"...el Título VI de la LPAC no contiene -un procedimiento- de elaboración de reglamentos, pero sí normas -procedimentales- referidas a todos los reglamentos. Para expresar esta distinción se ha utilizado el binomio -ciclo normativo- versus -procedimiento normativo-.

Sería este último, el procedimiento normativo, la secuencia de trámites o actuaciones pautadas que se

⁵ **VELASCO CABALLERO, Francisco**. "Elaboración de Ordenanzas y Ley de Procedimiento Administrativo Común". R.V.A.P. núm. 113. Enero - Abril 2019. Págs. 299 - 349.



inician con la elaboración de un proyecto y que acaban con su aprobación definitiva.

Y serían reglas procedimentales del "ciclo normativo", aunque no "procedimiento normativo" en sentido estricto, otras actuaciones reguladas por la LPAC o por otras leyes que preceden o siguen al procedimiento normativo: las posibles consultas locales previas a una iniciativa normativa (art. 71 LBRL), la previa elaboración de un plan anual normativo (art. 132 LPACA, ya no imperativo para las entidades locales), las consultas públicas previas (art. 133.1 LPAC), la publicación (art. 70.2 LBRL) y la evaluación "ex post" de las normas (art. 130.1 LPAC).

La distinción entre "ciclo" y el "procedimiento" normativo no es sólo teórica.

De ella se puede extraer que sólo las infracciones del "procedimiento" en sentido estricto pueden, por sí mismas, viciar de nulidad radical un reglamento aprobado. En cambio, las actuaciones comprendidas en el "ciclo" normativo, aun siendo imperativas, normalmente no pueden determinar la nulidad de la ordenanza final. Tan sólo pueden dar lugar a declaraciones de invalidez no anulatorias o, en su caso, a condenas de hacer".



Siguiendo la estela del referido autor, también al “ciclo normativo local” se refiere **PRIETO ROMERO**⁶ cuando al respecto viene a referir que:

“...el ciclo normativo aplicable a las entidades locales puede definirse del siguiente modo: en primer lugar, la función de planificación normativa puede ejercerse con carácter facultativo, con periodicidad anual o plurianual; en segundo lugar, antes del inicio formal del procedimiento de elaboración de una ordenanza debe someterse al trámite de consulta pública con la finalidad de constatar su necesidad; en tercer lugar, el proyecto normativo será elaborado por los servicios correspondientes junto con su memoria de análisis de impacto normativo, que comprenderá la justificación de su contenido, el cumplimiento de los principios de buena regulación, el análisis de impactos económicos y sociales y, en su caso, los criterios que habrán de considerarse para su posible evaluación posterior; en cuarto lugar, el proyecto normativo y su memoria serán tramitados conforme al procedimiento establecido, principalmente, en el artículo 49 LRBRL; y, en quinto lugar, la norma aprobada será pública y entrará en vigor conforme a lo establecido en el artículo 130 LPACA y en el artículo 70.2 LRBRL”.

Y en concordancia con ello, también la nueva terminología del procedimiento de producción normativa local, comienza a ser interiorizada en algunos pronunciamientos judiciales, como es el caso de la **STSJ**

⁶ **PRIETO ROMERO, Cayetano**. “El procedimiento de elaboración de Ordenanzas por las Entidades Locales”. Revista Digital CEMCI, número 43, julio – septiembre 2019.



Andalucía, Sala de lo contencioso de 9 de diciembre de 2020, Rec. 113/2019, cuando refiere que:

"En efecto, el art. 132 LPAC impone el deber de programar anualmente la actividad reglamentaria de cada Administración Pública. Se trata de un deber propio del «ciclo» reglamentario, y por tanto previo al inicio de un concreto procedimiento normativo".

Por tanto, podemos concluir el presente apartado señalando que la confluencia de las obligaciones de "better and smart regulation" que se contemplan en el Título VI LPACA, si bien con diferente alcance tras la STC 55/2018, de 24 mayo, junto con las tradicionales previstas con carácter general en el art. 49 LBRL; o bien con carácter específico, como es el caso, a modo de ejemplo de las Ordenanzas Fiscales, en el TRLHL, conforman lo que a día de hoy puede denominarse el ciclo reglamentario local, integrando las diferentes fases y dimensiones de la producción normativa por parte de las Entidades Locales.

II.- LA FASE DE PRE-PRODUCCIÓN NORMATIVA LOCAL

Una de las principales novedades incorporadas al ordenamiento jurídico administrativo, tras la promulgación de la LPACA, viene constituida sin duda, por el objetivo de mejorar la participación ciudadana, así como la seguridad jurídica y la predictibilidad en la producción normativa por parte de las diferentes Administraciones Públicas, a través de la incorporación



de una serie de técnicas en el Título VI de dicha disposición legislativa, todas ellas a priori con carácter básico, y por ende exigibles en la producción reglamentaria local, que pueden aglutinarse bajo el anglicismo de "better and smart regulation", insertándose bien en la fase preparatoria del instrumento normativo correspondiente, bien en la fase de evaluación de resultados, y que se añaden al procedimiento tradicional de tramitación de Ordenanzas y Reglamentos contemplado en el art. 49 LBRL, con carácter general, o bien en otras disposiciones de carácter específico.

Técnicas de planificación y evaluación normativa, todas ellas que encuentran a priori anclaje constitucional en el art. 105.a) CE, cuando refiere que la ley regulará *"la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten"*.

Por lo que, en suma, tal como pone de relieve la exposición de motivos de la LPACA:

"El Título VI, sobre la iniciativa legislativa y potestad normativa de las Administraciones Públicas, recoge los principios a los que ha de ajustar su ejercicio la Administración titular, haciendo efectivos los derechos constitucionales en este ámbito.

Junto con algunas mejoras en la regulación vigente sobre jerarquía, publicidad de las normas y principios de buena regulación, se incluyen varias novedades para incrementar la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de



normas, entre las que destaca, la necesidad de recabar, con carácter previo a la elaboración de la norma, la opinión de ciudadanos y empresas acerca de los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de su aprobación, y los objetivos de la norma y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Por otra parte, en aras de una mayor seguridad jurídica, y la predictibilidad del ordenamiento, se apuesta por mejorar la planificación normativa ex ante. Para ello, las Administraciones Públicas divulgarán un Plan Anual Normativo en el que se recogerán todas las propuestas con rango de ley o de reglamento que vayan a ser elevadas para su aprobación el año siguiente.

Al mismo tiempo, se fortalece la evaluación ex post, puesto que junto con el deber de revisar de forma continua la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación, se impone la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos y si el coste y cargas derivados de ellas estaba justificado y adecuadamente valorado”.

No obstante, desde la promulgación y entrada en vigor de tales previsiones, debemos poner de manifiesto que su cumplimiento en el ejercicio de la potestad reglamentaria local, ha sido ciertamente confusa y dispar en lo que respecta a su aplicación, especialmente en determinadas manifestaciones del poder normativo local, como es el caso a modo de ejemplo, de las Ordenanzas Fiscales, o de la tramitación de los



instrumentos de planeamiento u ordenación urbanística, dada la previsión establecida en la Disposición Adicional Primera de la LPACA cuando refiere que *"los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta ley o regulen trámites adicionales o distintos se registrarán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales"*.

Así, en ambos casos, con base en la meritada disposición adicional, no han sido pocas las opiniones doctrinales o pronunciamientos judiciales, que han tratado de encontrar una "válvula de escape", para la inaplicación de las previsiones del Título VI, respecto de aquellas manifestaciones del poder normativo local que gozan de una tramitación específica en normas especiales, como es el caso, tal como decíamos, de las Ordenanzas Fiscales en el TRLHL, o del planeamiento urbanístico en las respectivas legislaciones urbanísticas de carácter autonómico.

Panorama que se torna en una mayor complejidad, tras el dictado de la STC 55/2018, de 24 de mayo, que viene a depurar algunas de las previsiones contempladas en el Título VI de la LPACA, reputando el carácter no básico de alguna de ellas, de las que sólo predica su aplicación a la Administración General del Estado, de ahí que declarándolas inconstitucionales no declare su nulidad, si bien, ello ha dado lugar a un escenario de mayor incertidumbre en el ejercicio de la potestad reglamentaria local, con pronunciamientos judiciales, que a raíz de tal concreción, añaden una mayor dosis de incertidumbre, dada la disparidad de criterios y falta de uniformidad en no pocas ocasiones.



Con todo, en lo que se refiere al caso de las Ordenanzas Fiscales y el Planeamiento Urbanístico, el TS, ha zanjado recientemente dicha polémica, que si bien referida a la consulta pública, su fundamento cabe entenderlo extensible al conjunto de instrumentos de planificación normativa previstos en el Título VI LPACA, siendo así que en virtud del mismo les devienen a mi juicio todas ellas en inaplicables, en tanto en cuanto no se contemplen en su legislación específica como es el TRLHL para el caso de la Ordenanzas Fiscales, o en la legislación urbanística autonómica para el planeamiento urbanístico⁷.

E igualmente, aunque no existe pronunciamiento expreso al respecto, idéntica conclusión podría alcanzarse respecto al Presupuesto Municipal y/o sus modificaciones, dada su regulación en una norma de carácter especial como es el TRLHL, que a su vez encuentra desarrollo procedimental en cuanto al Presupuesto en el Real Decreto 500/1990, de 20 de abril.

Así en lo que se refiere a las Ordenanzas Fiscales, ha venido a concluir la **STS, Sala de lo contencioso de 31 de enero de 2023**, Rec. 4791/2021, que:

"...el artículo 17 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

⁷ Así es el caso, a modo de ejemplo de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía, que contempla la consulta pública previa como acto preparatorio de los instrumentos de ordenación urbanística en su art. 76.



que regula el procedimiento de elaboración y aprobación de las Ordenanzas Fiscales Locales, constituye legislación especial por razón de la materia, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª, apartado 1, de la ley 39/2015, no resulta exigible seguir el trámite de consulta pública previsto en el art. 133.1 LPAC, como trámite previo al procedimiento de elaboración y aprobación de las Ordenanzas Fiscales establecido en el art. 17 TRLHL”.

Siendo así que como viene a sugerir, el propio TS:

“Lo expuesto aconseja que la loable finalidad de robustecer los mecanismos de participación ciudadana en la elaboración de ordenanzas fiscales se acometa, si se estimase necesaria reformar los mecanismos de participación pública ciudadana, mediante la oportuna reforma de esta legislación que es especial por razón de la materia, atendiendo a la singular conformación del ejercicio de la potestad reglamentaria local en materia fiscal”.

En tanto en cuanto, en lo que se refiere al planeamiento urbanístico la **STS, Sala de lo contencioso de 6 de febrero de 2023**, Rec. 1337/2022, ha venido a señalar que:

“...no rigen en la aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística la normativa contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para el procedimiento de aprobación de las disposiciones reglamentarias, sin perjuicio de que pudiera establecerse remisión expresa en la normativa autonómica”.



Por último, resta señalar que en lo que se refiere a la aplicación de las obligaciones de planificación normativa en los términos precisados por la STC 55/2018, al resto de manifestaciones de la potestad reglamentaria local de carácter ordinario tramitadas bajo los parámetros del art. 49 LBRL, como es el caso de la regulación de las prestaciones de patrimoniales de carácter público no tributario, se encuentra pendiente de resolución por parte del TS, ATS, Sala de lo contencioso de 6 de julio de 2022, Rec. 7629/2021, en aras de:

"Determinar si en la elaboración de las ordenanzas locales reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, ha de observarse el trámite previsto en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, con carácter previo a su aprobación inicial o, por el contrario, es suficiente, en la confección de este tipo de disposiciones, atender al procedimiento previsto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a los efectos de discernir, en caso de no cumplir con el trámite del artículo 133, si se está ante un defecto formal insubsanable constitutivo de nulidad de pleno derecho o no".

Es por ello, por lo que en tanto tal precisión no tenga lugar, se hace preciso abordar, la evolución de la aplicabilidad de las previsiones de planificación normativa desde la óptica doctrinal y jurisprudencial, en lo que se refiere a las manifestaciones ordinarias de la potestad reglamentaria local.

- El Plan Normativo Local



En lo referente a la obligatoriedad de cumplimentar y aprobar un Plan Normativo para el conjunto de las Administraciones Públicas, tal prescripción fue incorporada de forma novedosa por el Título VI LPACA, y en concreto por su art. 132, exigiendo la promulgación del correspondiente Plan Normativo, en los siguientes términos:

«1. Anualmente, las Administraciones Públicas harán público un Plan Normativo que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente.

2. Una vez aprobado, el Plan Anual Normativo se publicará en el Portal de la Transparencia de la Administración Pública correspondiente».

Si bien, como ya hemos referido la STC nº 55/2018, de 24 mayo, ha supuesto un punto de inflexión en la aplicabilidad de las previsiones de dicho precepto legal en el ejercicio de la potestad reglamentaria local, y en cierta medida diluida, pues como ha referido el máxime intérprete constitucional, respecto de tales previsiones que:

«Se trata de una regulación de carácter marcadamente formal o procedimental que desciende a cuestiones de detalle (periodicidad, contenido y lugar de publicación del plan normativo). De acuerdo con la STC 91/2017, FJ 6, esta previsión no puede entenderse amparada en el título bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), por lo que invade las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas».



Siendo que, a raíz de tal pronunciamiento constitucional, su aplicación a las Entidades Locales se torna en ciertamente problemática, dado que conforme a lo expresado, la aplicación de planificar normativamente con carácter anual través del correspondiente Plan, únicamente subsiste para la Administración General del Estado, y no para las CCAA, dado el carácter "no básico" del precepto, lo que genera a su vez la lógica incertidumbre, de sí lo que "no es básico" para las CCAA tampoco puede serlo para las Entidades Locales, y si por el contrario, para estas persiste el cumplimiento de las previsiones del art. 132 LPACA, dado que la STC 55/2018, de 24 de mayo, guarda silencio al respecto.

De ello se hace eco, la **STSJ Cataluña, Sala de lo contencioso de 12 de febrero de 2021**, Rec. 223/2019, refiriendo que:

"La STC 55/2018, de 24 de mayo, declaró contrarios al orden constitucional de competencias entre el Estado y las CCAA, los arts. 132 y 133 –salvo el primer inciso del apartado 1 y el primer párrafo del apartado cuarto- de la Ley 39/2015, siendo inaplicables para las CCAAs, por haberse extralimitado el legislador estatal en el ejercicio de su competencia básica ex art. 148.1.18 CE. Ciertamente es también, que en ningún momento precisa la STC qué ocurre con los reglamentos y ordenanzas locales.

Por tanto, se plantea si también ese exceso afecta a las disposiciones reglamentarias en el ámbito local. La cuestión es compleja y desde diversos sectores se



mantiene que si hay extralimitación del legislador estatal en el ejercicio de la competencia básica, también afecta a las Administraciones locales y no resultan aplicables esas previsiones”.

En consonancia con los interrogantes apuntados en lo referente al Plan Normativo, tras el pronunciamiento del TC, ha tenido ocasión de opinar la doctrina más autorizada, como es el caso del profesor **VELASCO CABALLERO**⁸, que se decanta por considerar que tras la STC 55/2018, el deber contemplado en el art. 132 LPACA sólo obliga a la Administración General del Estado y no, por tanto, a las entidades locales, lo que no impide que voluntariamente estas últimas puedan optar por contemplar en su reglamentación orgánica la obligación de planificación normativa, siendo a su juicio en tal caso, exigible incluso por terceros antes los tribunales, si bien sin que su omisión en tal caso pueda implicar la invalidez del instrumento reglamentario que se impulsa, dado su carácter extrínseco al procedimiento normativo, en sentido estricto.

En igual sentido, se pronuncia **ARAGUAS GALCERA**⁹ cuando viene a referir que:

⁸ **VELASCO CABALLERO, Francisco.** «Elaboración de Ordenanzas y Ley de Procedimiento Administrativo Común», Revista Vasca de Administración Pública, n.º 113, enero-abril 2019.

⁹ **ARAGUAS GALCERÁ, Irene.** «La planificación normativa», Revista General de Derecho Administrativo nº 56. Iustel. Enero 2021.



"A nivel local, una primera cuestión que se plantea es la aplicabilidad de las previsiones del art. 132 LPAC a las ordenanzas locales, todo ello teniendo en cuenta la falta de cualquier pronunciamiento sobre esta cuestión en la STC 55/2018 –que parece olvidar que el Título VI LPAC es de aplicación también a las entidades locales- y que la Sentencia no declara la nulidad de los preceptos impugnados, sino que únicamente señala que los mismos no resultan de aplicación a las Comunidades Autónomas.

Pues bien, bajo nuestro punto de vista, y a pesar de lo deseable de contar con un pronunciamiento expreso sobre esta cuestión, entendemos que el Plan Anual Normativo es un instrumento que tampoco es exigible a los entes locales, todo ello de acuerdo con el razonamiento que efectúa la citada STC 55/2018. Y es que, en efecto, el Tribunal declara que las previsiones incorporadas en el art. 132 LPAC son inconstitucionales porque "desbordan" el alcance de lo básico"; por lo que es difícil sostener que un precepto no básico para la Administración autonómica sí tiene esta condición para la Administración Local, cuyo régimen también se incardina, parcialmente, en el art. 149.1.18 CE

En este marco, la planificación normativa, tal como sucedía en el ámbito autonómico, queda carente de regulación..."

Tales conclusiones esgrimidas por la posición doctrinal que acabamos de expresar, también encuentra reflejo en el ámbito judicial, como es el caso de la **STSJ**



Andalucía, Sala de lo contencioso de 9 de diciembre de 2020, Rec. 113/2019, al expresar que:

«En efecto, el art. 132 LPAC impone el deber de programar anualmente la actividad reglamentaria de cada Administración Pública. Se trata de un deber propio del «ciclo» reglamentario, y por tanto previo al inicio de un concreto procedimiento normativo.

Pero tras la STC 55/2018, este deber del art. 132 LPAC sólo obliga a la Administración General del Estado y no, por tanto, a las entidades locales».

O también en la **STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso de 22 de marzo de 2022**, Rec. 48/2019, cuando en relación al Plan Normativo viene expresamente a referir que:

"...es claro que las prescripciones relativas a la potestad reglamentaria, artículos 128 y siguientes son de aplicación a las distintas Administraciones Públicas titulares de dicha potestad, por consiguiente, a los municipios, como deriva de su autonomía constitucionalmente garantizada y del art. 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. Y comprende obviamente las manifestaciones de la potestad reglamentaria de los Ayuntamientos en el campo tributario (...)

Pero lo decisivo aquí es la jurisprudencia constitucional, SSTC 91/2017, de 11 de agosto y 55/2018, de 24 de mayo; la primera enjuiciando la constitucionalidad de la Ley 2/2011, de Economía



Sostenible y la segunda precisamente de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (...)

El artículo 132 (plan normativo), sin embargo, no tiene cobertura en el mentado título constitucional, de modo que, al no constituir bases del régimen jurídico de las AAPP, deja de ser aplicable en punto a la potestad reglamentaria de las EELL (...)".

No obstante, pese a lo indicado, no resulta difícil encontrar pronunciamientos jurisprudenciales inclusive de la misma Sala, con un planteamiento dispar, en cuya posición parece subyacer que el impacto de la STC 55/2018, en el ejercicio de la potestad reglamentaria no es tal, en cuanto al Plan Normativo, esto es que parece mantenerse su vigencia para el ámbito local, si bien dado su carácter meramente programático su omisión carece de efectos invalidantes, siendo un exponente de cuanto decimos la **STSJ CCAA Valenciana, Sala de lo contencioso de 24 de noviembre de 2020**, Rec. 1941/2020¹⁰, que, frente al alegato de nulidad de pleno derecho por falta de omisión en el Plan Normativo de un instrumento reglamentario de carácter local, viene a señalar que:

"A lo anterior se opone el demandado alegando la declaración de inconstitucionalidad del referido precepto lo que supone, a su juicio, que dicho plan normativo sea

¹⁰ Y en igual sentido, **STSJ CCAA Valenciana, Sala de lo contencioso de 23 de noviembre de 2022**, Rec. 257/2022



aplicable, a la administración general del Estado pero no a las entidades locales, todo ello sin perjuicio de que el Ayuntamiento (apruebe) su propio plan normativo que debe ser configurado como un elemento de planificación para hacer efectivos los principios de transparencia y buen gobierno pero, en ningún caso, debe ser considerado como un elemento preclusivo que impida abordar una modificación reglamentaria necesaria (...)

En relación a lo que respecta a la vulneración del artículo 132 de la ley 39/2015, por la ausencia de la planificación normativa, cabe señalar, en primer lugar, que las Administraciones Públicas no están limitadas en sus potestades legales o reglamentarias porque la iniciativa de que se trate, no haya sido incluida en el plan normativo con un año de antelación, pues nada impide que no puedan ser aprobadas las no previstas en la planificación.

La naturaleza del plan normativo es la de un instrumento de carácter programático, carente de valor normativo, por lo que no puede afectar a la validez de la Ordenanza”.

Lo cual a su vez nos permite enlazar con aquellas posiciones, que aun defendiendo la obligatoriedad de elaborar el Plan Normativo anualmente para las Entidades Locales, tras la STC 55/2018, también en estos supuestos, la omisión de previsión alguna en dicho instrumento de planificación normativa, supone una mera irregularidad no invalidante, que no comporta efecto alguno respecto de la validez de la iniciativa reglamentaria local a tramitar no contemplada en el Plan, tal como ha tenido ocasión de mantener una sólida



línea jurisprudencial¹¹, superando así una posible analogía a la hora de considerar tal vicio una nulidad de pleno derecho para la Ordenanza y/o Reglamento a tramitar, en línea con lo que ocurre en el ámbito subvencional, en supuestos de omisión del Plan Estratégico de Subvenciones, instrumento que igualmente participa de una naturaleza programática¹², pero cuya omisión comporta unas consecuencias más funestas¹³.

Sin perjuicio de lo antedicho, resulta de sumo interés, también aquí, traer a colación lo señalado en la reciente, **STS, Sala de lo contencioso de 31 de enero**

¹¹ **STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso de 23 de noviembre de 2022**, Rec. 257/2022; **STSJ Castilla La Mancha, Sala lo contencioso de 22 de noviembre de 2022**, Rec. 148/2020; **STSJ Castilla León, Sala de lo contencioso de 13 de abril de 2022**, Rec. 498/2018; **STSJ Castilla León, Sala de lo contencioso de 5 de octubre de 2020**, Rec. 52/2019; **STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso de 10 de septiembre de 2020**, Rec. 264/2018

¹² Tal como defendía quien suscribe en otro momento. A tal respecto: **BEJARANO LUCAS, José Manuel**; «La implementación de la planificación normativa y de la denominada “better regulation” en el ámbito municipal», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 21, Quincena del 15 al 29 noviembre 2016.

¹³ **STS, Sala de lo contencioso de 4 de diciembre de 2012**, Rec. 4369/2011, **STS, Sala de lo contencioso de 29 de enero de 2013**, Rec. 559/2012, **STS, Sala de lo contencioso de 16 de abril de 2013**, Rec. 1372/2012 o **STS, Sala de lo contencioso de 9 de mayo de 2022**, Rec. 2317/2020.



de 2023, Rec. 4791/2021, anteriormente precitada, que fácilmente se proyecta sobre todos aquellos preceptos del Título VI LPACA, que han sido declarados “no básicos” para las CCAA por la STC 55/2018, cuando refiere al respecto que:

“Aunque tal declaración de inconstitucionalidad no se extiende explícitamente al ámbito de las Administraciones Locales, si tiene relevancia en tanto que la declaración de inconstitucionalidad se sustenta en el carácter no básico de esta regulación (...) y ello por cuanto el título competencial del Estado para regular el régimen local es aquí el mismo (...) esto es, las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, ex art. 149.1.18. CE.

Luego, lo que no constituye legislación básica respecto de las Comunidades Autónomas, tampoco puede tener tal consideración de legislación básica respecto de la Administración Local”.

Por tanto, en lo que respecta a la obligatoriedad del Plan Normativo, conforme al estado de la cuestión en la doctrina jurisprudencial, podría concluirse la falta de obligatoriedad de su aprobación, a salvo de que así se contemple en la legislación autonómica respectiva o bien en la reglamentación interna de la Entidad Local, e inclusive aunque pudiere considerarse preceptiva su aprobación dada la falta de claridad al respecto en lo que concierne a la potestad reglamentaria local conforme deriva de la STC 55/2018, la omisión de una iniciativa reglamentaria en dicho instrumento de planificación normativa no comporta su nulidad de pleno derecho, sino una irregularidad no invalidante, bastando por tanto



exteriorizar las razones o motivos, por los que se hace necesario su impulso y aprobación, en su caso.

- La justificación de los principios de buena regulación

En lo que se refiere a los principios de buena regulación, su incorporación al articulado de la LPACA, no resulta en principio ciertamente novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, sino que da continuidad a su regulación anterior, tanto en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, así como en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado¹⁴, generalizando tales principios para el ejercicio de potestades normativas con carácter general, y no únicamente referido a las normas sectoriales de contenido económico o con incidencia en la unidad de mercado.

Y en tal sentido, con su incorporación a la LPACA con carácter general y básico, como refiere **ANTELO MARTÍNEZ**¹⁵, se da cumplimiento a lo ya apuntado por

¹⁴ Vid. **PRIETO ROMERO, Cayetano**. "El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria". Revista de Administración Pública, núm. 201, septiembre - diciembre (2016), págs. 335 - 372.

¹⁵ **ANTELO MARTÍNEZ, Alejandro Ramón**. "Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015". REALA. Nueva época, nº 6, noviembre 2016, págs. 105 -121.



el Consejo de Estado¹⁶ con ocasión del anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, afirmando que:

"Los principios proclamados en ese artículo 4 están plenamente en línea con los criterios que este Consejo ha venido históricamente sentando en sus consultas sobre todo tipo de iniciativas normativas, si bien advirtió que los referidos principios no se circunscriben a un determinado sector de la actividad administrativa de índole reguladora, puesto que, por su alcance general, tienen vigencia y pleno sentido en cualquier actuación de tal naturaleza, y por ello, deben positivizarse como exigencia general e indeclinable de toda iniciativa normativa que se propongan las Administraciones Públicas".

Previsiones a las que, no obstante, deben añadirse por su relevancia, como abordaremos con mayor nivel de detalle, las previstas con carácter básico en el art. 7.3 de la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Asimismo, el carácter inicialmente básico de las provisiones contenidas para los principios de buena regulación en el art. 129 LPACA, también se ha visto afectado por la STC 55/2018, de 24 de mayo, que, en relación a los mismos, viene a sostener que:

"Los artículos 129 (...) de la ley 39/2015 no regulan las fases del procedimiento administrativo de elaboración de normas ni siquiera establecen la estructura general del iter procedimental. Se limitan a

¹⁶ **Dictamen 215/2010, de 18 de marzo.**



recoger directrices a las que deben responder las políticas, cualquiera que sea su signo, de los diferentes niveles de gobierno. Tales directrices, proceden, con pocos cambios, de los derogados artículos 4 (principios de buena regulación aplicables a las iniciativas de las Administraciones Públicas) y 5 (instrumentos de las administraciones públicas para la mejora de la regulación) y 7 (transparencia y seguimiento de la mejora regulatoria) de la ley 2/2011.

En particular, la obligación de justificar en el preámbulo la adecuación de la iniciativa reglamentaria de los principios de buena regulación (art. 129, apartados 1, segundo inciso, y 5) proviene del artículo 4.1, segundo inciso, de la ley 2/2011 (en la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios).

Ya hemos declarado que los artículos 129 (...) no resultan aplicables al ejercicio de la iniciativa legislativa por parte de los gobiernos autonómicos. En consecuencia, a la vista de la STC 91/2017, FJ 6, ha de entenderse que son bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18 CE) relativas a la elaboración de reglamentos y, por tanto, que no invaden las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas”.

Por tanto, a priori, la obligatoriedad de justificar su cumplimiento, en los términos previstos en el art. 129 LPACA, seguiría subsistiendo, en lo que se refiere al ejercicio de la potestad reglamentaria local a salvo de las manifestaciones específicas a las que ya nos hemos



referido, esto es ordenanzas fiscales y planeamiento urbanístico, a tenor de lo expresado por el TC, si bien, debe precisarse que su exigencia no resulta extrapolable a los actos administrativos dictados en aplicación de la correspondiente disposición reglamentaria¹⁷, en nuestro caso, de carácter local.

En lo que se refiere a su tratamiento, y en particular en lo atinente a su exigencia y efectos de su falta de justificación, puede señalarse que han sido mayoritarios los pronunciamientos judiciales, que en cierta medida han contribuido a su minusvaloración, admitiendo fórmulas vagas o inclusive implícitas en el cumplimiento de las previsiones del art. 129 LPACA, considerando que su omisión o deficiente justificación, no da lugar a la nulidad de la respectiva iniciativa reglamentaria de carácter local.

Un reflejo de cuanto decimos, queda asentado entre otras, en la **STSJ Castilla la Mancha, Sala de lo contencioso de 22 de noviembre de 2022**, Rec. 148/2020¹⁸, cuando al respecto refiere que:

¹⁷ En tal sentido, **STSJ Madrid, Sala de lo contencioso de 28 de diciembre de 2022**, Rec. 943/2021, cuando refiere que: *"Por lo que atañe al principio de proporcionalidad no cabe entender producida su infracción, al estarse ante un acto aplicativo de la normativa correspondiente, en tanto que el transcrito art. 129 LPAC, sobre principios de buena regulación, refiere a la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones"*.

¹⁸ Y en igual sentido, entre otras, pueden citarse la **STSJ Castilla León, Sala de lo contencioso de 14 de**



"Esta cuestión ha sido también analizada por el TSJ de Castilla y León, que, en sentencia de 13 de septiembre de 2019 (recurso 27/2018), ha señalado que "cierto es que el preámbulo de la Ordenanza aquí impugnada, no se contiene una justificación expresa de la adecuación a tales principios, más tal circunstancia no puede acarrear las consecuencias anulatorias que la recurrente pretende, pues hemos de tener presente que existe una normativa específica constituida por razón de la materia, constituida por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local y el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo, de 5 de marzo, que regulan el procedimiento de aprobación de las Ordenanzas Fiscales, el cual ha sido seguido por el Ayuntamiento (...)" criterio que, como ha quedado de manifiesto en el apartado anterior, también compartimos, por lo que no entendemos que la ausencia de justificación de los aludidos principios pueda comprender los efectos que se pretende (...)"

Asimismo, debe tenerse en cuenta que más allá de lo previsto en el art. 129 LPACA, y a las dudas que pueda suscitar su aplicación a determinados supuestos o manifestaciones del poder reglamentario local, nuestro ordenamiento jurídico no está huérfano de algunos de los principios enunciados en dicho precepto legal, cuya transgresión podría suponer la nulidad de la respectiva

octubre de 2022, Rec. 98/2022; **STSJ Extremadura, Sala de lo contencioso de 23 de junio de 2022**, Rec. 102/2022; **STSJ Extremadura, Sala de lo contencioso de 23 de junio de 2022**, Rec. 103/2022 o **STSJ Castilla La Mancha, Sala de lo contencioso de 13 de abril de 2022**, Rec. 498/2018



iniciativa reglamentaria local, como es el caso a modo de ejemplo, del principio de seguridad jurídica que encuentra plasmación en el art. 9.3 CE.

Así lo recuerda, la **STS, Sala de lo contencioso de 25 de febrero de 2021**, Rec. 1986/2019, cuando refiere en relación a este último que:

"La calidad técnica de la redacción de las normas es una exigencia ínsita en el principio de buena regulación, que, en realidad, no es tan novedoso como pudiera parecer, ya que más bien constituye una especificación de otros principios ya consagrados en nuestro ordenamiento jurídico al máximo nivel, entre ellos el propio principio de seguridad jurídica, contemplado en el artículo 9.3 CE. En esa línea, el Tribunal Constitucional señala, en su sentencia 46/1990, de 14 de marzo, FJ 4º, "que la exigencia del art. 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica, implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas".

La redacción de los preceptos controvertidos no es técnicamente correcta, pero no llega a ser contraria al principio de seguridad jurídica, pues como hemos dicho reiteradamente, reproduciendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional "solo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generasen



incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para el cumplimiento sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica” (por todas, STS de 9 de julio de 2018, rec. 1163/2018)”.

E inclusive el incumplimiento del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria, que puede encontrar anclaje en otros preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, ha servido de base al TS, para la estimación de un recurso contencioso – administrativo por inactividad de la Administración por el cauce del art. 29 LJCA¹⁹.

A ello debe añadirse que, más allá del debate doctrinal y judicial sobre la obligatoriedad o no de justificar el cumplimiento de los principios de buena regulación en los términos del art. 129 LPACA, o inclusive su exención para determinadas manifestaciones de la potestad reglamentaria local, no pueden perderse de vista las previsiones del art. 7.3 de la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, cuando con carácter básico y general para cualesquiera manifestaciones de la potestad normativa sin distinción, inclusive de carácter local, refiere que:

“Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los

¹⁹ **STS, Sala de lo contencioso de 8 de marzo de 2022**, Rec. 183/2021.



sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

En lo que respecta a la exigencia del cumplimiento de los postulados de dicha disposición legal que se caracterizan por su autonomía, y por ende no cuestionados en su aplicación, al contemplarse en un texto legal de diferente rango y alcance, sin perjuicio de su interconexión con el art. 129.7 LPACA, se ha mostrado mucho más severa la doctrina jurisprudencial, en lo que respecta a su incumplimiento o insuficiente justificación en el ejercicio de la potestad reglamentaria local.

En tal sentido, puede citarse la **STSJ Asturias, Sala de lo contencioso de 29 de diciembre de 2017**, Rec. 1058/2016 ²⁰, que viene a decretar la nulidad de una Ordenanza municipal ante la inexistencia de informe o memoria económica alguna que justifique el cumplimiento de lo establecido en el art. 7.3 LO 2/2012, pese a la clara incidencia en la vertiente del gasto, que se desprende de determinadas medidas contempladas en su articulado.

Y en línea con la anterior, se pronuncia la **STSJ Madrid, Sala de lo contencioso de 27 de julio de**

²⁰ Y en igual sentido, **STSJ Asturias, Sala de lo contencioso de 24 de septiembre de 2018**, Rec. 789/2017 o **STSJ, Asturias, Sala de lo contencioso de 29 de octubre de 2018**, Rec. 764/2017.



2020, Rec. 911/2018, que en cuanto a la aplicabilidad del art. 7.3 LOEPYSF sintetiza la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en relación con dicho aspecto, plenamente trasladable al ejercicio de la potestad reglamentaria local, apuntando las siguientes consideraciones:

«...como nos recuerda la STS de 7 de mayo de 2018, rec. 892/2016, que «la incorporación de una memoria económica —o instrumento equivalente, cualquiera que fuera su denominación— al procedimiento de elaboración de toda norma reglamentaria constituye una exigencia tradicional en la legislación estatal». Exigencia que ha sido actualizada, como hemos visto, en la citada Ley Orgánica 2/2012; siendo, además, recogido como uno de los «principios de buena regulación» en el artículo 129.7 de la Ley 39/2015 (...)

La doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera, como nos recuerda la ya citada STS de 7 de mayo de 2018, ha sido constante y pacífica respecto de la exigencia de la legislación estatal de incorporar la memoria económica al procedimiento de elaboración de toda norma reglamentaria (...) de modo que, como también nos recuerda la STS de 29 de junio de 2020, rec. 113/2019, más arriba citada, en su FD 3º, su omisión en el trámite de elaboración y aprobación ha venido siendo considerado por la jurisprudencia «como vicio determinante de la nulidad de la disposición general correspondiente».

Ahora bien, como señala dicha STS:



«la respuesta no es la misma cuando el trámite ha sido cumplido y lo que se cuestiona es, como en este caso, la suficiencia de la Memoria para el cumplimiento de los fines y objetivos a que responde y que ahora pueden deducirse del enunciado de los principios de buena regulación referidos de: necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, cuyo alcance respecto a la plasmación de cada uno se establece el citado art. 129 de la ley 39/2015.

En tal caso, la valoración sobre el cumplimiento y suficiencia del trámite ha de ponerse en relación con el contenido y alcance de la norma reglamentaria de que se trate, en la medida que la Memoria contenga aquellas valoraciones necesarias de los distintos elementos que la conforman (...) sobre las que incide sustancialmente la disposición general.

Así se deduce del criterio jurisprudencial sobre el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, plasmado en numerosas sentencias, como la 15 de marzo de 2019 (rec. 618/17) que se refiere a la de 13 de noviembre de 2000, en el sentido de que su observancia «tiene un carácter «ad solemnitatem» de modo que la omisión del procedimiento o un defectuoso cumplimiento, que se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra a la nulidad de la disposición que se dicte...».

Doctrina como la que expresamos, que ha sido expresamente objeto de refrendo en relación a Ordenanzas municipales por el **ATS n.º 5429/2021**,



Sala de lo contencioso de 29 de abril de 2021, Rec. 5257/2020, cuando concluye que:

"...es constante la doctrina jurisprudencial sobre la incorporación de la memoria económica al procedimiento de elaboración de toda norma reglamentaria, hasta el punto de que su omisión en el trámite de elaboración y aprobación ha venido siendo considerado como vicio determinante de la nulidad de la disposición general o reglamentaria".

Por tanto, inclusive en aquellos supuestos en que pueda justificarse que la iniciativa normativa local no tiene impacto económico, o el mismo, es poco relevante y puede asumirse con medios propios, ello debe quedar debidamente justificado a través de memoria o informe, como trasluce de la **STSJ Castilla León, Sala de lo contencioso de 22 de julio de 2022**, Rec. 692/2020, que rechaza la nulidad de una Ordenanza municipal por tal motivo, bajo las siguientes consideraciones:

"Tampoco se comparte esta censura teniendo en cuenta que figura en el expediente el informe del Interventor Municipal de 29 de enero de 2020, emitido en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (...) donde se indica que (...) de conformidad con lo dispuesto en la memoria referente al "impacto normativo y económico", se considera que el impacto en los gastos e ingresos no se prevé sea significativo, respecto a la situación actual. Habiendo informado en su día por la Gerencia de Urbanismo sobre la posibilidad de asumir las funciones de intervención en esta materia con los medios



personales y materiales con que cuenta. Por ello el informe de Intervención considera que esta ordenanza no tiene efectos negativos sobre el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

Si bien a los efectos del art. 7.3 de la LO 2/2012, y en lo que se refiere a su justificación en el caso de las Ordenanzas Fiscales, se ha considerado suficiente la existencia de informe técnico económico en el que se justifique la estimación de ingresos, así como en su caso el aprovechamiento económico que resulta del dominio público local en relación a una tasa, como es el caso, de la **STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso de 24 de noviembre de 2020**, Rec. 211/2020, cuando concluye que:

“...teniendo en cuenta que las exigencias introducidas en dicho precepto responden a la finalidad de garantizar los principios de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria que define la LO 2/2012, entiende esta Sala suficiente la motivación del referido informe (...) en la medida en que se explicita y cuantifica la estimación de los ingresos por cada uno de los cinco años en los que estaba previsto el incremento gradual de las tarifas lo que debe conducir a la desestimación de este motivo de impugnación”.

Finalmente, en lo que se refiere a este apartado, se hace necesaria una precisión específica en lo que se refiere al planeamiento urbanístico, como manifestación específica del poder normativo local, dado que las exigencias del art. 7.3 de la LO 2/2012, quedan colmadas a través de otros informes y documentos de



carácter económico contemplados en la legislación urbanística tanto estatal como autonómica, como es el caso del estudio económico financiero, el informe de sostenibilidad económica o la memoria de viabilidad económica, cada uno de ellos con una finalidad y alcance distinto²¹.

- La Consulta Pública

En cuanto a la consulta pública, descartada tal y como hemos visto su aplicación para ordenanzas fiscales y planeamiento urbanístico, centraremos nuestra atención en la aplicación de su régimen jurídico al respecto de manifestaciones de la potestad reglamentaria local.

Efectuada tal precisión, en lo relativo a la consulta pública contemplada ab initio en el art. 133 LPACA, tras el dictado de la **STC n.º55/2018, de 24 de mayo**, la obligación de sustanciarla se mantiene con carácter básico, si bien en cuanto al resto de previsiones referidas a medios de publicidad, excepciones, etc, considera el máximo intérprete de nuestra Carta Magna, que invaden las competencias de las CCAA, por entrar en aspectos de detalle, y por ende no ajustadas al marco constitucional de distribución de competencias, sin perjuicio de que no se decreta su nulidad, por continuar siendo íntegramente aplicable a la Administración General del Estado, si bien al igual que en otros instrumentos de planificación

²¹ En tal sentido, resulta ilustrativa al respecto la **STS, Sala de lo contencioso de 16 de febrero de 2021**, Rec. 8387/2019.



normativa previstos en el Título VI, nada se dice expresamente en relación a las Entidades Locales.

Pese a dicha falta de pronunciamiento sobre el alcance y afectación a las Entidades Locales, no puede perderse de vista que la regulación del art. 133 LPACA, persiste con carácter básico en algunos aspectos, como es el caso de evacuar una consulta pública, si bien sus términos de desarrollo han de ser completados por la respectiva CCAA en el ejercicio de las competencias legalmente atribuidas y asumidas, sin perjuicio de que en mi opinión, para aquellos aspectos de la misma declarados “no básicos”, pudiera entrar en juego la cláusula de supletoriedad del derecho estatal prevista en el art. 149.3 CE, pues carecería de sentido, que con anterioridad a la STC 55/2018, de 24 de mayo, las Entidades Locales en el ejercicio de su potestad reglamentaria, pudieran acogerse a determinadas excepciones que permiten prescindir de dicho trámite, y sin embargo, tras la situación de «vacío normativo» generada por la referida sentencia, se vieran obligadas a sustanciarla en todo caso, sin excepción alguna.

A lo que debe añadirse, que se sigue manteniendo como básico, el primer párrafo del apartado cuarto del art. 133 LPACA, que entre otros supuestos permite prescindir del trámite de consulta en el caso de normas presupuestarias u organizativas en nuestro caso de índole local, o bien cuando concurren razones graves de interés público que así lo justifiquen.

Lo cual conduciría a priori a pensar, que en las normas organizativas locales, ya se trate de su aprobación o modificación, cuyo fiel exponente es el



reglamento orgánico, podría prescindirse en todo caso de la consulta pública previa, dada su proyección "ad intra" de la Corporación.

Ahora bien, no puede perderse de vista, que la forma de reglamento orgánico, también resulta exigida para la regulación de determinadas materias, como es el caso del art. 70.bis LBRL, que exige de un instrumento normativo de dicho carácter, para abordar la participación ciudadana, con evidentes efectos "ad extra" y no meramente "ad intra", cuando viene a exigir que:

"Los Ayuntamientos deberán establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto como en el de los distritos, en el supuesto de que existan dichas divisiones territoriales".

Aspecto que resulta de vital importancia, al hilo de las interesantes consideraciones que se desprenden de la **STSJ Aragón, Sala de lo contencioso de 31 de marzo de 2022**, Rec. 375/2020, que viene a declarar la nulidad de un reglamento orgánico por prescindir del trámite de consulta pública, dado que a través del mismo se abordan aspectos con trascendencia jurídica para terceros, pronunciándose en los siguientes términos:

«...debe estimarse este motivo de recurso y anularse el reglamento pues, en contra de lo que argumenta el Ayuntamiento, no estamos ante una norma organizativa, sino que se trata de una norma



sustantiva que produce efectos en terceros y supone una innovación del ordenamiento jurídico».

Por tanto, el mero hecho de que la regulación de una determinada materia se aborde a través de un reglamento orgánico, aun cuando así lo exija la norma correspondiente, no faculta a los efectos del art. 133.4 LPACA para prescindir de la consulta pública, dado que lo relevante a los efectos de dicha excepción no es solo el instrumento normativo empleado, sino si la regulación que en el mismo se contiene, es susceptible de proyectar efectos jurídicos sobre terceros, siendo así que en caso de omitirse la consulta pública, puede producirse la nulidad de pleno derecho, por no encontrarnos ante una norma exclusivamente organizativa, en los términos del precepto legal indicado.

En lo que se refiere a los efectos de la omisión de la consulta pública, en los supuestos en que resulta obligatoria su evacuación y sustanciación, existen opiniones divididas en la doctrina, tal y como apunta **CASADO CASADO** ²², señalando que:

«Hay dos posiciones claramente diferenciadas: una primera, que defiende la invalidez y, por consiguiente, la nulidad de pleno derecho de la disposición de carácter general en cuyo procedimiento

²² **CASADO CASADO, Lucía.** «Los efectos jurídicos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general: ¿nulidad de pleno derecho?», *REALA*, n.º 14, octubre 2020.



de elaboración se haya omitido o realizado de forma sustancialmente inadecuada este trámite; y una segunda, mucho más flexible, que relativiza la eficacia invalidante de estos vicios y sostiene que tal omisión no acarrea, en todo caso, la nulidad de pleno derecho de la norma.

«Son partidarios de la primera posición Antelo (2016: 117-118), Araguas (2017: 492-493), Campos (2016: 603:604), Casado (2018: 201-203), Cierco y Roperó (2017: 126-127), Fernández (2020: 223-224), Galán (2020: 159-163) y Mora (2016: 560-561) (...)

Por el contrario, son partidarios de la segunda posición Messeguer (2016: 133), Prieto (2016: 359 y 360) y Velasco (2019: 322-323)».

División que igualmente se vislumbra en la propia doctrina jurisprudencial de las Salas de lo contencioso de diferentes Tribunales Superiores de Justicia, que basculan desde posiciones que abogan por la declaración de nulidad de pleno derecho en los supuestos en que se prescinde de dicho trámite por no concurrir excepción que faculte para ello, hasta aquellas otras que consideran que dicha omisión constituye una mera irregularidad no invalidante.

De dicha cuestión da cuenta la **STSJ Galicia, Sala de lo contencioso de 20 de julio de 2021**, Rec. 15199/2020, cuando viene a referir que:

"Aun así, la doctrina sobre este particular resulta dispar. Por ejemplo, Velasco Caballero, se sitúa en la



tesis del Concello sobre la inaplicación de la consulta previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas, al prever la LBRL los trámites a seguir.

Pero otros autores (Casado Casado, Merino Estrada, Orduña Prada,...) consideran que este trámite es de aplicación general a las normas aprobadas por las administraciones locales pues el párrafo primero del apartado 4 del artículo 133 de la LPACAP –declarado conforme con la Constitución en la Sentencia 55/2018, de 24 de mayo, y aplicable a todas las Administraciones Públicas- que recoge excepciones a la aplicación de la consulta pública, se refiere expresamente a la administración local, al margen del carácter básico de la LPAC y, en particular, de su Título VI y que las entidades que integran la administración local, de acuerdo con el artículo 2.1.c) de la LPAC, integran el ámbito subjetivo de aplicación de esta ley.

Es cierto que la disposición adicional primera de la propia LPAC establece que "los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales".

Y que la LBRL prevé la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas, una vez elaborada y aprobada provisionalmente la redacción de la ordenanza fiscal, a través de la exposición pública del acuerdo de aprobación provisional adoptado por la corporación local durante el plazo mínimo de treinta días, dentro de los



cuáles los interesados pueden examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas.

Pero también lo es que no se prevé un trámite de consulta pública previa, anterior a la elaboración de la norma y a la existencia de un texto normativo y dadas las diferencias sustanciales que presenta con el trámite participativo allí previsto, entendemos que resulta aplicable a las Ordenanzas”.

Así, entre los pronunciamientos que abogan por la nulidad de pleno derecho de la Ordenanza y/o Reglamento en los supuestos en que se prescinde de dicho trámite, cuando no concurre ninguna de las circunstancias o supuestos que permiten prescindir de la misma, pueden citarse entre otras, la **STSJ Baleares, Sala de lo contencioso de 28 de junio de 2021**, Rec. 345/2017; **STSJ Galicia, Sala de lo contencioso de 20 de julio de 2021**, Rec. 15199/2020; o **STSJ Baleares, Sala de lo contencioso de 11 de diciembre de 2020**, Rec. 329/2017; si bien, se trata de una cuestión que ante la disparidad de criterios expresada, se encuentra pendiente de fijación de doctrina casacional por parte de la Sala 3ª del TS²³, en

²³ **ATS, Sala de lo contencioso de 6 de julio de 2022**, Rec. 7629/2021, que admite para fijación de doctrina casacional objetiva, la siguiente cuestión:

“Determinar si en la elaboración de las ordenanzas locales reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, ha de observarse el trámite previsto en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, con carácter previo a su aprobación inicial o, por el contrario, es suficiente, en la



lo que respecta a las ordenanzas y/o reglamentos municipales de carácter general tramitados conforme a las previsiones del art. 49 LBRL, al haberse descartado su aplicabilidad en el caso de ordenanzas fiscales o del planeamiento urbanístico, tal y como ya hemos tenido ocasión de referir.

- Audiencia pública

Más problemático ha resultado ser, el encaje del trámite de audiencia pública contemplado en el art. 133.2 LPACA, que se contempla para un momento posterior a la consulta pública, y que se caracteriza por su articulación junto con la publicación del borrador o texto de la ordenanza/reglamento en el portal web, a fin de recabar las aportaciones de la ciudadanía; teniendo en cuenta que es un trámite que con carácter general ya se contempla para la disposiciones reglamentarias locales de carácter general en el art. 49 LBRL.

Ello ha suscitado el interrogante acerca de si el trámite previsto en el art. 133.2 LPACA, habría de

confección de este tipo de disposiciones, atender al procedimiento previsto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a los efectos de discernir, en caso de no cumplir con el trámite del artículo 133, si se está ante un defecto formal insubsanable constitutivo de nulidad de pleno derecho o no”.



sustanciarse entre la consulta previa y la aprobación inicial de la ordenanza o reglamento local como trámite independiente, o si bien de una interpretación sistemática podría considerarse embebido en el trámite de información pública contemplado en el art. 49 LBRL.

Tal problemática ha sido abordada por diferentes autores, como es el caso de **CAMPOS ACUÑA**²⁴ que en relación a la cohonestación de las previsiones del art. 133.2 LPACA con las del art. 49 LBRL, viene a referir que:

«...desde 1985 contempla un proceso de información pública para todas las ordenanzas municipales en su art. 49.b. La reforma administrativa de 2015, aun siendo básica e imponiendo estas obligaciones con tal carácter por primera vez al resto de Administraciones públicas de forma completa y coherente, no ha prestado la más mínima atención a cómo conciliar esas previsiones con las exigencias que, también con carácter básico, hace años que imponía a las Administraciones locales, en una prueba clara del solipsismo y de la escasa calidad del proceso normativo llevado a cabo.

Los ayuntamientos están, efecto, teniendo problemas para integrar las nuevas exigencias, pues se

²⁴ **CAMPOS ACUÑA, Concepción.** «De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones», *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos, 1ª edición, Versión electrónica.



puede incluso llegar a entender que los procedimientos del art. 49 b) ley 7/1985 y del art. 133.2 ley 39/2015 son trámites diferenciados y que han de desarrollarse, pues, separadamente.

A mi juicio esta interpretación tiene poco sentido, pero urge una adaptación de la ley de bases del régimen local en este punto a la nueva legislación básica que aclare cómo desarrollar para la redacción de reglamentos a escala local el precepto a fin de dotar de seguridad jurídica a los municipios y evitar anulaciones por cuestiones formales en los tribunales, caso de que se desarrollen pautas que éstos luego desapruében.

Lo cual no es, como resulta evidente, complicado, lo cual hace si cabe más llamativa la pereza o descuido, del legislador estatal. En ausencia de esta integración, ha de ser cada ente local quien determine cómo operar, y parece razonable que lo haga completando el trámite tradicional para el mundo local con las nuevas exigencias de la ley de procedimiento administrativo, sin necesidad de duplicar el trámite, pero desplegándolo en los tiempos y de acuerdo con las nuevas reglas».

Con todo, tras la **STC nº 55/2018, de 24 de mayo**, dicha problemática parece haberse diluido, tras la declaración de inconstitucionalidad de prácticamente todo el contenido del art. 133 LPACA, en la que se incluye la previsión del trámite de audiencia pública o de «segunda consulta», que en principio, y conforme a la opinión mayoritaria únicamente resulta aplicable a la Administración General del Estado, y no a las CCAA ni por tanto a las Entidades Locales, pese a que la sentencia del TC no se pronuncia sobre estas últimas, bajo el



argumento de lo que no es «básico» para las CCAA, no puede serlo para el resto de niveles de Administración, como es el caso de la Administración Local²⁵.

III.- LA FASE DE APROBACIÓN DE NORMAS LOCALES

En lo que se refiere a la fase tradicional de producción normativa local, dejando de un lado las regulaciones especiales, su vertiente procedimental ordinaria y básica se ha venido contemplando fundamentalmente en el art. 49 LBRL y 70.2 LBRL, si bien, la misma también se ha visto afectada por la confluencia de otras normas que se han ido promulgando con posterioridad, y cuya adecuada articulación, iremos abordando a través de diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, con mayor nivel de detalle en diferentes apartados.

²⁵ En tal sentido la **STSJ Aragón, Sala de lo contencioso de 17 de mayo** de 2021, Rec. 237/2020, delimita esta segunda consulta o «audiencia» propiamente dicha sobre un texto ya redactado, de la consulta pública prevista en el art. 133.1 LPACA, cuando refiere que: «*Y por tanto si bien el procedimiento previsto en la normativa local, permite tener por cumplida la segunda consulta sobre el texto ya redactado, no permite tener por cumplida la consulta previa que es un reforzamiento de la participación de los interesados y administrados en la elaboración de la norma...»*».



- Competencia

Al igual que cualesquiera otras prerrogativas y potestades, en el ejercicio de la potestad reglamentaria local, las Entidades Locales que la tienen expresamente reconocida, deben actuar en los contornos de su ámbito competencial, tal como deriva del art. 4 LBRL²⁶, partiendo de las innovaciones competenciales locales que en tal sentido trajo consigo la LRSAL, y sin perder de vista, el carácter bifronte para su determinación, en cuya labor de concreción también desempeñan un papel fundamental, tanto la legislación autonómica como la legislación sectorial, de conformidad con la distribución de competencias Estado – CCAA.

Aspecto que resulta de suma relevancia a la hora de ejercitar la potestad reglamentaria, so riesgo de incurrir nulidad de pleno derecho ex. art. 47.2 LPACA en concordancia con el art. 128.2 del mismo texto legislativo.

Así, a modo de ejemplo, la **STSJ Asturias, Sala de lo contencioso de 26 de febrero de 2021**, Rec. 1/2020, declara la nulidad de pleno derecho de una Ordenanza, por carecer de competencias el Ayuntamiento para declarar la cooficialidad de cualquier lengua al margen del castellano, dado que ello es una

²⁶ Así deriva del art. 4 LBRL, cuando refiere que *"en su calidad de Administraciones de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios, las provincias y las islas:*

a) Las potestades reglamentarias y de autoorganización (...)"



competencia reservada en su caso, a las CCAA a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

En lo que se refiere a la regulación de un fenómeno que crece exponencialmente en numerosas ciudades españolas, como es el caso de las viviendas turísticas, también se ha considerado inadecuada su regulación por la vía del ejercicio de la potestad reglamentaria ordinaria, como refiere **AGUIRRE y FONT**²⁷, cuyas consideraciones son extrapolables a todo el territorio nacional:

*"La sentencia del TSJPV 1/2020, de 9 de enero, que ya es firme, declara la nulidad de la Ordenanza y del artículo 8.4 del PGOU en que se fundamentaba, sin entrar en la regulación concreta, pues se limita a afirmar que **la legislación urbanística del País Vasco no contempla las Ordenanzas como instrumentos normativos para regular, modificar, complementar, desarrollar, o reajustar los usos urbanísticos**. No es posible, en consecuencia, modificar la regulación de usos urbanísticos sin modificar el planeamiento urbanístico, pues las ordenanzas son meramente complementarias de la ordenación urbanística.*

Parece obvio que, si la sentencia vasca excluye la utilización de las ordenanzas municipales complementarias de la ordenación urbanística para

²⁷ **AGUIRRE i FONT, Josep M.** "La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo". REALA, núm. 15, abril de 2021. Pág. 24 – 41.



ordenar usos, excluya con carácter general la utilización de cualquier ordenanza municipal con independencia de su naturaleza jurídica para ordenar usos urbanísticos”.

E igualmente, en sentido negativo, se ha pronunciado el TS, sobre la competencia de un Ayuntamiento para regular los clubes sociales de cannabis, lo que además tiene implicaciones de carácter penal, entre otras, en la **STS, Sala de lo contencioso de 3 de diciembre de 2020**, Rec. 7472/2019, concluyendo al respecto que:

“...nuestra respuesta a la cuestión casacional objeto del presente recurso –que en concreto se refiere a la Ordenanza municipal de (...)– ha de ser la ya establecida en la sentencia 280/2019, y ratificada en las recientes 1577/2020 y 1630/2020 en el sentido de que la indeterminación, con la consiguiente necesidad de estar al caso concreto, de si un club social de cannabis es o no ilícito penalmente, impide considerar competente a un Ayuntamiento, para regular, aunque solo sea desde la óptica urbanística y ambiental, los clubs de cannabis, en cuanto esa regulación, aun cuando fuera estrictamente urbanística y ambiental, tiene una incidencia innegable sobre la delimitación del tipo penal, en cuanto puede llevar a error de la atipicidad absoluta de la actividad desarrollada por los clubs sociales de cannabis”.

En tanto que, en sentido contrario, el TS, ha validado la posibilidad de que los municipios en ejercicio de su potestad reglamentaria, puedan promulgar Ordenanzas que establezcan limitaciones a la publicidad exterior sobre la base de sus competencias en materia



de medio ambiente y protección del patrimonio, como es el caso de la **STS, Sala de lo contencioso de 10 de diciembre de 2020**, Rec. 4154/2019, señalando al respecto que:

"Si en el ámbito de las Telecomunicaciones en que los poderes públicos tienen ciertas obligaciones desde la regulación inicial en la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones, art. 17, servicios finales, hasta la presente, Ley 9/2014, de 9 de noviembre, General de Telecomunicaciones, art. 25 servicio universal, se han admitido limitaciones impuestas por los municipios en aras a la no producción de impacto visual/contaminación visual, tal regulación tampoco resulta ajena al ámbito de la publicidad, tal cual declara la Sala de Baleares sin que ello contravenga el art. 9 CE, ni el art. 31 CE, relativo al sistema tributario, ni el art. 33 CE, limitaciones a la explotación de una propiedad privada, ni el art. 38 CE, libertad de empresa.

Así las SSTs de 14 de diciembre de 2011 (casación 611/2011), de 13 de marzo de 2012 (casación 1304/2011), de 16 de octubre de 2012 (casación 1964/2011), de 23 de octubre de 2012 (casación 2505/2011), enjuician la Ordenanza de publicidad exterior del Ayuntamiento de Madrid cuyo objeto es proteger el paisaje urbano y la imagen de la ciudad considerando el objetivo de prevención y corrección de la contaminación lumínica y visual. Confirma la competencia municipal por comprender en sentido amplio y la protección del patrimonio".



Por tanto, como se colige de los pronunciamientos expuestos, por obvio que resulte, las Entidades Locales en el ejercicio de su potestad reglamentaria deben circunscribirse al ámbito de sus respectivas competencias, por loables que resulten los objetivos y finalidades perseguidos con su promulgación, dado que lo contrario aboca a la nulidad de pleno derecho del correspondiente instrumento normativo.

- Trámite de información pública

En lo que se refiere al trámite de información pública, el art. 49 LBRL, establece un esquema básico de tramitación, si bien son diferentes los interrogantes que, en relación a su adecuada articulación, ha tenido ocasión de abordar la doctrina jurisprudencial, que considero de mayor interés y actualidad.

Así en primer lugar, considero interesante abordar, si resulta posible la aplicación de la tramitación de urgencia en la promulgación de Ordenanzas y Reglamentos de carácter local, con base en lo establecido en el art. 33 LPACA, dado que al respecto la legislación básica de régimen local, guarda silencio al respecto.

En tal sentido, resulta de interés traer a colación la **STSJ Madrid, Sala de lo contencioso de 11 de noviembre de 2021**, Rec. 1203/2020, que aborda dicha cuestión, si bien desde la óptica de la tramitación de un reglamento de carácter autonómico, alcanzando la conclusión, de que, existiendo causa justificada y expresamente motivada en el expediente, resulta posible su tramitación con tal carácter, pese al silencio que



guarda la legislación autonómica al respecto, por aplicación supletoria de lo establecido en el art. 27 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que si contempla expresamente dicha modalidad de tramitación, cuando concurren diversas circunstancias.

No obstante, en mi opinión la traslación de dicha interpretación en el marco de la tramitación de instrumentos normativos locales, en ausencia de previsión normativa al respecto, resulta sumamente dudosa, atendiendo no sólo al silencio que guarda al respecto la legislación básica de régimen local, sino también teniendo en cuenta que el art. 33 LPACA, parece referirse exclusivamente a los procedimientos de producción de actos administrativos, dado que la aplicación del carácter urgente conforme a dicho precepto puede instarse de oficio o a instancia de parte, lo que en el caso de las iniciativas reglamentarias, es difícilmente extrapolable, dado que la potestad reglamentaria local es ejercida siempre de oficio.

Y así se expresa, en un interesante informe²⁸, cuyas consideraciones compartimos, emitido por la Dirección General de Administración Local de la Región de Murcia, inclusive en el contexto pandémico de 2020,

²⁸ Puede consultarse en:

[https://www.carm.es/web/descarga?ARCHIVO=TramitacionUrgenteOrdenanza.pdf&ALIAS=ARCH&IDCONTENIDO=163012&IDTIPO=60&RASTRO=c3149\\$m67665,67694](https://www.carm.es/web/descarga?ARCHIVO=TramitacionUrgenteOrdenanza.pdf&ALIAS=ARCH&IDCONTENIDO=163012&IDTIPO=60&RASTRO=c3149$m67665,67694) [Última consulta 29.03.2023]



cuando al respecto refiere en relación a dicha cuestión que:

"Así pues, a priori, tiene sentido que se pretenda utilizar la opción que contempla el art. 33 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del procedimiento administrativo común (...)

No prevé el TRLHL, pues la posibilidad de aplicar la tramitación de urgencia a los procedimientos administrativos de modificación de ordenanzas fiscales. Es cierto que tampoco lo prohíbe de forma expresa, pero existe, aparentemente, una voluntas legis de que el plazo de exposición pública no sea en ningún caso inferior a los treinta días establecidos en el artículo 17, interpretación esta que el legislador parece querer reforzar con el categórico mandato de exponer los acuerdos provisionales "durante treinta días, como mínimo".

La aplicación del artículo 33 de la LPAC encuentra otra dificultad añadida en la disposición adicional primera.1 de esta norma procedimental, que establece que "los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales".

La aprobación y modificación de las ordenanzas fiscales se regula en normas especiales, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) y, muy especialmente, en el mencionado



TRLHL. Ninguna de estas leyes prevé un acortamiento de los plazos de tramitación por razones de urgencia.

*En consecuencia, existen fundadas dudas de que sea legalmente posible aplicar la tramitación de urgencia –y especialmente- acortar el plazo de exposición pública preceptivo para la modificación de las ordenanzas fiscales. Por lo que, **conforme los argumentos jurídicos puestos de manifiesto hasta el momento, nos inclinamos a pensar que ello no sería posible**”.*

De otro lado, en lo que respecta a la necesidad de reiteración del trámite de información pública en el caso de ordenanzas o reglamentos de carácter general, como consecuencia de las modificaciones que puedan producirse en su articulado, a raíz bien de alegaciones presentadas, o de mejoras o ajustes introducidos, ha comenzado a surgir una línea jurisprudencial que aboga, por la necesidad de su reiteración, cuando tales cambios devienen en sustanciales, aplicando por analogía una sólida doctrina jurisprudencial al respecto que ha venido siendo aplicada en relación a los instrumentos de planeamiento urbanístico, que como hemos apuntado, gozan igualmente de naturaleza reglamentaria.

Así, pueden ser objeto de cita la **STS, Sala de lo contencioso de 21 de enero de 2019**, Rec. 639/2017 o **de 28 de mayo de 2020**, Rec. 47/2018, en la que con carácter general se señala que el hecho de que se introduzcan modificaciones al texto inicialmente aprobado, forma parte de la propia dinámica de las normas reglamentarias, apuntando al respecto que:



"...el hecho de que a lo largo de la tramitación del procedimiento de elaboración de un Real Decreto como el aquí impugnado se produzcan cambios con respecto a la propuesta originaria, propiciados o sugeridos por los sucesivos trámites e informes, es algo connatural al procedimiento administrativo, cuya finalidad es, precisamente, la de depurar el resultado final. Por tanto, nada hay de anómalo en que en alguno o en varios puntos el texto finalmente aprobado del Real Decreto 706/2017, no coincida con la propuesta inicial. Y siendo ello así, para que el alegato sobre la necesidad de reiterar el trámite de audiencia tuviese alguna consistencia habría sido necesario que la demandante justificase que los cambios introducidos constituyen modificaciones sustanciales del texto, tanto por la relevancia intrínseca de las alteraciones como por su significación relativa, esto es, poniéndolas en relación con el conjunto de la disposición a fin de determinar en qué medida alteran de manera sustantiva el modelo regulatorio inicialmente propuesto".

Si bien, como matiza la **STS, Sala de lo contencioso de 5 de noviembre de 2018**, Rec. 3732/2017:

"La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que las modificaciones introducidas tras el trámite de información pública y/o de audiencia solo exigen volver a repetir el trámite de audiencia cuando se trate de modificaciones de carácter sustancial que no sean consecuencia de las alegaciones formuladas en el curso del procedimiento".



Igualmente, de interés, en el sentido que apuntamos resulta la **STSJ Madrid, Sala de lo contencioso de 22 de marzo de 2021**, Rec. 597/2019, cuando al respecto viene a referir con apoyo en la doctrina del TS, que:

"Las modificaciones operadas en el proceso de elaboración y tramitación de una norma reglamentaria no afectan de forma directa al principio de transparencia sino a las eventuales irregularidades que haya podido incurrir en el proceso de tramitación y aprobación de dicha norma. Cuestión distinta es si las modificaciones introducidas después del trámite de audiencia exigen que se repita, al no haber tenido los interesados la oportunidad de alegar sobre el texto que definitivamente fue aprobado.

Con carácter general, se ha señalado que el hecho de que a lo largo de la tramitación del procedimiento de elaboración de un Real Decreto se produzcan cambios con respecto a la propuesta originaria es algo connatural al procedimiento administrativo, cuya finalidad es, precisamente, la de depurar el resultado final. Nada hay de anómalo en que en alguno o en varios puntos el texto finalmente aprobado no coincida con la propuesta inicial.

Cuestión distinta es la referida a la necesidad de repetir el trámite de audiencia cuando las modificaciones introducidas sean tan sustanciales que modifiquen de forma muy relevante el contenido de la norma someta al trámite de audiencia...".



Tales criterios también están resultando extrapolados a la tramitación de Ordenanzas y/o Reglamentos de carácter local, tal como se aborda en la **STSJ Madrid, Sala de lo contencioso de 27 de julio de 2020**, Rec. 988/2018, que se decanta por la nulidad parcial de la modificación de determinados artículos tras el trámite de información pública, por concluir que:

"La trascendencia de la modificación es tal que ha supuesto, en la práctica, la privación de la posibilidad de formular alegaciones a los ciudadanos más directamente afectados por esa nueva ordenación en el trámite de información pública, siendo que de haberse seguido las iniciales previsiones contenidas en los dos borradores y en el proyecto todos y cada uno de los aspectos mencionados hubieran tenido que ser objeto de aprobación por la Junta de Gobierno, previo sometimiento, precisamente, al consiguiente trámite de información pública que ha venido, en definitiva, a incumplirse con la anticipación de esa regulación y su inclusión en el texto de la Ordenanza aquí combatida en los momentos finales del procedimiento de su elaboración..."

Y un tercer y último aspectos que considero interesante abordar, en relación al trámite de información pública se circunscribe a su interrelación con la normativa de transparencia, ya sea estatal o autonómica, que exigen la publicidad de diversos documentos, con ocasión del trámite de información



pública al que preceptivamente han de someterse los instrumentos normativos de carácter local²⁹.

En lo que se refiere a la ratio de la publicidad activa durante el trámite de información pública en la tramitación de instrumentos normativos locales, resulta interesante, entre otras, la **Resolución 3/2019, de 14 de enero del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía**, cuando al respecto refiere que:

"Es muy notable, como resulta obvio, la diferencia que entraña que el órgano sólo exhiba los documentos de que se trate a quien acuda físicamente a la sede del órgano, y en las horas que éste decida, a que pueda ser accesible (...) a través de las correspondientes sedes electrónicas, portales o páginas webs de los órganos concernidos".

No obstante, pese a lo antedicho, los escasos pronunciamientos jurisprudenciales existentes sobre la omisión de la publicidad activa durante el trámite de información pública de un instrumento normativo de carácter local, parecen decantarse por reputarlo como una mera irregularidad que no proyecta la nulidad de pleno derecho sobre la ordenanza o reglamento en

²⁹ Así lo establece el art. 7.e) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, cuando exige a las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, la publicación de *"los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación"*.



tramitación, siempre y cuando ello no dé lugar a una situación de indefensión, tal como refiere la **STSJ Castilla La Mancha, Sala de lo contencioso de 13 de abril de 2022**, Rec. 498/2018³⁰, cuando señala que:

«...en la sentencia n.º 163/2019, antes citada, dijo la Sala «...3. Infracción del art. 7, apartados d), c) y e) de la Ley 19/2013, toda vez que no consta en el expediente administrativo la publicación de tales documentos en el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de (...) tal alegación tampoco puede prosperar (...) por lo que hemos de concluir que también se han cumplido las exigencias de la normativa aplicable, dado que ninguna indefensión se ha generado a la entidad recurrente (...)

En el presente supuesto, es cierto que el portal de transparencia del Ayuntamiento no aparece la Ordenanza fiscal, pero también lo es que la Ordenanza fiscal y el trámite de información pública han sido objeto de publicidad a través del BOP de Burgos y en el tablón de edictos municipal, habiéndose practicado, además, la consulta prevista a través del portal de transparencia, por lo que puede concluirse que se haya causado indefensión material alguna».

- Informes

Por último, un último aspecto de interés dentro del denominado "ciclo reglamentario local", tiene que ver con la obligatoriedad de la emisión y constancia de

³⁰ En sentido similar, la **STSJ Navarra, Sala de lo contencioso de 14 de abril de 2021**, Rec. 212/2020.



determinados informes, así como de sus efectos en caso de omisión, fruto de una cada vez más abigarrada normativa sectorial que viene a imponer mayores exigencias en el proceso de producción normativa, en aras de garantizar su acierto e impacto en la producción de efectos, ya sea sobre la ciudadanía en general, o bien sobre determinados colectivos.

Desde una perspectiva interna, en el ámbito local, pese a la constancia de una ya tradicional ausencia o insuficiencia de personal cualificado en muchas pequeñas y medianas Entidades Locales integrantes de la planta local española, debe ponerse de relieve la especial relevancia del informe del Jefe de la Dependencia y propuesta de resolución contemplado a mi juicio con carácter básico en los arts. 172 y 175 ROFEL.

La importancia de dicho informe ha sido destacada por la **STSJ Canarias, Sala de lo contencioso de 20 de septiembre de 2016**, Rec. 45/2016, que viene a recordar la imposibilidad de que tal informe pueda ser emitido por personal externo o ajenos la Corporación, o sin capacitación profesional suficiente para ello, apuntando que:

«...resulta preceptivo el informe con propuesta de resolución del Jefe de Servicio correspondiente del ayuntamiento (...) respecto de aquellos procedimientos que deban resolver los órganos departamentales a que estén adscritos (...) por exigirlo así (...) el artículo 172 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen



Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (...)

En anteriores sentencias (por todas, la Sentencia 578/2008, de 19 de diciembre de 2.008), hemos dicho que no es posible lícitamente que los titulares de potestades públicas, acudan a su conveniencia y sin una razonable justificación, a asesoramientos externos a los propios servicios técnicos de la Administración. Y aquí debemos añadir que tampoco es posible acudir lícitamente al asesoramiento interno, sea este preceptivo o facultativo, de órganos directivos distintos de los previstos legalmente para dicho menester, sin que existan razones que justifiquen la imposibilidad de que sean prestados por aquellos...».

Otro de los informes preceptivos que ha constar en el expediente de aprobación o modificación de toda Ordenanza o Reglamento, es el del Secretario Municipal, conforme deriva de lo dispuesto en el art. 3.3.d.1º del RD 128/2018, 16 de marzo, el cual puede consistir en una nota de conformidad en concordancia con el art. 3.4. de dicha disposición reglamentaria, precepto este último que, a mi juicio, no hace más que reafirmar la obligatoriedad del informe propuesta de resolución de los art. 172 y 175 ROFEL, dado que dicha nota de conformidad se extiende sobre los "informes que hayan sido emitidos por los servicios del propio Ayuntamiento y que figuren como informes jurídicos en el expediente".

De ahí que, más allá de los posibles efectos sobre su omisión, sobre lo que no existe una posición unánime en la doctrina jurisprudencial, sí que considero totalmente desacertada la **STSJ La Rioja, Sala de lo**



contencioso de 9 de enero de 2023, Rec. 140/2021, cuando viene a referir frente a la alegación de omisión de dicho informe en la tramitación de una Ordenanza municipal que:

"Por otra parte, también se alega que no existe informe del Secretario Interventor sobre la tramitación, las competencias, el órgano competente, las mayorías necesarias en la tramitación, etc. Ello es cierto, pero en ningún caso se puede considerar que sea obligatorio este informe".

Más controvertida, sin embargo, resulta la exigibilidad o no del Interventor Municipal, en relación a la tramitación de Ordenanzas y Reglamentos Locales, dado el silencio que al respecto guarda el propio RD 128/2018, de 16 de marzo, si bien a mí modo de ver, el único supuesto en que resulta claro su exigibilidad es en aquellas manifestaciones de la potestad reglamentaria local en que la adopción del acuerdo exige del quórum de mayoría absoluta³¹, conforme resulta de una interpretación armónica y sistemas de lo dispuesto en el art. 54 TRRL, en concordancia con los arts. 4.1.b.5º) del RD 128/2018, de 16 de marzo y el art. 29.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local, que exigen dicho informe en los acuerdos que exijan de "mayoría especial".

³¹ Como es el caso a modo de ejemplo, de los reglamentos de carácter orgánico conforme deriva del art. 47.2.f) LBRL.



Así, dejando de lado los supuestos que exigen mayoría especial, en lo que respecta a las manifestaciones de la potestad reglamentaria local, que son mayoría, y que exigen para su aprobación únicamente el quórum de mayoría simple, existen posturas que consideran que la exigibilidad del informe de la Intervención Municipal deriva de lo dispuesto en el art. 7.3 de la LO 2/2012, de 27 de abril, como es el caso de la **STSJ Castilla León, Sala de lo contencioso de 22 de julio de 2022**, Rec. 692/2020, cuando niega la posible nulidad que se reclama de una Ordenanza dado que:

"...figura en el expediente el informe del Interventor Municipal (...) emitido en cumplimiento de la obligación establecida en el art. 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera..."

Si bien en sentido contrario, se pronuncia la **STSJ Castilla La Mancha, Sala de lo contencioso de 13 de abril de 2022**, Rec. 489/2018, que considera inexigible el informe de la Intervención Municipal, con ocasión de la tramitación de una Ordenanza Fiscal, sobre la base de las siguientes consideraciones:

"Por su parte, el art. 3.3.d) del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, dispone que «En todo caso se emitirá informe previo en los siguientes supuestos: 1º Aprobación o modificación de Ordenanzas, Reglamentos y Estatutos rectores de Organismos Autónomos, Sociedades Mercantiles, Fundaciones,



Mancomunidades, Consorcios y otros organismos adscritos a la Entidad Local».

Obsérvese que a diferencia de lo que dispone en relación con el Secretario, no se encuentra en dicho Real Decreto precepto alguno que establezca la que el Interventor haya de emitir informe previo a la aprobación o modificación de las ordenanzas.

No obstante, el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, dispone, en su art. 173.1 a) que «Será necesario el informe previo del Secretario y además, en su caso, del Interventor o de quienes legalmente les sustituyan para la adopción de los siguientes acuerdos: a) En aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubieren de tratarse», precepto que es el que se fundamenta la alegación de la parte actora.

A la vista de lo anteriormente expuesto, no nos hallamos ante un informe que haya de emitirse necesariamente, pues solo habrá de serlo en los supuestos en que el Presidente de la Corporación lo solicite, supuesto que es diferente a aquellos otros en que, en todo caso, la norma de aplicación dispone que habrá de emitirse rationae materiae, de lo que cabe colegir que los efectos de la ausencia de dicho informe no pueden ser equivalentes a los de la falta de un informe preceptivo (...).”



Otro aspecto de carácter relevante tiene que ver con la obligatoriedad de incorporar un informe de impacto de género en la tramitación de normas de carácter local, dado que sin perjuicio de lo que pueda disponer al respecto la legislación autonómica en materia de igualdad, debe atenderse a lo dispuesto en el art. 15 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que exige la obligación para las Administraciones Públicas de integrar el principio de igualdad de trato y oportunidad entre mujeres y hombres *"en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas"*.

Al respecto resulta interesante la **STSJ CCAA Valenciana, Sala de lo contencioso de 14 de julio de 2021**, Rec. 176/2021, que expresamente se refiere a su omisión con ocasión de la modificación de una ordenanza fiscal, en los siguientes términos:

"...no es menos cierto que la normativa referida no da ningún margen de interpretación de los órganos jurisdiccionales cuando de forma contundente exige que en el procedimiento de elaboración de los anteproyectos de ley, de los proyectos de real decreto legislativo y de normas reglamentarias deberá acompañarse necesariamente, amén de otros informes, uno referido al impacto por razón de género, que analizará y valorará los resultados que se puedan seguir de la aprobación de la norma desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto (...), no distinguiendo la referida normativa cuando se trata de la elaboración de una



norma ex novo de aquellos supuestos en que reforma o modifica normas ya existentes (...)ante la falta de dicho informe no podemos más que estimar el recurso...”.

Un último aspecto de relevancia, que comienza a ser alegado con relativa frecuencia en la tramitación de ordenanzas y reglamentos locales, tiene que ver con la exigencia del informe impacto de las normas en la familiar, incorporado a la Disposición Adicional Décima de la ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, en el año 2015, que viene a referir que:

“Las memorias del análisis de impacto normativo que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamentos incluirán el impacto de la normativa en la familia”.

Su exigibilidad en la tramitación de normas locales, ha sido abordada por la **STSJ Madrid, Sala de lo contencioso de 27 de julio de 2020**, Rec.911/2018, que viene a negar su exigencia en el ámbito local, sobre la base de las siguientes consideraciones:

“...lo cierto es que la normativa aludida no se refiere, en absoluto, a normas y disposiciones generales de ámbito autonómico y/o local sino al ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno. Si la propia denominación de la Ley 50/1997 y del Capítulo en que se inserta la regulación de esta materia son suficientemente indicativos de lo que acaba de expresarse tampoco ofrece duda la inaplicabilidad de lo



dispuesto en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, a los Reglamentos y Ordenanzas Locales, al tratarse de una disposición reglamentaria de desarrollo del mencionado cuerpo legal...”.

Y en igual sentido, se pronuncia la **STSJ Castilla León, Sala de lo contencioso de 22 de julio de 2022**, Rec. 692/2020, señalando al respecto que:

“...si bien este informe lo contempla el artículo 2.1.f) del Real Decreto 931/2007, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, como ha señalado la Sentencia 445/2020, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 27 de julio de 2020, no es exigible a las Ordenanzas y Reglamentos que aprueben las Entidades Locales que en sus Memorias se incluya el impacto de estas normas en la familia...”.

Si bien la **STSJ Cataluña, Sala de lo contencioso de 21 de marzo de 2022**, Rec. 43/2020, ha venido a matizar al respecto, que la ausencia de tal informe en la tramitación de ordenanzas municipales, debe evaluarse bajo la óptica de su necesidad, proporcionalidad y no discriminación, y sin que ello tenga trascendencia invalidante o anulatoria, en el supuesto que abordar tal pronunciamiento judicial.

IV.- CONCLUSIONES

Como hemos tenido ocasión de abordar en líneas precedentes, la incorporación también al ordenamiento jurídico local de las previsiones de better and smart



regulation fruto de la influencia del derecho comunitario, ha cristalizado en lo que hoy se conoce como el ciclo reglamentario local, en el que se integra una fase previa que hemos denominado de preproducción normativa, cuya finalidad primordial se orienta no sólo a lograr un marco normativo local inteligente y de mayor calidad, sino también un incremento de la participación ciudadana con carácter previo al inicio de la tramitación, en aras de dar cumplimiento a los postulados constitucionales.

Si bien, conforme ha tenido ocasión de ir perfilando la doctrina jurisprudencial, y en particular el TC y el TS, este último en relación a las ordenanzas fiscales y planeamiento urbanístico, sería deseable, que el robustecimiento de tales mecanismos, así como la regulación de sus especialidades se abordare a través de la reforma tanto de la legislación básica como especial, reguladora del ejercicio de la potestad reglamentaria local, en aras de evitar el escenario de incertidumbre jurídicoal que ha dado lugar la interpretación que se ha venido efectuando por los diferentes órganos jurisdiccionales sobre el alcance y extensibilidad de las obligaciones de planificación normativa incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico a través del Título VI.

A ello se añade, la necesidad de incorporar un mayor desarrollo de ciertas previsiones en la escueta regulación de la potestad reglamentaria local que se contiene en el art. 49 LBRL, ya sea a nivel básico, ya por las respectivas CCAA en el ámbito de sus competencias, en aras de lograr una mayor coordinación de su ejercicio,



con otras previsiones que se contemplan en la legislación de transparencia o de carácter sectorial, a fin de evitar la disparidad de criterios jurisprudenciales en su armónica interpretación, y por ende contribuyendo a reforzar la seguridad jurídica, pues como ha tenido ocasión de expresar el TC, en diversas ocasiones, la misma puede definirse como *"la certeza de la norma que hace previsibles los resultados de su aplicación"*, de forma que el legislador *"debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas"*.

V.- BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE i FONT, Josep M. *"La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo"*. REALA, núm. 15, abril de 2021. Pág. 24 – 41.

ANTELO MARTÍNEZ, Alejandro Ramón. *"Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015"*. REALA. Nueva época, nº 6, noviembre 2016, págs. 105 -121.

ARAGUAS GALCERÁ, Irene. «La planificación normativa», *Revista General de Derecho Administrativo* nº 56. Iustel. Enero 2021.

BEJARANO LUCAS, José Manuel; «La implementación de la planificación normativa y de la denominada "better



regulation” en el ámbito municipal», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 21, Quincena del 15 al 29 noviembre 2016.

CAMPOS ACUÑA, Concepción. «De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones», *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 1ª edición, Versión electrónica.

CASADO CASADO, Lucía. «Los efectos jurídicos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general: ¿nulidad de pleno derecho?», *REALA*, n.º 14, octubre 2020.

PRIETO ROMERO, Cayetano. “*El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria*”. *Revista de Administración Pública*, núm. 201, septiembre – diciembre (2016), págs. 335 – 372

PRIETO ROMERO, Cayetano. “*El procedimiento de elaboración de Ordenanzas por las Entidades Locales*”. *Revista Digital CEMCI*, número 43, julio – septiembre 2019.

VELASCO CABALLERO, Francisco. “*Elaboración de Ordenanzas y Ley de Procedimiento Administrativo Común*”. R.V.A.P. núm. 113. Enero – Abril 2019. Págs.



ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO Y DE LOS DIFERENTES CONTEXTOS: LA NECESIDAD DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS A NIVEL INTERNACIONAL RELATIVOS A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

D. Ángel Corredor Agulló

Profesor contratado predoctoral del Departamento de Filosofía del Derecho y Política de la Universidad de Valencia (España)¹

Resumen: En este trabajo se abordan diversos contextos (bioético, social y político). Por otra parte, se analizan comparativamente algunos ordenamientos jurídicos extranjeros y supuestos hipotéticos de regulación, como la propuesta del grupo parlamentario Ciudadanos, de una forma crítica -por sus múltiples

¹ Recibe financiación (ACIF) de la Generalitat Valenciana y de la Unión Europea (FSE).



inconvenientes-. Por último, se evidencia la necesidad de instrumentos jurídicos a nivel internacional.

Abstract: This paper addresses various contexts (bioethical, social and political). On the other hand, some foreign legal systems and hypothetical regulatory assumptions are comparatively analyzed, such as the proposal of the Ciudadanos parliamentary group, in a critical way -due to its many drawbacks-. Finally, the need for legal instruments at the international level is evident.

Palabras clave: maternidad subrogada; gestación subrogada; gestación por sustitución.

Keywords: surrogate motherhood; surrogacy; surrogate pregnancy.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
 - 1.1. CONCEPTUALIZACIÓN
 - 1.2. ALGUNAS PROPUESTAS DE CLASIFICACIÓN
2. CONTEXTO EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA
 - 2.1. LA PRESENTE DIVERGENCIA EN EL FEMINISMO
 - 2.2. PERCEPCIÓN DE LA POBLACIÓN
 - 2.3. CONTEXTO BIOÉTICO: LA MATERNIDAD SUBROGADA A LA LUZ DEL PRINCIPALISMO



- 2.4. SITUACIÓN POLÍTICA EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA
- 3. CONTEXTO LEGISLATIVO: REAL E HIPOTÉTICO
 - 3.1. BREVE ESTUDIO COMPARADO A NIVEL INTERNACIONAL
 - 3.1.1. EL CASO FRANCÉS O EL CASO ITALIANO: REGULACIÓN DE UN PAÍS SIMILAR A ESPAÑA
 - 3.1.2. EL CASO DE REINO UNIDO O PORTUGAL: MODELO DE MATERNIDAD SUBROGADA O GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN SU TIPOLOGÍA ALTRUISTA
 - 3.1.3. EL CASO DE UCRANIA: UN MERCADO EN AUGE O EMERGENTE
 - 3.1.4. ALGUNAS NOTAS DE PAÍSES QUE REGULAN LA MODALIDAD COMERCIAL
 - 3.2. LA NECESIDAD DE INSTRUMENTOS A NIVEL INTERNACIONAL
 - 3.3. ALGUNOS ASPECTOS DE LAS PROPUESTAS REGULATORIAS ACTUALES
 - 3.4. PROPUESTA LEGISLATIVA DEL GRUPO PARLAMENTARIO CIUDADANOS
- 4. CONCLUSIONES
- 5. FUENTES DE INFORMACIÓN
 - 5.1 BIBLIOGRAFÍA
 - 5.2 NORMATIVA
 - 5.3 INFORMES Y OPINIONES
 - 5.4 DECISIONES JUDICIALES
 - 5.5 PRENSA
- 6. ABREVIATURAS



1. INTRODUCCIÓN²

1.1. CONCEPTUALIZACIÓN

La maternidad subrogada se puede definir de la siguiente manera: "Contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también el óvulo, comprometiéndose a entregar al nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán del donante (masculino y/o femenino)"³.

De esta forma, en la gestación por sustitución intervienen dos partes de forma no contingente (o no secundaria o no incidental):

- La pareja contratante: los/las padres/madres comitentes o también denominados/as intencionales (que pueden aportar o no el material genético -gametos femeninos o masculinos-);
- Una mujer que se denomina gestante o

² Para una mejor comprensión se recomienda la lectura de: Corredor Agulló, A., "Matizaciones y controversias respecto a la maternidad subrogada: una mirada crítica de las cuestiones terminológicas, técnicas y jurídicas", en Estellés Peralta, M.P. (dir.), Salar Sotillos, M.J. (coord.), *Maternidad Subrogada: La Nueva Esclavitud del Siglo XXI. Un análisis ético y jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 211-235. Corredor Agulló, A., "El desbordamiento del legislador español en torno a la maternidad subrogada", *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n. 33, 2023, pp. 313-388

³ Verdadera Izquierdo, B., "Anotaciones a la ley de reproducción asistida", *Actualidad Civil*, 2007, n. 10, p. 1117.



portadora, la cual ofrece su útero para llevar a cabo la gestación, y que después se verá obligada a entregar al bebé tras el parto;

Por otra parte, existen otras tres partes que, de forma contingente, es decir, accidental, podrían aparecer:

- El equipo médico o intermediarios encargados de efectuar la implantación del embrión a la mujer gestante o la inseminación artificial;

- La posible agencia de intermediación, que contacta a las mujeres gestantes dispuestas a prestar su vientre para realizar estos tipos de prácticas;

- El/la posible donante de gametos.

Creemos que esta agrupación es la más adecuada, dado que, si se regulara por algún país, es posible que la agencia de intermediación no existiera, asumiendo el propio Estado esta función o, incluso, recurriendo a los contactos de los que disponen los padres comitentes. El equipo médico puede que no exista (poco probable hoy en día) o/y puede que no sean necesarios ningunos gametos.

1.2. ALGUNAS PROPUESTAS DE CLASIFICACIÓN

Una primera clasificación, ampliamente admitida por la doctrina científica, podría ser la que distingue entre gestación biológica y subrogación gestacional, en la que el criterio clasificatorio viene determinado por la aportación o no aportación del material genético, es decir, óvulos o gametos femeninos:

- En cuanto a la "gestación biológica", es aquella en la que la madre gestante aporta su propio material genético.



- En lo que respecta a la "subrogación gestacional", en este supuesto la madre gestante no aportaría ninguna clase de material genético.

Podríamos obtener hasta seis combinaciones o posibilidades diferentes, como en la que la gestante no aporta el material genético u óvulo, pero el comitente aporta el espermatozoide; otra posibilidad en la que aporta el material la gestante, pero el comitente no aporta el espermatozoide... A este fenómeno habría que sumarle la complejidad siguiente: en determinados casos, existe la posibilidad de una célula artificial reproductiva, gameto, a partir del material genético de uno de los propios comitentes.

Una segunda clasificación, muy relacionada con la anterior, es esta: homóloga (en el caso de que tanto el óvulo como el espermatozoide son aportado por los padres comitentes) o heteróloga (en el supuesto de que uno o ambos de los gametos proceda de un donante ajeno a los padres intencionales).

Una tercera clasificación: si se permite en el caso de heterosexuales, homosexuales, pareja sola, pareja de una relación poligámica o un poliamor e, incluso, persona jurídica. También se podría distinguir de acuerdo con la localización de los comitentes y la gestante, pudiendo ser nacional o internacional, siendo la internacional cuando los comitentes se encuentran en un país diferente a la gestante, mientras que nacional sería el caso en que tanto los comitentes como la gestante se encuentran en el mismo país.

Por quinto lugar, en función de si se ha realizado de modo natural o se ha empleado una TRA, como puede ser a través de inseminación in vivo o inseminación in



vitro.

Otra posible clasificación sería por la motivación de recurrir a la gestación por sustitución. Así, nos encontraríamos con la que es por causas médicas, la que se produce por causas biológicas y la que se da por motivaciones personales o sociales. Este último supuesto esaquel en la que la mujer no se ve capaz de llevar a cabo un proceso gestacional en su vientre o no quiere padecer las consecuencias derivadas de un parto. En lo que respecta a la motivación por razones biológicas, serían aquellos casos en los que la comitente no dispone de útero, mientras que las causas médicas serían el resto de las posibilidades. O en palabras de Corea Izu, establece los siguientes motivos: “En los casos de mujeres, la causa más frecuente es la de la imposibilidad física de quedarse embarazada, es decir, problemas de esterilidad. Otra de las causas puede ser el riesgo que en determinados casos puede conllevar la gestación para la propia salud de la mujer o del feto. De aquí podemos comprender también que pueden concurrir, y esto es aplicable para ambos sexos, razones como que el propio embarazo y parto pueden afectar a perspectivas personales y/o profesionales de los afectados y ello puede ser la razón de optar por la maternidad subrogada o «vientre de alquiler”⁴.

También se podría distinguir si se produce mediación o si, por el contrario, se lleva a cabo sin ningún tipo de mediación. Este es un instrumento que favorece la proliferación de contratos de este tipo en países en los que se encuentra prohibida la maternidad subrogada,

⁴ Corea Izu, M., “Abandonados, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, n. 8345, 2014, pp. 2-16.



como España. Es por ello que merece una crítica la falta de respuesta del Estado español, que no tolera este tipo de prácticas, pero no impone ningún tipo de sanción a estas agencias intermediadoras (sin ellas, no sería tan fácil y cómodo desarrollar el contrato y los trámites oportunos). Tampoco se ha desarrollado ningún tipo de legislación ni reglamentación en contra de estas agencias mediadoras.

Una última clasificación sería la que se desarrolla con fines comerciales o la que se realiza con fines altruistas. Ambas merecen dos críticas. La primera es que, en ambos casos, se lesiona el ISM. Además, en la comercial, se busca la rentabilidad máxima y evitar cualquier vínculo afectivo entre la gestante y el niño. Por lo que habría que preguntarse: ¿Qué se busca, el bien del niño o del contrato? La segunda crítica es difícil concebir el caso en el cual no se instrumentaliza a la mujer gestante de alguna forma.

Con todo ello, nos podemos hacer una aproximación de que los partidarios de la maternidad subrogada se apoyan en la acción inocua para la dignidad de la mujer, si esta consiente libremente. Por otra parte, se respaldan en la existencia de un derecho a la salud reproductiva, que le corresponde a toda mujer.

En definitiva, se pueden llevar a cabo distintas clasificaciones, en función de diversos criterios. Bellver distingue hasta un total de ocho tipos: las características de la relación jurídica entre comitentes y gestantes; la causa por la que se recurre a la gestación; las condiciones de entrega del bebé; el nivel de conocimiento y la libertad de la gestante; la localización geográfica de la gestante y los comitentes; el tipo de



padres legales que tendrá el niño resultante de la maternidad subrogada; la finalidad con la que actúa la madre gestante; y finalmente, el origen del material genético⁵.

Para concluir con este apartado, y de forma introductoria, nos gustaría resaltar algunos problemas que se plantean en torno a la regulación de la maternidad subrogada.

El primer conflicto que puede surgir se produce cuando existen problemas de salud de la mujer y ayudar a la gestante supondría un perjuicio para el propio bebé, ¿quién tomaría la decisión?, ¿se prevalecería el interés de la madre gestante o del bebé?

Una segunda cuestión sería el caso de que la madre gestante estuviera embarazada de un niño con síndrome de Down, ¿podrían exigir los comitentes a la propia madre gestante la interrupción del embarazo en contra de que la gestante desee continuar con el embarazo? Otra cuestión sería la posibilidad del menor de conocer los orígenes biológicos, ¿se podría negar al menor la posibilidad de conocer y responder a la pregunta de dónde venimos, genéticamente hablando?

También nos preguntamos: ¿Sería posible la lactancia de su madre gestacional? En caso de permitir la lactancia de la madre gestacional, ¿tendría algún tipo de repercusión la separación y la desconexión total posterior?, ¿se interrumpiría de forma tajante la relación entre la madre gestante y el futuro hijo o tendría algún derecho?

⁵ Bellver Capella, V., "¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional", *Revista de Filosofía*, n. 11, 2015, p. 5.



Además, los comitentes se podrían plantear la posibilidad de desistir del contrato, abonando los correspondientes daños y perjuicios ocasionados. ¿Se podría en la gestación?, ¿se podría después del parto? ¿durante cuántas semanas después del parto? Por último, en el caso de producirse pérdidas espontáneas y naturales del bebé, ¿tendrían derecho a varios intentos los comitentes? Piense que se está prestando un servicio: ¿Se configuraría como de mera actividad o de resultado?

En definitiva, todos estos interrogantes ponen de manifiesto la complejidad y los múltiples riesgos derivados de una regulación permisiva de la maternidad subrogada.

2. CONTEXTO EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

2.1. LA PRESENTE DIVERGENCIA EN EL FEMINISMO

A diferencia del consenso presente en las religiones mayoritarias en España, el feminismo se encuentra dividido respecto a la presente cuestión. Si dividiéramos el feminismo en cuatro grandes corrientes (feminismo socialista, feminismo radical, feminismo cultural y feminismo liberal), observaríamos una división ideológica, aunque, como hemos comentado, mayoritariamente, en su conjunto, se muestran en contra de la maternidad subrogada.

El feminismo socialista⁶ se posiciona contrario a la

⁶ Lamm E., *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Gestación por sustitución,



gestación por sustitución al considerar el argumento de la explotación de la mujer, ya bien sea por presiones económicas al no disponer de recursos suficientes o por las distintas presiones ideológicas que pueden soportar las mujeres en este tipo de circunstancias, o ambas presiones al mismo tiempo, además que pueda suponer una cosificación de su cuerpo⁷.

El feminismo cultural⁸ establece una diferenciación entre si nos encontramos ante un contrato gratuito u oneroso. En caso de ser oneroso, se postura en contra, en cambio, si hablamos de un contrato totalmente gratuito, se posicionaría a favor, al tratarse de las tareas de cuidado que han desempeñado las mujeres, que nunca han sido bajo contraprestación. A nuestro juicio, las líneas que establece el feminismo cultural, entre la modalidad gratuita u onerosa, no son tan nítidas como para admitir una tipología y rechazar contundentemente otra.

El feminismo radical se muestra proclive a esta práctica⁹. Así, asevera que la prohibición de la maternidad subrogada supone la posición paternalista del Estado al mermar la libertad de las mujeres y disminuir su capacidad decisoria, ya que sustituye un tercero dicha capacidad (el Estado). Esta es la postura que adopta la Corte Suprema de California en el caso Johnson vs.

Universitat de Barcelona Publicacions i Edicions, D.L. Barcelona, 2013, pp. 212

⁷ Puigpelat Martí, F., "Feminismo y técnicas de reproducción asistida", *Aldaba: Revista del Centro Asociado UNED de Melilla*, n.32, 2004, pp. 63 y ss.

⁸ Frank, D., Volgel M., *The baby markers*, Crroll & Graf Publishers, Nueva York, 1988, p. 189.

⁹ Puigpelat Martí, F., "Feminismo y técnicas de reproducción asistida", cit., pp.63 y ss.



Calvert.

En dicho caso, la Corte Suprema de California manifestó: “El argumento de que una mujer no puede convenir, en forma consciente e inteligente, en gestar y dar a luz a un bebé para los comitentes, posee connotaciones de una forma de razonar que, durante siglos, impidió a las mujeres alcanzar iguales derechos económicos y estado profesional ante la ley. Resucitar esta concepción significa impedir una elección personal y económica por parte de la gestante y negarles a los comitentes lo que puede ser su único medio de procrear a un niño con sus propios genes”¹⁰.

La propia Corte Suprema de California compara la prohibición a la maternidad subrogada con las limitaciones que se establecían al trabajo de las mujeres, lo que, a nuestro juicio, está mercantilizando la figura de la mujer, pues considera una profesión el hecho de prestar un servicio ilimitadamente por parte de la mujer, pudiendo dedicarse a ello y ganarse el sustento únicamente en base a la ganancia que obtiene al realizar esta prestación de servicios.

El feminismo liberal¹¹ sostiene que la mujer resulta empoderada y autónoma al desempeñar este servicio. En conformidad a esta corriente del feminismo, una vez se ha prestado el consentimiento válidamente (libre, consciente, informado...), la mujer no puede revocar

¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema de California, S023721, de 20 de mayo de 1993.

¹¹ Fernández Ruiz-Gálvez, E., “Mujeres y técnicas de reproducción artificial ¿Autonomía o sujeción?”, en Ballesteros, J. (coord.), *La humanidad in vitro*, Comares, Granada, 2002, p. 170.



dicho consentimiento, no podrá romper dicho contrato por el que quedará vinculada sin que pueda echarse hacia atrás.

2.2. PERCEPCIÓN DE LA POBLACIÓN

El actual estado normativo posibilita que se confunda lo moral con lo legal o la situación actual de sinsentido normativo, que posibilita la inscripción de menores, pese a la nulidad del contrato de maternidad subrogada. Así, un sondeo elaborado por Sociométrica¹² destaca que aproximadamente el setenta por ciento de la población se muestra proclive hacia una regulación. Este dato nos podría dar a pensar que la sociedad española lo tiene claro y que se debería levantar la actual prohibición por el consenso social mayoritario.

Analizándolo más detenidamente, este dato refleja que el sesenta y cuatro por ciento de las anteriores personas ve una necesidad de un informe de personas expertas, en el campo de la ética, para que se pronuncien sobre los aspectos que pueden entrañar consideraciones morales y de vulneraciones de derechos de las partes intervinientes.

Ya existen múltiples informes, lo que se requeriría son campañas divulgativas en las que la población estuviera informada de todos los riesgos que entraña la maternidad subrogada, pero también de los beneficios, siendo la ponderación de ellos un elemento crucial a la

¹² Sainz J., "Encuesta de SocioMétrica para El Español", *El Español*, 26 febrero de 2017

(disponible en https://www.elspanol.com/espana/sociedad/20170225/196480632_0.html; última consulta 14/04/2021).



hora de formar un criterio fundado en una sociedad libre y racional.

El sondeo que mencionamos con anterioridad muestra una multitud de parámetros estadísticos, pero que no vamos a analizar, puesto que la muestra que se ha cogido se considera desinformada sobre los aspectos éticos. Así, el criterio de estas personas clama mayor divulgación de los estudios elaborados en torno a esta temática. En definitiva, una opinión, sin la necesaria información objetiva, no es una opinión totalmente válida o, al menos, suficiente para realizar una modificación legislativa.

2.3. CONTEXTO BIOÉTICO: LA MATERNIDAD SUBROGADA A LA LUZ DEL PRINCIPALISMO.

El principalismo constituye un modelo diseñado en la obra *Principles of Biomedical Ethics*, de 1979 por Beauchamp y Childress¹³. En este trabajo destacan cuatro principios (la autonomía, la beneficencia, la no maleficencia y la justicia). Estos principios pueden ayudar para dirigir las decisiones en lo que respecta a la maternidad subrogada.

Los argumentos en los que se apoyaría una regularización favorable de la maternidad subrogada son el de autonomía y el de beneficencia. En cambio, los principios de no maleficencia y el de justicia no sustentarían la regulación permisiva de esta práctica. Los estudiosos han destacado el argumento del daño como principal obstáculo hacia la regularización de la

¹³ Beauchamp T.L. y Childress, J.F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, New York, 1989, pp. 1 y ss.



maternidad subrogada por los riesgos que entraña¹⁴.

Algunos autores pese a reconocer los innegables riesgos derivados de la ejecución de un contrato de gestación por sustitución, y concededores de que los principios de justicia y no maleficencia pueden verse afectados, apuestan por una regulación en el OJ español, pues consideran que al regular detalladamente los aspectos como el derecho del niño a conocer su identidad, problemas con las malformaciones del feto, en general todas las condiciones evitarían los conflictos planteados y se protegería tanto a la madre gestante como el ISM. Todos los riesgos existentes y los posibles daños que se podrían generar se minimizarían con esta regulación¹⁵. Este podría parecer un buen enfoque, ya que no ve únicamente la autonomía como una simple capacidad de elegir entre diversas opciones que existen, no identificándola exclusivamente con la libertad, el eclipse de la verdad por el brillo de la libertad¹⁶. Sin embargo, a nuestro parecer, pese a que sí que es posible que algunos de los potenciales daños se lograran minimizar, no es menos cierto que aún quedarían daños posibles. Además, una minimización de los daños no implica una desaparición de estos riesgos, por lo que el argumento

¹⁴ Agnafors, M., "The harm argument against surrogacy revisited: two versions not to forget", *Medicine Health Care and Philosophy*, n. 17, 2014, p. 357.

¹⁵ Crawshaw, M., Purewal, S. y Van Den Akker, O., "Working at que Margins: The view and Experiences of Court Social Workers on Parental Work in Subrogacy Arrangements", *The British Journal of Social Work*, n. 43, 2017, p 1225.

¹⁶ Martínez Otero, J.M., "La hipertrofia del principio de autonomía en el debate bioético", *Cuadernos de Bioética*, n. 28, 2017, pp. 229- 231.



del daño cobra una gran fuerza de convicción.

En cambio, para otros como Hatzis,¹⁷ no debe restringirse la libertad individual de las personas cuando no se irroga un daño a nadie ni a los bebés ni a los comitentes ni a la propia madre gestante. En este sentido, no ve ningún inconveniente en establecer una legislación posibilista de la maternidad subrogada.

Se han intentado reducir los riesgos asociados a la falta de autonomía por el nivel educativo bajo, debido principalmente al ínfimo nivel económico de las mujeres gestantes que recurren a la maternidad subrogada. Y se ha apostado por campañas de divulgación e información, sobre los riesgos que entraña, dirigidas hacia la población que está en peligro de ver mermada su autonomía en el caso de que no tenga dicha información. Principalmente, esta información se dotaría en el momento de prestar el consentimiento o con anterioridad para que fuera un consentimiento meditado¹⁸. Esto evita que se haga con una cierta autonomía de información, pero no soluciona el problema de que la decisión no sea totalmente libre por verse condicionada por la situación tan precaria de las madres gestantes, que se refugian en la maternidad subrogada para poder subsistir. En definitiva, se aprovechan de la miseria de las pobres mujeres.

Por otra parte, la teoría del apego, que surge del vínculo

¹⁷ Hatzis, A., "From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece", *Portuguese Economic Journal*, vol. 49, n. 3, 2009, pp. 4-6.

¹⁸ Emaldi Cirión, A., "Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada. Aproximación a una visión europea", *Acta Bioethica*, n. 23, 2017, pp. 226-228.



que se genera entre la madre gestante y su propio hijo, recoge los daños provocados por desvincular lo biológico de lo psicológico. También se produce esta ruptura en el caso de la adopción, según esta "teoría del apego", pero no se trata de supuestos idénticos ni parecidos, pues el vínculo en la adopción se rompe de manera natural, mientras que en la maternidad subrogada se rompe este fuerte lazo de manera voluntaria. En la mayoría de las ocasiones, se intenta evitar que la madre gestante mantenga relaciones con su propio hijo, por voluntad de los comitentes¹⁹. Esta teoría denota que lo corporal y lo espiritual (invisible a los sentidos físicos) están en una estrecha relación constante y continua, no existiendo una desnaturalización del ser físico y del ser espiritual.

De este modo, los dos principales daños que se generan son el de desvincular lo biológicos de lo psicológico, pero también la falta de autonomía al estar las decisiones condicionadas por la situación económica de la madre gestante, en la mayoría de los casos por el fenómeno del turismo reproductivo.

En conclusión, ante esta colisión de dos principios (autonomía y beneficencia) frente a otros dos (no maleficencia y justicia), Gracia²⁰ apuesta por una jerarquización, siendo superiores los principios de no maleficencia y de justicia, que son los que nos llevarían

¹⁹ Bartolini, M., Pérez, C. y Rodríguez A., *Maternidad subrogada: Explotación de mujeres con fines reproductivos*, D.F: Capricho Ediciones, México, 2015, p. 46.

²⁰ Gracia Guillén, D., *Fundamentos de Bioética*, Eudema, Madrid, 1989, pp. 1 y ss.



a una no regulación. Esto mismo apunta Gómez-Lobo,²¹ a través de lo que llama bien humano, pues el juicio moral de los daños que provocan los vientres de alquiler se impone a los principios de no maleficencia y justicia. Los bienes humanos son superiores (ISM y los derechos de la propia madre gestante) y se encuentran por encima de cualquier bien individual.

2.4. SITUACIÓN POLÍTICA EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA

En todos los partidos políticos, ha existido un intenso debate en torno a esta cuestión, lo que refleja el interés general de la población. Vamos a tratar los cinco mayores partidos a nivel nacional y las posturas que han adoptado al respecto, en concreto: PSOE, PP, UP, VOX Y CS.

El pacto de gobierno de UP y PSOE tiene un claro compromiso por atajar la problemática sobre los vientres de alquiler, y ambos partidos se comprometen a "actuar contra las agencias que ofrecen esta práctica a sabiendas de que está prohibida" (punto 7.7)²².

Ya hemos dejado claro que el único partido proclive de una regulación es CS, únicamente en la modalidad

²¹ Gómez-Lobo, A., *Morality and the human goods: an introduction to natural law ethics*, Georgetown University Press, Washintong dc, 2002, pp. 1 y ss.

²² Acuerdo de coalición progresista entre PSOE y UP, 30 de diciembre de 2019

(disponible en:

<https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>;

última consulta; 20/05/2021).



altruista. En cambio, oficialmente, no existe ningún partido, dentro de los cinco analizados, que defienda una maternidad subrogada en su modalidad comercial.

Si bien el PP ha acordado la consulta de los expertos antes de tomar cualquier posicionamiento, alguno de sus representantes han sido partidarios de regular la maternidad subrogada. Así, Javier Maroto ha aseverado: “no se pueden poner puertas al campo, ya que se trata de un asunto que ya se está contemplando en otros países, como, por ejemplo, Portugal”²³.

Dentro del PSOE, un grupo de expertos de su Consejo Asesor de Políticas de Igualdad ha elaborado un informe,²⁴ en el que deja claras las posturas que ha adoptado esta formación política. Una vía es la penalización, en el propio CP, tanto la firma del contrato como la intermediación, a través de la reforma del art. 221 del CP.

A nuestro juicio, el derecho administrativo es el que debería intervenir, en vez del derecho penal, imponiendo únicamente sanciones notables a las agencias intermediarias, en ningún caso a los padres comitentes o a la madre gestante al ser víctimas, unos

²³ Enríquez-Nistal S. y Ezequiel S., “Maroto apoya la gestación subrogada altruista y espera que el PP permita el voto en conciencia”, *El mundo*, 15 de agosto de 2017 (disponible en <http://www.elmundo.es/espana/2017/08/15/5992d9deca4741135c8b461a.html>; última consulta 20/04/2021)

²⁴ Domingo A., “El PSOE estudia penalizar a quienes recurran a la gestación subrogada”, *Faro de Vigo*, 6 de enero de 2019 (disponible en: <https://www.farodevigo.es/sociedad/2019/01/06/psoe-estudia-penalizar-recurran-gestacion/2028166.html> ; última consulta 20/04/2021).



desesperados por ser padres y los otros desesperados por su situación económica, en la mayoría de los casos. Es por ello que no nos parece adecuado realizar este tipo de modificación en el CP, en este sentido. En cambio, sí que vemos bien, que se apueste por agilizar los procesos de adopción, como alternativa a la maternidad subrogada, siempre que se realice con las debidas garantías. En lo que respecta a establecer un tratado, con una prohibición universal, nos parece difícil que se logre una injerencia en los ordenamientos jurídicos, renunciado el poder legislativo de estos a su soberanía vía tratado.

Creemos que se debería reconducir el debate a la instauración de mecanismos internacionales que imposibiliten realizar un contrato de gestación por sustitución, que muy posiblemente sus efectos jurídicos se van a solicitar en otro Estado. Es muy sencillo evitar el turismo reproductivo, estableciendo una norma internacional interna, en los sistemas jurídicos permisivistas, en la que se establezca como requisito que uno de los comitentes tiene que ser nacional de ese Estado. Así, se evitaría el desplazamiento de un país que lo prohíbe hacia un país que sí que posibilita la celebración de un contrato de estas características. En todo caso, es de elogiar que un grupo político le ha dedicado tiempo en su agenda, más aún, con la situación de inseguridad jurídica existente por el momento.

Algunos de los líderes del PSOE han comparado la maternidad subrogada con la compraventa de niños, como Isabel Celaá²⁵. De hecho, existe un debate, que

²⁵ Mariscal., "Isabel Celaá: El Gobierno "no acepta la gestación subrogada" por ser una "compra-venta de niños"", *El Mundo*,



algunos pensadores han puesto sobre la mesa, de si se trata de una prestación de servicios, ejecutada por la madre gestante, o, por el contrario, encierra una compraventa de niños.

Por último, el partido político VOX, a través de su lideresa política Rocío Monasterio, ha condenado la gestación por sustitución al afirmar: "Los límites a la libertad los tiene que poner la ética, los límites a los mercados los tiene que poner la ética". También afirma "el embarazo no es sólo una técnica, crea vínculos entre la madre y el feto. Los derechos del niño a la filiación, a la identidad, a tener padre y madre tienen que primar sobre los deseos reproductivos de adultos. Estos derechos no se garantizan con la ley que se propone"²⁶. Nos parece legítima la postura adoptada por este partido político, pero lo que pensamos que le falta es la proposición de una normativa que solucione la compleja situación. Al igual que el resto de los partidos, excepto el PSOE, ninguno ha propuesto, que sepamos, de forma seria, mecanismos que impidan la prohibición real y efectiva.

3. CONTEXTO LEGISLATIVO: REAL E HIPOTÉTICO

3.1. BREVE ESTUDIO COMPARADO A NIVEL INTERNACIONAL

14 de septiembre de 2018 (disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2018/09/14/5b9b9af422601da2038b459b.html>; última consulta 10/06/2021).

²⁶ VOX., "VOX lee un manifiesto en la Asamblea de Madrid contra "los vientres de alquiler"", VOX, 17 de marzo de 2017 (disponible en: <https://www.voxespana.es/noticias/vox-lee-un-manifiesto-en-la-asamblea-de-madridcontra-los-vientres-de-alquiler-20160317>; última consulta 17/06/2021).



Para tener una visión global, es conveniente realizar una aproximación a la situación normativa de países de nuestro entorno más próximo. Esta práctica está permitida en Portugal y en Grecia, dentro de la UE. En Reino Unido también se permite en la modalidad altruista. Mientras que está expresamente prohibida en Italia, Francia, España, Austria, Alemania, Malta, Suiza, Bulgaria. Entre los que prohíben la maternidad subrogada, hay algunos países que exclusivamente declaran la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, aplican penas privativas de libertad y/o multas. Es por ello que la situación normativa a nivel internacional resulta asimétrica por la divergencia entre las legislaciones de los países.

Por proximidad geográfica, e incluso cultural, hemos decidido analizar la situación de la maternidad subrogada en ordenamientos jurídicos que tienen una regulación similar a la española, al estar prohibida la práctica de la maternidad subrogada, aunque con ciertos matices (analizaremos el caso francés y el caso italiano). También estudiaremos los ordenamientos jurídicos en los que se permite la maternidad subrogada en su modalidad altruista, detallándose las diferencias dentro de esta tipología (trataremos el caso portugués y el caso de Gran Bretaña).

Antes de nada, tenemos que decir, en términos globales, por las repercusiones que tiene en España, los países o naciones en los que los comitentes sí obtienen una sentencia judicial, dado que la resolución de la DGRN impone que la filiación sea obtenida por resolución judicial.

Así, países como Ucrania, Georgia y Rusia no obtienen



una sentencia judicial, sin reconocimiento en España de otro tipo de resoluciones que no sea la señalada con anterioridad. En estos supuestos, la madre gestante será la legal y el padre, que ha aportado el material genético, será el padre legal. En estos casos, la paternidad se le concede al padre biológico, pero, en cuanto a la madre comitente, podrá optar a la adopción por los mecanismos legalmente previstos.

En cambio, en otros países, como en Estado Unidos o incluso Canadá²⁷, la filiación es concedida por sentencia judicial. En Grecia, este requisito se considera cumplido con el juicio que se celebra para autorizar la transferencia embrionaria a la gestante²⁸. De este modo, en Grecia, estaríamos frente a una aprobación anterior para el inicio del acuerdo de gestación por sustitución por parte de un organismo, que tiene los mismos efectos en España que una resolución judicial. De no ser así, como se detalla en la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso, Sección 1, de 13 marzo 2017,²⁹ se denegaría el salvoconducto para el niño, nacido fruto de un contrato de gestación por sustitución en un país extranjero, como en Rusia. Esto es de esperar porque contraviene la Instrucción de la DGRN, no apreciando el

²⁷ Rodrigo A., "Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio", *Babygest*, 28 de agosto de 2019 (disponible en: <https://www.babygest.es/canada/>; última consulta 23/10/2020).

²⁸ Sospedra Fontana, A., "Gestación subrogada en España", *IDIBE*, 2018 (disponible en: <http://idibe.org/wp-content/uploads/2018/07/CIJ-1.pdf>; última consulta 22/05/2021).

²⁹ STSJ Sala de lo Contencioso Sección 1 de Madrid 209/2017, de 13 marzo.



tribunal la vulneración del derecho a la vida y del derecho a la intimidad que requiere una relación biológica con el niño nacido fruto del contrato de vientres de alquiler.

3.1.1. EL CASO FRANCÉS O EL CASO ITALIANO: REGULACIÓN DE UN PAÍS SIMILAR A ESPAÑA

En Italia, la regulación no la encontramos en el CP o en el CC, sino en la Ley 40/2004³⁰, ya que regula determinados extremos de la maternidad subrogada. En esta ley, se prohíbe expresamente la maternidad subrogada, en el art. 12.6, al establecer: "quien, en cualquier forma, produce, organiza o anuncia la venta de gametos o embriones o subrogación de la maternidad, será castigado con prisión de tres meses a dos años y una multa de entre 600.000 y un millón de euros".

Aquí, la cantidad de la multa puede hacer poco atractivo el recurso a la maternidad subrogada, lo que nos parece adecuado, desde el punto de vista de la eficacia. A diferencia del caso francés, no se penaliza únicamente al intermediario, sino que vemos que se establece la pena privativa de libertad y la multa también a la madre gestante, lo que no nos parece apropiado por considerarla una víctima más en todo este proceso.

Por destacar alguna sentencia del TEDH, mencionamos la sentencia "Paradiso e Campanelli" en el que considera contrario al orden público italiano recurrir a esta técnica, otorgando la razón a Italia. En este caso de Campanelli, se deniega la inscripción de un contrato de gestación por sustitución celebrado en Rusia. De este modo, a la vuelta

³⁰ Ley 40/2004, de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médica asistida.



de los comitentes a Italia, les denegaron la inscripción de la filiación a favor del matrimonio, pero cuando, posteriormente, detectaron que no guardaba ningún tipo de vinculación genética con los Campanelli, se procedió al traspaso del bebé a otra familia distinta mediante la figura de la adopción.

En un principio, el TEDH dio la razón a los Campanelli, al entender que se transgredía el art. 8 del CEDH y al considerar que, tras unos seis meses conviviendo con el matrimonio, ya se habían originado vínculos afectivos merecedores de una tutela por parte del sistema. Posteriormente, Italia recurre la sentencia, estimando el recurso el TEDH, al fallar que los vínculos existentes, en este caso, no se aprecian como suficientes y no pueden generar una violación de la ley italiana. Es por ello que no considera, el TEDH, que se ha vulnerado el art. 8 del CEDH, relativo a la vida familiar del niño.

El Tribunal Supremo y la Corte de Casación italiana, en la sentencia de las Secciones Unidas, de 8 mayo 2019, n. 12193³¹ dictan que el reconocimiento de una resolución judicial de un país extranjero que establece la filiación entre el bebé fruto de un contrato de gestación por sustitución vulnera el citado art. 12.6 de la Ley 40/2004. De este modo, el juez, en ningún caso, puede sustituir la ponderación, que ya ha realizado el propio legislador en el art. 12.6. De lo contrario, se vulneraría el principio del orden público, con la consiguiente transgresión, violación y quebrantamiento de la dignidad de la madre gestante, no tutelando este valor fundamental. Además, en esta misma sentencia, afirma la posibilidad de recurrir a otra figura jurídica, como es

³¹ Sentencia de las Secciones Unidas 12193, de 8 mayo 2019.



el instituto de la adopción, para así determinar la filiación.

En Francia, su CC establece, del mismo modo que sucede en España, la nulidad del contrato de gestación por cuenta ajena. En el art. 16.7 se dispone: "todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo, por razones de orden público". El CP francés también establece penas privativas de libertad, en su art. 227.12: "el hecho de intermediar, con fines lucrativos, entre una persona deseosa de adoptar un niño y un padre deseoso de abandonar a su hijo nacido o por nacer será castigado con seis meses de prisión y multa de 15.000 euros".

A nuestro parecer, es correcto que se penalice al intermediario, mientras que los comitentes y las madres gestantes queden sin ningún tipo de penalización al ser estas últimas unas víctimas de su propia desesperación. Lo que no nos parece adecuada es la escasa cantidad de la multa, porque carece de un cierto efecto disuasorio, este importe podría considerarse parte del precio a pagar, asumiéndolo como un coste más del producto o servicio.

En el país galo, a diferencia de lo que sucede en España, no se regula la posibilidad del padre biológico y comitente de reclamar la filiación, mientras que la madre o el otro padre comitente puede solicitar a su favor la filiación por adopción. Por eso, el TEDH ha considerado que en el caso francés sí que se vulnera el ISM, mientras que no sucede esto en España.

A raíz de las condenas a Francia, por parte del TEDH (en sus Sentencias de 26 de junio de 2014 -casos Labassee y Mennesson), han posibilitado que se inscriba la filiación



en el RC del padre comitente, que aporte, además, espermatozoides o material genético y que figure como padre legal en el certificado de nacimiento proveniente del país en el que se ha celebrado el contrato de vientres de alquiler. Ahora bien, no se deja que la madre comitente se inscriba en el RC, aunque esta aparezca como la madre legal en el certificado de nacimiento extranjero. Esta, en cambio, podrá adoptar al niño fruto del contrato de maternidad subrogada, siempre y cuando se encuentre unida por relación matrimonial con el otro padre comitente, que será el biológico. También se requieren que se cumplan todos los aspectos legales para que se produzca la adopción y no sea contraria al ISM. Este razonamiento lo ha dictado en la sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación francesa, de 5 de julio de 2017³².

El Pleno de la Corte de Casación, de 4 de octubre del año 2017,³³ no anula la inscripción en el RC de un certificado de California de nacimiento, resultado de un contrato de maternidad subrogada en el que consta la madre comitente, no aportadora de gametos, como la legal, unida en relación de matrimonio con el padre comitente y aportador de gametos. Este supuesto lo resuelve de este modo, al no encontrar otras alternativas que lesionen menos el derecho a la vida privada de los bebés, habiendo durado el proceso judicial unos quince años.

Por último, el comité de ética a nivel nacional francés se ha pronunciado en unos términos muy similares a los argumentos que ha elaborado el español. Así, considera

³² Sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación francesa de 5 de julio de 2017.

³³ Sentencia del Pleno de la Corte de Casación francesa, de 4 de octubre del año 2017.



que la maternidad subrogada es contraria a la dignidad humana, se produce la explotación de la madre gestante...³⁴

3.1.2. EL CASO DE REINO UNIDO O PORTUGAL: MODELO DE MATERNIDAD SUBROGADA O GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN SU TIPOLOGÍA ALTRUISTA

El elemento distintivo de esta modalidad de maternidad subrogada es la no mediación de precio en el contrato de gestación por sustitución, sino que interviene una compensación.

Al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, diversos países han ido concretando qué se entiende por compensación, siendo muy divergentes las legislaciones de las diferentes naciones. Así, mientras que en Reino Unido dicha compensación se encuentra de forma indeterminada en la legislación, en otros países, como Sudáfrica, se han concretado que tienen que ser los gastos médicos y los puramente burocráticos. En otros países, también se detalla que se incluye el lucro cesante, como en la legislación griega. Más llamativa y controvertida consideramos la regulación llevada a cabo por Israel, que considera incluidos dentro de la compensación importes que satisfacen e intentan mitigar económicamente el dolor y sufrimiento, como un gasto más, siempre y cuando lo autorice el comité que se encarga de aprobar los acuerdos de vientres de alquiler, convenidos discrecionalmente por la madre gestante y los propios comitentes.

³⁴ Ávila Hernández, C.J., "La maternidad subrogada en el Derecho comparado", *Cadernos de Derecho Actual*, n. 6, 2017, pp. 313-344.



En Reino Unido, se reconocen efectos legales al contrato de gestación desde 1985. También Portugal ha reconocido efectos legales a la maternidad subrogada, en julio de 2014, reconociendo la validez del contrato solo en su modalidad altruista y cuando los comitentes son pareja heterosexual y la mujer no tiene más de 50 años.

Como concluye Quiñones,³⁵ extrayendo los rasgos de la gestación por sustitución derivados de la ley 25/2006, el Reino Unido ha proscrito la maternidad subrogada en su modalidad comercial o lucrativa, imponiendo penalizaciones a los intermediarios y a cualquier tipo de publicidad que se ejecute. Es de destacar el periodo posterior al nacimiento que se otorga a la madre gestante, una vez ha dado a luz, para que su consentimiento sea pleno y meditado. En este modelo, se permiten los gastos razonables, como los médicos... Esta práctica se encuentra permitida para homosexuales, heterosexuales o personas solteras. En cambio, no se permite el recurso a esta práctica a no nacionales. La conveniencia o no pertinencia de todos estos rasgos los comentaremos en un apartado denominado "propuestas regulatorias", sobre los aspectos más relevantes.

Portugal regula la maternidad subrogada a través de la Ley 25/2016,³⁶ de 22 de agosto, que no entró en vigor

³⁵ Quiñones Escámez, A., "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero de maternidad subrogada", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, 2009, pp. 32-33.

³⁶ Lei 25/2016 Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida) Diário da República No. 160/2016, Serie I de 2016-08-22.



hasta comienzos de agosto de 2017 y que modifica multitud de artículos de la Ley 32/2006, de procreación médica asistida. En este país se permite el acceso a la subrogación altruista solamente a matrimonios o parejas de hecho heterosexuales, a diferencia de lo que sucede en Reino Unido que existe una permisión elevada cuando se produce un problema médico que impide llevar a término el embarazo a la mujer. Por ello, no se permite el acceso a las parejas homosexuales o a las personas solteras.

En el art. 1, de la Ley 25/2016, se define el concepto de maternidad subrogada. El artículo 36, de la Ley 32/2006, permite esta únicamente en los casos de imposibilidad física por ausencia de útero o enfermedad de este, obliga a uno de los comitentes a aportar un gameto y posibilita el pago de los gastos médicos. No puede existir ningún tipo de relación jerárquica entre la madre gestante y los comitentes, como puede ser una relación entre el jefe y el empleado, con la finalidad de garantizar la libertad de la gestante. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos conlleva la nulidad del contrato de gestación por sustitución.

La STC portugués, de 24 de abril de 2018, n. 225, causa n. 95/2017³⁷, declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos. El art. 8, 8ª, de Ley 32/2006, establece que en relación con el art. 14. 5º, relativo a la imposibilidad de retirar el consentimiento prestado por la madre gestante después de dar a luz, se debe dar el consentimiento con anterioridad al nacimiento del niño, pero no se puede retirar una vez nacido. La justificación que otorga dicho tribunal es que se atenta contra el

³⁷ STC portugués 225/2018, de 24 de abril de 2018.



derecho del libre desarrollo de la personalidad, en conexión con el principio de dignidad y el derecho a crear una familia. Por otra parte, también declaró inconstitucional el art. 15, 1º, de la Ley 32/2006, vinculado con el apartado cuarto de este artículo, que establecía la ocultación de la identidad de la madre gestante y del donante de gameto, ya bien sean óvulos o espermatozoides. La STC portugués fundamenta que el no conocimiento de la identidad de los sujetos anteriormente mencionados choca con el derecho a la identidad y el desarrollo de la personalidad de las personas nacidas a través de la maternidad subrogada.

Además, en otra sentencia el TC de Portugal,³⁸ Sentencia, de 18 de septiembre de 2019, n. 465, causa 829/2019, declara, otra vez, la inconstitucionalidad del precepto que sustituía al artículo que había sido declarado inconstitucional. En concreto, el art. 8 apartado 13º, de la Ley 32/2006, que trata sobre la posibilidad de revocar el consentimiento. En su letra j), añadida para no vulnerar el derecho fundamental al desarrollo de la personalidad, se establecía que en el contrato de maternidad subrogada debía estipularse los parámetros de la revocación del consentimiento. Del mismo modo, considera la vulneración de los mismos derechos fundamentales. Así, la legislación portuguesa que permite gestación por sustitución sigue vigente, impidiendo la aplicación de los preceptos declarados inconstitucionales por los motivos fundamentados por el TC portugués.

De la regulación emprendida por estos países, se pueden extraer dos conclusiones, evidenciadas de modo

³⁸ STC portugués 465/2019, de 18 de septiembre de 2019.



empírico. La primera conclusión es que el "altruismo" de la maternidad subrogada se revela insuficiente para cubrir la demanda. Segunda conclusión, consecuencia de la anterior, que la ineficiencia de la demanda lleva aparejada la búsqueda de la maternidad subrogada en los "mercados internacionales" con condiciones más favorables respecto a la oferta. Tal y como se desprende, del siguiente artículo: "El ejemplo más paradigmático del altruismo en la gestación subrogada es Reino Unido. A pesar de que allí la gestación altruista es legal, dos de cada tres contratos de subrogación se producen en países extranjeros. El altruismo no impide que los británicos sean los europeos que más vientres alquilan en el extranjero"³⁹.

En España, hay autores que han realizado referencia a la maternidad subrogada altruista como forma intermedia al afirmar: "Como en el aborto, en el debate sobre la gestación subrogada la razón pura habita en los extremos. Pero la solución razonable está en el medio. Urge reconducir la agria polémica sobre el tema hacia unas propuestas políticas serenas"⁴⁰. Creemos que partir de esta aseveración, que no se sitúa en el justo medio

³⁹ B., "El altruismo en la gestación subrogada: los casos de Canadá y Reino Unido", *elBoletín*, 8 de julio de 2017 (disponible en: <https://www.elboletin.com/noticia/151264/nacional/el-altruismo-en-la-gestacionsubrogada:-los-casos-de-canada-y-reino-unido.html>; última consulta 12/04/2021).

⁴⁰ Lapuente Giné, V., "Debate subrogada", *El País*, 28 de febrero de 2017, (disponible en: http://elpais.com/elpais/2017/02/27/opinion/1488202557_654587.html; última consulta 16/01/2021).



de dos extremos, supone inclinarse hacia una resolución proclive a los vientres de alquiler, dado que únicamente introduce como matiz el altruismo y no solventa los graves problemas que plantea la cuestión en sentido puro.

La SEF, sin embargo, ha realizado un informe a favor de este tipo de prácticas y también se encuentra a favor la “Sociedad Española de Maternidad Subrogada”, que se ha constituido para defender los derechos de los comitentes españoles.

3.1.3. EL CASO DE UCRANIA: UN MERCADO EN AUGE O EMERGENTE

Entre el conjunto de países que admiten la maternidad subrogada, de una forma muy permisiva, se encuentran: Rusia, India, Ucrania, Georgia, algunos estados de EE. UU., como California. Destacamos Ucrania por la dimensión mediática que ha alcanzado.

Existe una orden del Ministerio de Sanidad ucraniano que contempla diversos aspectos, se trata de la Orden 771⁴¹. En el art. 123.2 del Código de Familia Ucraniano, se regula la posibilidad de la maternidad subrogada estableciendo:

“Si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de TRA, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán la pareja. Con el consentimiento de la gestante en el certificado de nacimiento constará

⁴¹ Registrado en el Ministerio de Justicia de Ucrania el 2 de octubre de 2013 bajo Nº 1697/24229 (Disponible en <https://maternidad-subrogada-centro.es/maternidad-subrogada-law.pdf>; última consulta 05/06/2021)



directamente el nombre de los comitentes"⁴².

La legislación ucraniana pone una serie de condicionantes a la hora de acceder a la contratación de la maternidad subrogada: se exige que tienen que ser parejas heterosexuales, que se encuentren casadas, como mínimo el marido (padre comitente) debe aportar su material genético y la esposa (madre comitente) debe tener una imposibilidad física para procrear, es decir, no se admite por alegar motivos de distorsión física derivada del embarazo. Esta legislación excluye del acceso a personas solteras y a los homosexuales.

Ya en el año 2011, se debatió políticamente la proscripción del recurso a la gestación por sustitución a los no nacionales, pero también el acceso a las TRAs. Este debate fue estéril, pues no se consiguió nada, que hubiera sido interesante para evitar el turismo reproductivo y la internacionalización de la práctica. Con esta norma de derecho internacional privado, incluida en los OJs de los países permisivistas, se respetaría la soberanía de esos Estados, pero también de los que ven vulnerado su OJ por recurrir sus nacionales a esta práctica internacional. Por ello, se deberían articular negociaciones internacionales para animar a los países a introducir esta norma que evitaría el problema.

Por último, parece curioso cómo se "promociona" la agencia de maternidad subrogada "Gestlife", al aseverar: "Se llega al mismo punto, pero más tarde", en referencia a la necesidad de un proceso de filiación en

⁴² Registrado en el Ministerio de Justicia de Ucrania el 2 de octubre de 2013 bajo Nº 1697/24229 (Disponible en <https://maternidad-subrogada-centro.es/maternidad-subrogada-law.pdf>; última consulta 05/06/2021)



España, que ha introducido la última instrucción de la DGRN. Esta agencia rivaliza con otras diciendo que “saca” a los niños de Ucrania, a diferencia de otras empresas o agencias de intermediación.

3.1.4. ALGUNAS NOTAS DE PAÍSES QUE REGULAN LA MODALIDAD COMERCIAL

El Centre for Social Research, en India, ha publicado el estudio “Surrogate Motherhood. Ethical or Commercial”⁴³. De este estudio, se pueden desprender varias conclusiones. En primer lugar, que la mayoría de las mujeres declaró realizar esta práctica como consecuencia de situaciones de pobreza o por presiones de su marido o del propio entorno, siendo escaso el número de mujeres que realmente se sometían a gestar de forma voluntaria y libremente. En segundo lugar, hay que destacar que las madres portadoras carecían, en su mayoría, de formación, por lo que confiaban en las clínicas para informarlas de los términos del contrato, sin que recibieran un consejo independiente. Por último, los contratos no se firmaban hasta aproximadamente la mitad del embarazo, en torno al cuarto mes de gestación. Las clínicas no eran parte del contrato, por lo que la mujer no sabía a quién dirigirse en caso de que quisiera realizar alguna reclamación.

Respecto a lo anterior, téngase en cuenta que India es un país en el que se encuentra regulada esta práctica.

⁴³ Kumari R., “Surrogate Motherhood. Ethical or Commercial”, 2010 (disponible en: <https://archivefda.dlib.nyu.edu/bitstream/2451/34217/2/Surrogacy-Motherhood-Ethical-orCommercial-Delhi%26Mumbai.pdf>; última consulta 20/01/2021).



Por ello, la regulación de la maternidad subrogada no llevaría a disminuir los riesgos de situación de pobreza de la mujer que recurre a este contrato, pero sí contribuiría a la desinformación, a la mala praxis y a los abusos múltiples que hemos señalado.

3.2. LA NECESIDAD DE INSTRUMENTOS A NIVEL INTERNACIONAL

En torno a esta cuestión, existen dos corrientes doctrinales antagónicas: una que defiende la necesidad de instrumentos internacionales que doten de una solución global a esta problemática. Mientras que existe otra postura que asevera que sería extremadamente complejo llevar a cabo estos instrumentos internacionales. Entre los que defienden la primera postura se encuentra La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, sobre problemas derivados de los acuerdos de maternidad subrogada de carácter internacional y determinados autores⁴⁴. En la otra parte opuesta, se posiciona Bellver: "Hay muchos motivos para dudar que una regulación de la maternidad subrogada de alcance internacional y de carácter lucrativo garantice la dignidad de las partes más débiles de la relación"⁴⁵. De acuerdo con este autor, no

⁴⁴ Velarde D'Amil, Y., "Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: no inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n. 3, 2012, pp. 67-69.

⁴⁵ Bellver Capella, V., "¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional", cit., p. 11.



sería conveniente una regulación internacional favorable, aunque sí que contempla una prohibición universal. No obstante, el legislador español se ha visto desbordado ante una realidad que se escapa a sus fronteras y que pese a existir una clara prohibición de esta práctica, no impide que la cifra de niños que son procreados por medio de esta técnica se incremente año tras año de forma considerable, al no encontrar ningún tipo de traba burocrática, siempre que se sigan las directrices de la RDGRN.

Por otra parte, destacar que Lamm se muestra partidaria de aplicar el Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional⁴⁶ a la gestación por sustitución, pues asevera que la necesidad que se cubre es muy similar, aunque admite considerables diferencias⁴⁷. No creemos que deba ser equiparable la adopción ni aplicable la misma regulación a la maternidad subrogada y a la adopción (al tratarse de dos realidades completamente distintas). El argumento de satisfacer la misma necesidad es insuficiente para ser aplicable el mismo régimen normativo. Apostamos por una regulación a nivel internacional que respete la soberanía de los Estados en la adopción de sus propias decisiones.

La postura de Lamm es descartada por una Comisión Especial, que tuvo lugar en 2010, y en un documento

⁴⁶ Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (BOE n. 182, de 1 de agosto de 1995).

⁴⁷ Verdera Izquierdo B., "Anotaciones a la ley de reproducción asistida", cit., p. 1117.



preliminar sobre cuestiones de Derecho Internacional Privado relativas al Estatuto del Niño por parte de la Conferencia de la Haya⁴⁸. En sus conclusiones, destaca como inapropiada la aplicación del Convenio de 1993 a la gestación por sustitución a nivel internacional, aconsejando que la Conferencia de La Haya elabore trabajos sobre los campos jurídicos que inciden a nivel internacional en esta práctica. Como consecuencia de esta recomendación, la Oficina Permanente redactó una nota (Conclusiones y recomendaciones del consejo de asuntos generales y políticas de la Conferencia de la Haya⁴⁹) sobre incidencias de esta práctica en el niño, desde un enfoque del derecho internacional privado. De esta forma, se pone de relieve la imperiosa necesidad de elaborar un instrumento a nivel internacional, que contemple los cuantiosos aspectos.

La complejidad que entraña el entramado de regulaciones a nivel internacional y el recurso al turismo reproductivo hacen constatar la urgencia de una regulación conforme al derecho internacional privado, al superar las fronteras de los propios Estados, configurándose con un carácter trasnacional. Es por ello por lo que la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado está preparando un convenio específico para solventar esta cuestión.

⁴⁸ Documento preliminar sobre cuestiones de Derecho Internacional Privado relativas al Estatuto del Niño, Conferencia de la Haya, 2010 (disponible en: <https://www.hcch.net/es/home>; última consulta: 16/04/2021)

⁴⁹ Conclusiones y recomendaciones del consejo de asuntos generales y políticas de la Conferencia de la Haya, (disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/22f3f9db-b2bb-4256-95cb-65c4cbb65ad7.pdf>; última consulta: 03/04/2021)



Ya se ha avanzado en torno a esta temática y la propia Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, en el año 2012, elaboró el Documento Preliminar nº10,⁵⁰ en el que se analiza el problema del creciente aumento de este tipo de contratos. Pero la verdadera trascendencia de este documento radica en la búsqueda de una seguridad jurídica a nivel internacional a través de la cooperación internacional, dejando a un lado la armonización de las normas a nivel internacional. Esta cooperación se muestra interesante desde el punto de vista de la necesidad del respeto de los OJs entre sí mismos⁵¹.

Entre el 12 y el 16 de octubre de 2020, se celebró una reunión del Grupo de Expertos (creado el año 2015) ante el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya. Empero, hay que señalar que existe una pluralidad de opiniones en dicho grupo⁵².

Para finalizar este apartado, mencionaremos la corriente imperante dentro del proyecto europeo en el que nos encontramos inmersos: propugna la prohibición de la

⁵⁰ Documento Preliminar nº10 (disponible en: <https://www.hcch.net/es/home>; última consulta: 12/02/2021)

⁵¹ Informe preliminar de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sobre problemas derivados de los acuerdos de maternidad subrogada de carácter internacional, "A Preliminary Report on the Issues arising from International Surrogacy Arrangements", 2012 (disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da86c3-61074e9b17fe.pdf>; última consulta 15/05/2021).

⁵² Informe del grupo de expertos de La Conferencia de la Haya, 2019 (disponible en <https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>; última consulta 20/04/2021).



gestación por sustitución al haber solicitado el Parlamento Europeo, en el año 2018, la adopción de esta postura. Es por ello que las posibilidades de regulación a nivel europeo son escasas por el Informe que se detalla⁵³ y la diversidad de regulaciones en el territorio europeo.

En conclusión, el instrumento realmente útil y eficiente sería la inclusión de una norma, dentro del OJ de los países que permiten la maternidad subrogada, que excluyera a los padres comitentes no nacionales. Más aún, cuando estos países, conforme a sus leyes, permiten la gestación por sustitución y consideran padres legales a los comitentes, pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros en su territorio. En otras palabras, no aplican el principio *ius solis* como regla para adquirir la nacionalidad.

3.3. ALGUNOS ASPECTOS DE LAS PROPUESTAS REGULATORIAS ACTUALES

Múltiples autores se han atrevido a realizar distintas elaboraciones de legislaciones, intentando que sean garantistas para todas las partes implicadas, aunque, en la mayoría de las propuestas, se pueden apreciar fisuras o fracturas, en un intento fallido de lograr las máximas garantías, pero no de unas garantías absolutas o totales. Incluso, la SEF ha intentado realizar una regulación posible. Entre los argumentos que utilizan para regular a favor de que se posibilite la gestación por sustitución, son

⁵³ Informe anual sobre los derechos humanos y democracia en el mundo y política de la Unión Europea, 2018 (disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-82018-0373_ES.html; última consulta 14/03/2021).



los datos estadísticos que muestran que, cada vez con más frecuencia, se recurre a esta práctica, pese a los inconvenientes existentes a nivel legislativo y práctico. Así las cosas, Durán Ayago⁵⁴ señala los datos del número de contratos de gestación por sustitución facilitados por la asociación española "Son nuestros hijos", según los cuales, la cifra va en incremento.

El germen de estas posibles regulaciones (que están surgiendo de diversos juristas e, incluso, asociaciones) va en la misma línea de la tendencia en derecho comparado hacia una regulación y permisión de la maternidad subrogada⁵⁵.

No obstante, algunos señalan que no sería posible establecer una legislación que garantice la no explotación de las mujeres vulnerables, al tener una visión global de países que no lo han logrado, pese a establecer todos los medios para la no vulneración de derechos de las partes implicadas⁵⁶.

La propuesta regulatoria que nos parece muy acertada es que uno de los dos comitentes debería ser nacional del país en el que se desea desarrollar el contrato maternidad subrogada. Incluso, si se llegara a elaborar

⁵⁴ Durán Ayago, A., "Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015", *Bitácora Millenium*, n. 2, 2015, p. 49-52.

⁵⁵ Lamm, E., "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *Indret*, n. 3, 2012, p. 1720.

⁵⁶ Albert Márquez, M., "La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución", *Cuadernos de Bioética*, n. 28, 2017, pp. 177-179.



una regulación internacional, se debería incluir como requisito el que uno de los comitentes sea nacional del país en el que se tiene lugar el contrato. La razón es clara: evitar el turismo reproductivo. Así, se cumpliría la voluntad de cada uno de los Estados (que prohíben la maternidad subrogada) porque no podrían los padres comitentes realizar el contrato en un país donde está permitida, solucionando toda la problemática.

Uno de los aspectos que señalan en la regulación es el referente al consentimiento de la madre gestante. Normalmente, se suele detallar que este consentimiento debería cumplir una serie de condicionantes, como son una determinada edad, una situación psicológica adecuada, grado de madurez suficiente, requisitos de salud, de capacidad... Incluso, se señala que la madre gestante no se encuentre en una situación desfavorecida que le lleve a recurrir a esta técnica. Alguno apunta a la necesidad de que sea altruista para evitar el abuso de una situación socioeconómica desfavorecida.

Las partes intervinientes, según la SEF, no deberían tener ninguna relación de parentesco, de jerarquía, laboral o de cualquier tipo. Así, se conseguirían solucionar los problemas de presión afectiva que pueden surgir entre una hija y su madre, entre un jefe o jefa y su empleada, entre compañeros... En cambio, plantearía un constante problema de falta de oferta, más aún si estamos hablando de la falta de lucro por parte de las madres gestantes. Mucho más discutible es la idea de algunos de introducir el requisito de tener un hijo anteriormente y que este se encuentre plenamente sano, sin ninguna patología. Las razones esgrimidas son: en primer lugar, la madre gestante debe saber lo que es verdaderamente un parto; y, en segundo lugar, que, como ha tenido un



hijo, posiblemente, le cueste menos desprenderse de él. Empero, cada hijo es único y exclusivo, la decisión de deshacerse de un hijo siempre es complicada.

Además de estar claro que debería conferir un consentimiento totalmente libre, que nadie lo discute y que algunos señalan que este consentimiento debería ser judicial. Lomás problemático es el momento en el que se debe otorgar el consentimiento. En otras palabras, si este consentimiento debe conferirse en el momento de la firma del contrato, con anterioridad al nacimiento del niño, o si posteriormente al nacimiento del niño debe volver a dar dicho consentimiento. La propuesta de la SEF no contempla este extremo, pero otros autores consideran acertada esta previsión, como Lamm⁵⁷. Reino Unido sí que contempla este aspecto, al exigirse un plazo de seis semanas para otorgar de nuevo el consentimiento, una vez ha nacido el niño.

Tanto la decisión de otorgar el consentimiento después como la de no otorgarlo plantean numerosos problemas. En el supuesto de otorgar este consentimiento, si la mujer gestante decide no llevar a término final el contrato de maternidad subrogada, tendríamos una plena garantía de que la mujer ha tomado una decisión meditada a las seis semanas, pero no garantiza que al año quiera tener al niño en sus brazos, bajo un sentimiento de culpabilidad.

En cuanto a los intereses de los comitentes, podrían verse afectados por la incertidumbre de si finalmente ese hijo va a ser suyo o no. Evidentemente, en una ponderación de intereses es conveniente garantizar el

⁵⁷ Lamm E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., 2013, p. 150.



libre consentimiento e informado, en detrimento de la incertidumbre que tienen los comitentes, aunque, como hemos señalado, no tendríamos plenamente garantía de que la madre gestante, con posterioridad, cambiara de criterio.

Otro de los aspectos a tener en cuenta es qué se entiende por compensación, al ser un CJI, en la modalidad altruista. Compensación y precio no son lo mismo. La doctrina se ha pronunciado al respecto. Efectivamente, Trimmings y Beaumont proponen la creación de fórmulas a través del ministerio de sanidad de cada uno de los países; por ejemplo, una fórmula de cálculo podría ser el triple del salario mínimo interprofesional (SMI, en adelante) del lugar en el que vive la madre gestante⁵⁸. Según estos autores, con el hecho de que la compensación sea tres veces el SMI, se lograría una fórmula adaptada a la situación de cada país, con los matices socioeconómicos que presentan cada una de las naciones.

Consideramos que al partir de un "salario" se corre el riesgo de una profesionalización de la maternidad subrogada, difuminando y mezclándose las líneas con el precio de un salario. Estaríamos hablando de una retribución por los servicios que presta. La situación de necesidad podría disminuir la capacidad de decisión de la madre gestante. En ningún caso, debería pagarse el dolor o el sufrimiento que supone el embarazo, si realmente lo ejecuta de manera altruista. Creemos que se debería optar por compensar los gastos médicos, jurídicos o

⁵⁸ Trimmings K. y Beaumont P., "General reporto in surrogacy", en Trimmings K. y Beaumont P. (eds), *International surrogacy Arrangements*, Hart Publishing, London, 2013, pp. 544-146.



burocráticos o, como mucho, la pérdida de los posibles ingresos que la madre gestante tuviera antes de decidir llevar a cabo el contrato de vientres de alquiler. En conclusión, con la propuesta de estos autores, se están realizando en cubierta o de manera subrepticia contratos de gestación por cuenta ajena en la modalidad comercial.

Por último, vamos a analizar una propuesta regulatoria llevada a cabo por Aitziber Emaldi Cirión. Esta autora cree que se deberían incluir los siguientes aspectos⁵⁹ en una hipotética regulación:

-La existencia de motivos físicos que impidan que la madre comitente lleve a término un embarazo por sí misma, pero, además, también reconoce que se permita a parejas solteras masculinas u homosexuales masculinas.

De este modo, creemos que pretende evitar que, siendo físicamente posible, se opte por otorgar un contrato de maternidad subrogada. ¿Si consideramos que no produce ningún inconveniente para nadie por qué establece limitaciones? Parte de la idea de que es una práctica que genera perjuicios e intenta solventarlos reduciendo las personas que pueden optar por un contrato, para evitar un número elevado de "potenciales clientes" y así disminuir los riesgos, pero no de eliminarlos.

⁵⁹ Emaldi Cirión, A., "La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley", *Dilemata*, vol. 10 n. 28, 2018, pp. 123-135.



-Del conjunto de requisitos que se imponen a la madre gestante: un mínimo en la edad, la situación económica desahogada... De entre todos los requisitos, destacamos dos. Uno que nos parece adecuado es que se establezcan un número de veces que se puede gestar para otros, pero no únicamente por el motivo de molestias físicas que comporta el embarazo, que es el que alega esta autora, sino también por la alta probabilidad de que se profesionalice y pueda vivir de ello. El otro son las dudas que se le plantean a la autora a la hora de si la madre gestante puede tener una relación familiar con los comitentes, al cuestionarse que la libertad en la decisión puede estar mermada. A lo que añadimos que también pueden existir contraprestaciones altruistas, no única y exclusivamente en el supuesto que se plantea ahora, sino que, en otros supuestos, como relaciones de amistad, pueden sentirse presionadas emocional y afectivamente, ejecutando este contrato con la recompensa emocional, pero, sobre todo, afectiva.

-Únicamente la considera en la modalidad altruista.

-Opta por considerar irrevocable el consentimiento otorgado por la madre gestante, en detrimento de esta y a favor de los comitentes, pero reflexiona, admitiendo que ambas opciones son complejas y reconociendo que lo que propone atenta contra la personalidad, la dignidad y la posibilidad de fundar una familia de la pobre madre gestante.



-La posibilidad de que los padres comitentes disfruten de la prestación por maternidad y paternidad. Este extremo ya ha sido resuelto por el TS, reconociendo la prestación a los comitentes, aunque, desde el punto de vista doctrinal, no hay unanimidad, igual que no existe unanimidad dentro de los TSJs.

-Deja libertad a los contratantes para que pacten y estipulen, en el propio contrato, la posibilidad de abortar por si se producen motivos embriopáticos o eugnésicos, y también para eliminar a los bebés fruto de un embarazo múltiple.

-Para que no se produzca una vulneración de la Convención Internacional de Derecho del Niño, debe establecerse la posibilidad de conocer el origen biológico, con el objetivo de no vulnerar la identidad personal y el libre desarrollo de la personalidad de los niños nacidos mediante un contrato de maternidad subrogada.

Parece difícil que admita que se reconozca la posibilidad de conocer el origen biológico, cuando -en España- la donación de gametos no contempla este aspecto, aunque sería muy conveniente que se reformara la legislación para que sí que fuera posible.

Para finalizar, nos parece erróneo que asevere que, si la legislación contemplara todos estos aspectos, "se evitarían los efectos negativos que es posible causar con esta práctica". Es una contradicción e incoherencia, pues admite efectos negativos, como el supuesto de la revocación del consentimiento, lo que ocurre es que selecciona sobre quién van a recaer los efectos devastadores,



siguiendo el ejemplo puesto, sería la madre gestante la perjudicada.

3.4. PROPUESTA LEGISLATIVA DEL GRUPO PARLAMENTARIO CIUDADANOS

El Grupo Parlamentario CS ya presentó, en la comunidad autónoma madrileña, una proposición no de ley, en marzo del año 2016. Posteriormente, volvió a presentar, el mismo Grupo Parlamentario CS, en abril de 2017, una proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución, para su consideración y debate en el Pleno del Congreso⁶⁰. Antes de comenzar a tratar la proposición de ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos a nivel estatal, hemos de criticar la equiparación que desarrolla a nivel autonómico en la Comunidad de Madrid dicho Grupo Parlamentario, al igualar la maternidad subrogada con el matrimonio del mismo sexo o la reproducción humana asistida como logros del Estado moderno. Es por este y otros motivos, que les sugiere a los órganos estatales la regulación de la maternidad subrogada. Además, se debería criticar esta propuesta legislativa por tener deficiencias desde el punto de vista jurídico, no regulando nada sobre la naturaleza, contenido y alcance de los vientres de alquiler.

La nota caracterizadora es que, únicamente, se admitiría la gestación por sustitución en casos exclusivamente altruistas sin que, en ningún caso, estuviera admitida la comercial o mediando precio. Ahora bien, la propia proposición legislativa sí que permitiría una

⁶⁰ Proposición de Ley 122/000117, de 27 de abril, reguladora del derecho a la gestación por subrogación (Boletín Oficial de las Cortes Generales 08/09/2017).



compensación resarcitoria, en la que se incluyan gastos como el transporte, las molestias causadas, los días de trabajo perdidos...

Esto plantea una serie de problemas, como también sucede en la donación de óvulos o espermatozoides. ¿La sociedad, en general, sabría distinguir entre precio y compensación? Probablemente no, lo consideraría precio. Aunque legalmente la cuantía de la donación de gametos está indeterminada, la LTRHA establece que la Comisión Nacional de Reproducción Asistida debe determinar los importes, sin haber fijado ningún importe desde que se creó.

En su art. 5.2, establece una compensación: "b) proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pre-gestacional, la gestación y el post-parto". ¿Realmente estamos ante una maternidad altruista? No puede decirse que, a la vista de este artículo, estemos solamente frente a una compensación, sino, más bien, delante de una contraprestación o precio por los servicios prestados. Por ello, no únicamente se le estaría compensando los gastos que sufre o los costes que padece, sino que se le estaría pagando una prestación de servicios. Choca este planteamiento con la prohibición expresa, en España, de que el receptor compense al donante con una cantidad que le procure las condiciones idóneas antes, durante y después de la donación de su órgano.

La regulación que pretende introducir, este grupo parlamentario, difiere a la que nos encontramos en otros países del entorno, que sí han procedido a la regulación. A diferencia de otros países cercanos, se admitiría tanto para personas solas como parejas homosexuales o heterosexuales.



-No solo pueden acceder a ésta las mujeres que carecen de útero, tienen alguna lesión o dolencia en ese órgano que les impide de forma absoluta y definitiva la gestación.

-Se establece la creación de un registro nacional de gestación por sustitución, adscrito al Registro Nacional de Donantes, donde se inscribirán tanto las mujeres que quieran ser gestantes por sustitución como los progenitores subrogantes (art.15), creándose una sección específica donde figuren los contratos que se formalicen, debiéndose renovar cada año las inscripciones (art. 16.3). ¿No sería mejor que especialmente este grupo parlamentario y el resto hubieran propuesto crear urgentemente un registro de donantes de gametos?

-No es necesaria la aportación de gametos por ninguno de los comitentes.

-Así, se señalan una serie de requisitos de la madre gestante, en el artículo 7 de la proposición efectuada por CS:

“a) Ser mayor de 25 años y menor de la edad que reglamentariamente se fije en función de las condiciones psicofísicas que se consideren adecuadas para la gestación con éxito,

b) plena capacidad jurídica y de obrar,

c) tener buen estado de salud psicofísica, conforme a lo dispuesto en el art. 5.6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, respecto de las exigencias fijadas a los donantes,

d) tener buen estado de salud mental y, en particular, no haber sufrido episodios de depresión



- o desórdenes psíquicos,
- f) haber gestado, al menos, un hijo sano con anterioridad,
- g) disponer de una situación socioeconómica, así como familiar, adecuadas para afrontar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad,
- h) poseer la nacionalidad española o residencia legal en España,
- i) no tener antecedentes penales,
- j) no tener antecedentes de abuso de drogas o alcohol,
- k) no haber sido mujer gestante por subrogación en más de una ocasión con anterioridad (art. 7)."

La cesión de datos por parte de la madre gestante es ingente, sobre todo, de datos especialmente protegidos por la sensibilidad de ellos, comprometiendo especialmente el derecho a su intimidad, viéndose compelida a aportar desde antecedentes penales hasta datos de salud...

El control de todos estos requisitos es llevado a cabo, según el art. 7.4 de la PL, por parte de los organismos públicos que se habiliten en cada una de las diferentes comunidades autónomas, cuando se van a inscribir en el registro las posibles madres gestantes. El momento temporal de actuación de este organismo de control se corresponde con el instante en el que la madre gestante se inscribe en el registro, no estableciendo controles posteriores por parte de este organismo u otros organismos habilitados de las comunidades autónomas, como señala la proposición de ley, u otros organismos posibles a nivel de la administración estatal. Nada aclara



la normativa respecto a los controles, durante y una vez ya ha dado a luz la madre gestante, por parte de la administración, con la finalidad de evitar posibles vulneraciones de derechos de la madre gestante o, incluso, del niño que va a nacer fruto de este contrato.

Se puede extraer de todo este catálogo de requisitos lo siguiente: a la madre gestante se le imponen numerosos condicionantes, que debe cumplir antes y durante el propio embarazo, para acceder a la maternidad subrogada, mientras que poco se les exige a los padres comitentes.

El Sistema Nacional de Salud debería garantizar el acceso, excluyendo a las empresas privadas intervenir, puesto que se corre el riesgo de que se mercantilice, aún más, todo el proceso sin dicha intervención pública, como una prestación más del sistema⁶¹.

Posiblemente, se debe comentar el siguiente requisito: "e) haber gestado, al menos, un hijo sano con anterioridad". Este requisito, probablemente, lo ha introducido el Grupo Parlamentario CS para intentar desligar el afecto y el vínculo emocional que puede generarse entre una madre y su primer hijo. Ahora bien, aunque la madre gestante haya tenido ya un hijo, cada hijo de esta madre gestante va a ser único y se va a poder generar este vínculo sentimental hacia la vida concebida en su ser.

-La mujer gestante podrá tener vínculo de consanguinidad con el o los progenitor/essubrogante/s.

⁶¹ Balaguer Callejón, M. L., *Hij@s del mercado: la maternidad subrogada en el Estado Social*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2017, pp. 208-210.



Con ello, se originan conflictos respecto de los roles que las personas han desempeñado, llegando a duplicarse. Así, se produce una alteración sustancial que puede ser contraria a la protección constitucional reconocida a la familia, así como al propio interés del menor.

Así, la abuela o la tía del bebé pueden que pasen a ser la madre de este, pudiendo producirse conflictos emocionales por no saber bien el papel que están desempeñando; sin perjuicio de la confusión que se pueda generar al menor. No obstante, como se ha comentado anteriormente: ¿Quién, pues, llevará a cabo altruistamente la gestación? En la práctica, se observa que la demanda supera ampliamente a la oferta, es decir, gente que está dispuesta altruistamente a gestar es muy inferior a los comitentes que desean recurrir a esta gestación altruista. Por ello, se seguiría recurriendo al exterior mediante el turismo reproductivo.

Otro de los aspectos controvertidos de la PL de CS es el momento temporal en el que la madre gestante tiene que dar el consentimiento, pudiendo ser antes de la gestación o después de la gestación. Ya se comenta, en el apartado de propuestas legislativas, que ambas opciones presentan inconvenientes y no se encuentran libres de polémica, como señala Vicente Bellver: "la protección de intereses de una parte trae consigo la desprotección de la otra y viceversa"⁶².

Esta propuesta de regulación presenta la particularidad de que la madre gestante no puede tener vínculo genético con el bebé que está gestando. En el supuesto

⁶² Bellver Capella, V., "Gestación por subrogación: un contrato "gratuito" gravemente oneroso", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 76, 2018, p 38.



que exista la posibilidad de desistir del contrato, estaremos frente a una madre que tiene un bebé con el que no guarda ningún tipo de relación de carga genética. Mientras que en el caso de que no exista la posibilidad de desistir del contrato, se desprecia la importancia del proceso gestacional, con los vínculos que ello supone. Tan importante es el material genético que porta el bebé fruto del contrato como el proceso de aproximadamente nueve meses que dura todo el embarazo.

4. CONCLUSIONES:

-PRIMERA: De los estudios sociales que se han realizado al respecto, hay un consenso mayoritario de la necesidad de informes bioéticos, porque la población en general admite que existe un desconocimiento moral al respecto. Estos informes se han elaborado por una multitud de autores, con bastantes matizaciones. Ahora lo que faltarían son campañas divulgativas para informar de este fenómeno de una forma lo más objetiva posible.

-SEGUNDA: Existe un consenso político, en base a las mayorías existentes en el parlamento contrarias, de momento, a regular la gestación por sustitución. Del mismo modo, diversas confesiones, así como la mayor parte del movimiento feminista se sitúan en contra de una regulación. Por ello, es necesario articular mecanismos para hacer efectiva esta voluntad política.

-TERCERA: El principalismo parece no solucionar la decisión de si optamos por una regulación, según algunos garantista, o, por el contrario, elegimos prohibirla por la primacía de los principios de no maleficencia y de justicia frente a los de beneficencia y



de autonomía.

-CUARTA: Las distintas regulaciones que se presentan, por parte de diversos autores, contienen múltiples inconvenientes por el conjunto de intereses en juego que colisionan y se enfrentan continuamente. Evidentemente, si se deseara regular, cabría la posibilidad de realizar una ponderación de los distintos intereses en juego y establecer criterios que permitieran unas máximas garantías, pero no absolutas o totales.

-QUINTA: A nivel internacional, hay una constatación de una evidente tendencia a la permisividad de la gestación por sustitución. Ahora bien, la regulación llevada a cabo por los distintos Estados presenta cuantiosos matices. Es de destacar que Estados, como el español, en los que existe una prohibición, nada obsta para que se siga llevando a cabo esta práctica, sin ningún tipo de problema.

-SEXTA: La maternidad subrogada altruista no se encuentra exenta de polémica. Es insistente, en la presente obra, la reiteración a los múltiples problemas que genera esta modalidad desde el surgimiento de conflictos afectivos, pasando por problemas en la "oferta" de madres gestantes dispuestas a llevar a cabo esta técnica...

-SÉPTIMA: Parece claro que una figura como la adopción no se ha utilizado adecuadamente, como herramienta alternativa a la maternidad subrogada. La adopción consigue solucionar el problema de muchos niños que por distintas razones se ven privados de sus padres, especialmente los considerados no "idóneos", por no ser recién nacidos o por tener cualquier tipo de discapacidad. En cambio, la maternidad subrogada puede ser un foco generador de problemas. El único argumento



sólido es el de perpetuar la genética (que parece insuficiente como para no recurrir a la adopción).

5. FUENTES DE INFORMACIÓN

5.1 BIBLIOGRAFÍA

Agnafors, M., "The harm argument against surrogacy revisited: two versions not to forget", *Medicine Health Care and Philosophy*, n. 17, 2014.

Albert Márquez, M., "La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución", *Cuadernos de Bioética*, n. 28, 2017.

Ávila Hernández, C.J., "La maternidad subrogada en el Derecho comparado", *Cadernos de Dereito Actual*, n. 6, 2017.

Balaguer Callejón, M. L., *Hij@s del mercado: la maternidad subrogada en el Estado Social*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2017.

Bartolini, M., Pérez, C. y Rodríguez A., *Maternidad subrogada: Explotación de mujeres con fines reproductivos*, D.F: Capricho Ediciones, México, 2015.
Beauchamp T.L. y Childress, J.F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, New York, 1989.

Bellver Capella, V., "¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada



internacional", *Revista de Filosofía*, n. 11, 2015.
Bellver Capella, V., "Gestación por subrogación: un contrato "gratuito" gravemente oneroso", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 76, 2018.
Corea Izu, M., "Abandonados, apátridas y sin padres", *Diario La Ley*, n. 8345, 2014.

Corredor Agulló, A., "Matizaciones y controversias respecto a la maternidad subrogada: una mirada crítica de las cuestiones terminológicas, técnicas y jurídicas", en Estellés Peralta, M.P. (dir.), Salar Sotillos, M.J. (coord.), *Maternidad Subrogada: La Nueva Esclavitud del Siglo XXI. Un análisis ético y jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Corredor Agulló, A., "El desbordamiento del legislador español en torno a la maternidad subrogada", *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n. 33, 2023.

Crawshaw, M., Purewal, S. y Van Den Akker, O., "Working at que Margins: The view and Experiences of Court Social Workers on Parental Work in Subrogacy Arrangements", *The British Journal of Social Work*, n. 43, 2017.

Durán Ayago, A., "Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015", *Bitácora Millenium*, n. 2, 2015.

Emaldi Cirión, A., "Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada. Aproximación a una visión



europea”, *Acta Bioethica*, n. 23, 2017.

Emaldi Cirión, A., “La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley”, *Dilemata*, vol. 10 n. 28, 2018.

Fernández Ruiz-Gálvez, E., “Mujeres y técnicas de reproducción artificial ¿Autonomía o sujeción?”, en Ballesteros, J. (coord.), *La humanidad in vitro*, Comares, Granada, 2002.

Frank, D., Volgel M., *The baby markers*, Croll & Graf Publishers, Nueva York, 1988.

Gómez-Lobo, A., *Morality and the human goods: an introduction to natural law ethics*, Georgetown University Press, Washintong dc, 2002.

Gracia Guillén, D., *Fundamentos de Bioética*, Eudema, Madrid, 1989.

Hatzis, A., “From soft to hard paternalism and back: the regulation of subrogate motherhood in Greece”, *Portuguese Economic Journal*, vol. 49, n. 3, 2009.

Lamm E., *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Gestación por sustitución, Universitat de Barcelona Publicacions i Edicions, D.L. Barcelona, 2013.

Lamm, E., “Gestación por sustitución. Realidad y



Derecho”, *Indret*, n. 3, 2012.

Martínez Otero, J.M., “La hipertrofia del principio de autonomía en el debate bioético”, *Cuadernos de Bioética*, n. 28, 2017.

Puigpelat Martí, F., “Feminismo y técnicas de reproducción asistida”, *Aldaba: Revista del Centro Asociado UNED de Melilla*, n.32, 2004.

Quiñones Escámez, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero de maternidad subrogada”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, 2009.

Sospedra Fontana, A., “Gestación subrogada en España”, *IDIBE*, 2018.

Trimming K.y Beaumont P., “General reporto in surrogacy”, en Trimmings K. y Beaumont P. (eds), *International surrogacy Arrangements*, Hart Publishing, London, 2013.

Velarde D’Amil, Y., “Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: no inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n. 3, 2012.

Verdera Izquierdo, B., “Anotaciones a la ley de reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, n. 10, 2007.

5.2 NORMATIVA

Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de



adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (BOE n. 182, de 1 de agosto de 1995).

Lei 25/2016 Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida) Diário da República No. 160/2016, Serie I de 2016-08-22.

Ley 40/2004, de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médica asistida.

Proposición de Ley 122/000117, de 27 de abril, reguladora del derecho a la gestación por subrogación (Boletín Oficial de las Cortes Generales 08/09/2017).

5.3 INFORMES Y OPINIONES

Acuerdo de coalición progresista entre PSOE y UP, 30 de diciembre de 2019

Conclusiones y recomendaciones del consejo de asuntos generales y políticas de la Conferencia de la Haya, (disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/22f3f9db-b2bb-4256-95cb-65c4cbb65ad7.pdf>; última consulta: 03/04/2021)

Documento Preliminar nº10 (disponible en: <https://www.hcch.net/es/home>; última consulta: 12/02/2021)

Documento preliminar sobre cuestiones de Derecho Internacional Privado relativas al Estatuto del Niño, Conferencia de la Haya, 2010 (disponible en: <https://www.hcch.net/es/home>; última



consulta:16/04/2021)

Informe anual sobre los derechos humanos y democracia en el mundo y política de la Unión Europea, 2018 (disponible en

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-82018-0373_ES.html; última consulta 14/03/2021).

Informe del grupo de expertos de La Conferencia de La Haya, 2019

(disponible en <https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>; última consulta 20/04/2021).

Informe preliminar de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sobre problemas derivados de los acuerdos de maternidad subrogada de carácter internacional, "A Preliminary Report on the Issues arising from International Surrogacy Arrangements", 2012 (disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da86c3-61074e9b17fe.pdf>; última consulta 15/05/2021).

Kumari R., "Surrogate Motherhood.Ethical or Commercial", 2010

(disponible en:

<https://archivefda.dlib.nyu.edu/bitstream/2451/34217/2/Surrogacy-Motherhood-Ethical-orCommercial-Delhi%26Mumbai.pdf>; última consulta 20/01/2021).

Registrado en el Ministerio de Justicia de Ucrania el 2 de octubre de 2013 bajo Nº 1697/24229 (Disponible en <https://maternidad-subrogada-centro.es/maternidad-subrogada-law.pdf>; última consulta 05/06/2021)

Rodrigo A., "Gestación subrogada en Canadá: legislación



y precio”, Babygest, 28 de agosto de 2019 (disponible en: de <https://www.babygest.es/canada/>; última consulta 23/10/2020).

5.4 DECISIONES JUDICIALES

Sentencia de la Corte Suprema de California, S023721, de 20 de mayo de 1993.

Sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación francesa de 5 de julio de 2017.

Sentencia de las Secciones Unidas 12193, de 8 mayo 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte de Casación francesa, de 4 de octubre del año 2017.

STC portugués 225/2018, de 24 de abril de 2018.

STC portugués 465/2019, de 18 de septiembre de 2019.

STSJ Sala de lo Contencioso Sección 1 de Madrid 209/2017, de 13 marzo.

5.5 PRENSA

E.B., “El altruismo en la gestación subrogada: los casos de Canadá y Reino Unido”, *elBoletín*, 8 de julio de 2017 (disponible en: <https://www.elboletin.com/noticia/151264/nacional/el->



[altruismo-en-la-gestacionsubrogada:-los-casos-de-canada-y-reino-unido.html](#); última consulta 12/04/2021).

Domingo A., "El PSOE estudia penalizar a quienes recurran a la gestación subrogada", *Faro de Vigo*, 6 de enero de 2019 (disponible en: <https://www.farodevigo.es/sociedad/2019/01/06/psoe-estudia-penalizar-recurran-gestacion/2028166.html> ; última consulta 20/04/2021).

Enríquez-Nistal S. y Ezequiel S., "Maroto apoya la gestación subrogada altruista y espera que el PP permita el voto en conciencia", *El mundo*, 15 de agosto de 2017 (disponible en

<http://www.elmundo.es/espana/2017/08/15/5992d9deca4741135c8b461a.html>; última consulta 20/04/2021)

Lapiente Giné, V., "Debate subrogada", *El País*, 28 de febrero de 2017, (disponible en: <http://elpais.com/elpais/2017/02/27/opinion/1488202557654587.html>; última consulta 16/01/2021).

Mariscal., "Isabel Celaá: El Gobierno "no acepta la gestación subrogada" por ser una "compra-venta de niños"", *El Mundo*, 14 de septiembre de 2018 (disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2018/09/14/5b9b9af422601da2038b459b.html>; última consulta 10/06/2021).

Sainz J., "Encuesta de SocioMétrica para El Español", *El*



Español, 26 febrero de 2017

VOX., "VOX lee un manifiesto en la Asamblea de Madrid contra "los vientres de alquiler"", *VOX*, 17 de marzo de 2017

(disponible en: <https://www.voxespana.es/noticias/vox-lee-un-manifiesto-en-la-asamblea-de-madrid-contra-los-vientres-de-alquiler-20160317>; última consulta 17/06/2021).

6. ABREVIATURAS

BOE: BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO.

CC: CÓDIGO CIVIL.

CEDH: CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

CJI: CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO.

CP: CÓDIGO PENAL.

CS: CIUDADANOS.

DGRN: DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

EE. UU.: ESTADOS UNIDOS.

ISM: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

LTRHA: LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

N.: NÚMERO.

OJ: ORDENAMIENTO JURÍDICO.

P.: PÁGINA.

Párr: PÁRRAFO.

PL: PROPOSICIÓN DE LEY.

PP.: PÁGINAS.

PP: PARTIDO POPULAR.

PSOE: PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL.



RC: REGISTRO CIVIL.
RDGRN: RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE
LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.
SEF: SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD.
SMI: SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL.
Ss: SIGUIENTES.
STC: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
STSJ: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA.
TC: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
TEDH: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
TRA: TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA
(HUMANA).
TS: TRIBUNAL SUPREMO.
TSJ: TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.
TSJs: TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA
UE: UNIÓN EUROPEA.
UP: UNIDAS PODEMOS.
Vol.: VOLUMEN.



LOS CONCIERTOS SOCIALES, NOVEDADES JURÍDICAS Y SUS IMPLICACIONES

D. Javier Mendoza Jiménez

Profesor Ayudante Doctor

Instituto de la Empresa de la Universidad de La Laguna

D^a Isabel Otilia Gutiérrez Santana

Cabildo de Gran Canaria

Resumen: Los conciertos sociales son un instrumento mediante el cual se pretende articular la contratación de servicios sociales, preferentemente con entidades sin ánimo de lucro. Dos recientes sentencias del TJUE han venido a resolver varias cuestiones fundamentales que se refieren a la posibilidad de restringir la participación solo a entidades sin ánimo de lucro y a la validez de ciertos criterios. En concreto, los asuntos 436/2020 y 676/2020 responden a dos consultas preliminares que se derivan de reclamaciones de ASADE frente a aspectos de decretos de la Comunidad Valenciana y Aragón. Las conclusiones de ambas sentencias afirman el carácter contractual de este tipo de instrumentos, validan la exclusión de entidades con ánimo de lucro y establecen



que los criterios de selección no pueden ser contrarios a los principios de la contratación general.

Abstract: Social agreements are an instrument through which it is intended to articulate the procurement of social services, preferably with non-profit entities. Two recent TJEU sentences have come to resolve several fundamental questions that refer to the possibility of restricting participation only to non-profit entities and the validity of certain criteria. Precisely, the sentences 436/2020 and 676/2020 answer two preliminary questions from ASADE against the regulations in the Comunidad Valenciana and Aragón. The conclusions of both judgments affirm the contractual nature of this type of instrument, validate the exclusion of for-profit entities and establish that the selection criteria cannot be contrary to the principles of general contracting.

Palabras claves: conciertos sociales, TJUE, entidades sin ánimo de lucro, compra pública, jurisprudencia.

Keywords: social agreements, TJEU, non-profit entities, public procurement, jurisprudence.

Sumario:

1.INTRODUCCIÓN; 2 LOS CONCIERTOS SOCIALES EN ESPAÑA; 3; ¿CONTRATOS O NO CONTRATOS? LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE; 4 EL IMPACTO EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS; 5 CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Tanto la Directiva 24/2014/UE como la Ley 9/2017 de contratos del sector público (en adelante la LCSP) hacen referencia a la prestación de servicios sociales como una parte diferenciada dentro de la compra pública.

La legislación europea recuerda en su considerando sexto que *los Estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios*. Este carácter especial de los servicios sociales se reafirma en el considerando 114 que justifica un régimen específico para este tipo de contratos con un umbral de interés transfronterizo mayor frente a otro tipo de servicios. En concreto, se ha establecido el umbral SARA en 750.000 € frente a los 214.000 € para el resto de servicios sujetos a la directiva.

La LCSP recoge, como no podía ser de otra manera, esta especificidad y en el artículo 11.6 establece la exclusión de este tipo de servicios de la ley, pero pone una serie de condicionantes que son clave para el uso y reciente evolución de los conciertos sociales. De este modo, se sujeta la adjudicación de este tipo de servicios a la existencia de una publicidad suficiente y al ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Además, parece dejar entrever que no podrá haber beneficio industrial hablando de la *simple financiación* como manera de remuneración de este tipo de servicios. Esto estaría ligado a la naturaleza no lucrativa de las entidades que normalmente prestan este tipo de servicios, lo cual permea en las distintas legislaciones que regulan este extremo y ha sido una de las causas



fundamentales de la litigiosidad que se analizará en este artículo.

Las vías que se han buscado para la financiación de este tipo de servicios van desde las subvenciones (tanto nominativas como en concurrencia), la firma de convenios y, con una mayor prevalencia en los últimos años, los conciertos sociales. Precisamente sobre esta última forma será sobre la que se centre este artículo con el objetivo de caracterizar el panorama actual que afecta a este tipo de procedimientos después de las últimas resoluciones del TJUE y la reciente respuesta a las mismas de Canarias, que puede servir como modelo para las legislaciones en otras CCAA.

Después de esta introducción, se hará un breve repaso a la situación de los conciertos sociales en España incluyendo una visión sobre la presencia legislativa del concierto social en distintas regiones de España. Posteriormente se pasará al análisis de las dos sentencias del TJUE que versan sobre este tema y sus posibles consecuencias, y, finalmente, se ofrecerán las conclusiones y la bibliografía.

2. LOS CONCIERTOS SOCIALES EN ESPAÑA

Los conciertos sociales son la manera en la que las comunidades autónomas han articulado la libertad que dejan las Directivas de contratación a los Estados en materia de servicios sociales¹. El desigual desarrollo

¹ Pizarro Nevado, R. (2020) El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía

legislativo por comunidades autónomas ha hecho que se haya planteado la búsqueda de otras alternativas como la adjudicación directa en tanto se cuenta con una ley que regule este procedimiento².

Uno de los principales puntos de debate en este instrumento es cómo conciliar cuestiones específicas del tipo de servicios que regulan con los principios generales de la compra pública, es especial la libre competencia. Uno de los ejemplos de ello es la posibilidad de incluir cláusulas de arraigo ³, que responde a la necesidad de que las entidades se encuentren previamente instaladas de cara a garantizar una atención más cercana.

La LCSP en su Disposición Adicional cuadragésimo novena parece inclinarse por el carácter no contractual de estas formas de organización de los servicios sociales y deja libertad a las autonomías para su organización cuando recoge que:

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, (1), pags. 88-103 DOI: 10.24965/real.i14.10861

² Martín Egaña, A. (2021). Los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, (25), pags. 272-375.

³ Garrido Juncal, A. (2017) Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate. *Revista Catalana de Dret Públic*, (55), pags. 84-100, DOI: 10.2436/rcdp.i55.2017.3007.



Lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social

Esta visión coincide las dudas expresadas por algunos autores que consideran que la práctica y la jurisprudencia ayudarán a ir resolviendo⁴.

En cuanto a la producción legislativa en el ámbito regional con respecto a los conciertos sociales, el número de comunidades que ha aprobado su propia regulación ha ido acelerándose paulatinamente en los últimos años.

Antes de la entrada en vigor de la LCSP apenas 6 comunidades autónomas habían aprobado regulaciones en este campo⁵. En Baleares, la Ley 10/2013, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears

⁴ Álvarez Fernández, M. (2021). El concierto social como fórmula alternativa (y no contractual) para la gestión indirecta de los servicios sociales públicos. *Ius et Veritas*, (62), pags. 14-36.

⁵ Lazo Vitoria, X. (2016) La figura del "concierto social" tras las Directivas europeas de contratación pública. *Observatorio de la Contratación Pública*. Disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/la-figura-del-concierto-social-tras-las-directivas-europeas-de-contratacion-publica>

Fecha de consulta: 25/05/2023

modificaba el artículo 89 de la Ley de Servicios Sociales e introducía de manera breve lo relativo a la concertación social. Se establecía prioridad para las entidades sin ánimo de lucro, pero no se excluía a aquellas que sí lo tenían, como ha sucedido en otras comunidades.

Una de las legislaciones más discutidas en este sentido ha sido el Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social que posteriormente se modificaría por el Decreto 188/2021, de 26 de noviembre, del Consell. El propio nombre del decreto deja claro que la concertación social se dirige exclusivamente a las entidades sin ánimo de lucro.

Este ha sido el camino seguido por otras comunidades autónomas como Navarra o Aragón y, más recientemente, Canarias. Pero pueden encontrarse excepciones como el caso de Madrid, que en el artículo 75 de la Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid dice que podrán presentarse "personas físicas o jurídicas de carácter privado, cualquiera que sea su naturaleza"⁶

⁶ Lazo Vitoria, X. (2023) Fórmulas de gestión indirectas (contractuales y no contractuales) en la nueva Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid: Primera regulación del "concierto social" en Madrid. *Iustel, Diario del Derecho*. Disponible en:



Una postura intermedia y similar a la de Baleares se encuentra en Decreto 229/2020, de 17 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de conciertos sociales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia que en su artículo 13 establece la prioridad, pero no la exclusividad, de las entidades sin ánimo de lucro.

De lo anterior se deriva que existen modelos dispares para la implementación de los conciertos sociales en lo tocante a la posibilidad de reservar solo para las entidades sin ánimo de lucro la participación. Precisamente, este ha sido dos de los puntos fundamentales de discusión que el TJUE ha tenido que afrontar y que se analizarán a continuación.

3. ¿CONTRATOS O NO CONTRATOS? ¿CON O SIN ÁNIMO DE LUCRO? LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

De manera paralela a lo que sucede con los contratos reservados, la exclusión de entidades con ánimo de lucro de la posibilidad de acceder a este tipo de procedimientos provocó la reacción de las empresas que se dedican a este sector quienes impugnaron - por ahora - los decretos autonómicos de la Comunidad Valenciana y de Aragón.

https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1229405 Fecha de consulta: 24/05/2023

Esto provocó el planteamiento de dos cuestiones prejudiciales por parte de los Tribunales Superiores de Justicia correspondientes y ha hecho que el TJUE deba pronunciarse al respecto. En concreto, se trata, en primer lugar, del asunto C-436/20 que viene a resolver el litigio de la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) contra la Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat Valenciana. Posteriormente, el asunto 676/20 versa sobre la disputa de esa misma asociación contra la Consejería de Sanidad de la Diputación General de Aragón.

3.1 El Asunto 436/20

Dado que en la primera sentencia sirve como amplia base de la segunda, se analizará en mayor profundidad el asunto que afecta a la Comunidad Valenciana. Las cuestiones en solfa en este caso se traducen en tres aspectos relacionados entre sí⁷:

- 1 - ¿Son los conciertos sociales figuras contractuales?
- 2 - En caso de serlo, es posible limitar su uso solo a entidades sin ánimo de lucro - incluso más allá de las asociaciones de voluntariado.

⁷ Las tres cuestiones prejudiciales pueden verse más desarrolladas en el exponendo 33 de la sentencia del TJUE que puede encontrarse aquí: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=262937&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15985113>



3 - Si se consideraran contratos, ¿es legal un criterio que valora la implantación en la localidad donde vaya a prestarse el servicio anterior a la ejecución del mismo?

Sobre esas preguntas establece sus conclusiones la Abogada General, la Sra. Laila Medina, que aborda en primer lugar la problemática reflejada en el punto anterior de este artículo sobre la naturaleza contractual o no de este tipo de procedimientos.

Para ello se adentra en lo que denomina acertadamente un "laberinto de diferentes problemáticas jurídicas" donde se entremezcla la naturaleza de interés general de los servicios y su sujeción o no a las Directivas de contratación. Después de revisar las características de la legislación valenciana, que incluye el establecimiento de criterios de selección, lo que la acercaría a una contratación en sentido tradicional, resume su postura considerando que "la aplicabilidad de la Directiva 2014/24 no ha de supeditarse a la forma en que los Estados miembros elijan a las entidades seleccionadas, sino que ha de depender del objeto de los contratos".

Complementando lo anterior, concluye también la abogada que, independientemente de que se articule el reembolso de costes como forma de pago de la prestación de servicios y pese a que no exista una remuneración de un beneficio industrial, al hablar de conciertos sociales nos encontramos ante contratos de carácter oneroso. Además de esto, aclara que las entidades sin ánimo de lucro también se incluyen dentro del concepto de "operador económico" y en base a ello concluye que "se cumple el requisito relativo a que exista un contrato entre un operador económico y uno o varios poderes adjudicadores".



Por último, en cuanto a la naturaleza de los conciertos sociales como contratos de servicios, remite la Abogada General a la comparación por parte del órgano jurisdiccional de lo recogido en el decreto valenciano con lo establecido en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE, teniendo en cuenta además que existe un umbral de 750.000 € a partir del cual se aplica la citada directiva.

Una vez resuelto lo anterior, es turno ahora para dilucidar la legalidad de la exclusión de las entidades con ánimo de lucro de su participación en los conciertos sociales. En este sentido, se apoya en la regulación relativa a los contratos reservados (artículo 20 y 77 de la Directiva) para concluir que el régimen aplicable a los conciertos sociales se encuentra establecido en los artículos 75 y 76 del documento comunitario.

Y aquí se encuentra una de las principales digresiones con respecto a lo que posteriormente resolverá el TJUE, ya que se argumenta que se considera "inconcebible" la exclusión de determinadas entidades por el mero hecho de tener ánimo de lucro y que ello no está justificado de ninguna manera por la aplicación del régimen simplificado que se establece en esos artículos. En concreto, razona la abogada que: "Al aplicar el régimen simplificado, parecería más pertinente centrarse en la capacidad para prestar servicios sociales de calidad y eficientes en relación con los costes, en lugar de en la naturaleza de la entidad que los presta".



En lo relativo a la tercera cuestión prejudicial, la validez de un criterio de arraigo como el planteado, la opinión de la Abogada se inclina por la ilegalidad de este tipo de criterios, que trata de manera distinta situaciones comparables.

La sentencia de la Sala Cuarta del TJUE se sustenta sobre razonamientos similares, aunque más resumidos, que los de la Abogada General. Sobre la sujeción o no a la Directiva 2014/24/UE de los conciertos sociales, se recoge que: "la normativa controvertida en el litigio principal parece regular, al menos parcialmente, la adjudicación de contratos públicos sujetos a la Directiva 2014/24".

Teniendo en cuenta eso, analiza las dos primeras cuestiones prejudiciales en el marco de los artículos 75 y 77 para concluir que permite la exclusividad de las entidades sin ánimo de lucro en estos procedimientos siempre que se cumplan una serie de condiciones que se articulan en las siguientes:

- Haya un examen competitivo previo de las ofertas.
- La remuneración del contrato se haga mediante reembolso de costes.
- El marco en el que se desarrolla la actividad de las entidades contribuya a la finalidad social y a los objetivos de solidaridad y eficiencia presupuestaria.
- Se respete el principio de transparencia.

En cuanto al criterio de selección que constituye la tercera cuestión prejudicial se ratifican las conclusiones de la Abogada General y se considera que no puede

aplicarse como condición en la fase previa a la adjudicación del concierto.

3.2 El Asunto 676/20

La segunda de las recientes sentencias del TJUE relativa a la concertación social se deriva de una cuestión prejudicial enviada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón y se presenta en el marco del litigio de ASADE y la Consejería de Sanidad de la Diputación General de Aragón sobre la legalidad de varias leyes relacionadas con la concertación socio-sanitaria.

En este caso, se plantean cinco cuestiones prejudiciales, algunas de las cuales coinciden con las ya resueltas en el asunto anteriormente analizado. A modo de resumen, los cinco aspectos que se preguntan son⁸:

1. ¿Es legal recurrir a conciertos sociales con entidades sin ánimo de lucro (no solo asociaciones de voluntariado) mediante el simple reembolso de costes sin acudir a los procedimientos de contratación regulares?
2. ¿Es compatible con el Derecho Europeo una normativa nacional que permite eludir la normativa de contratación pública mediante el empleo de conciertos aun manteniendo los

⁸ Al igual que en el caso anterior, se proporciona el enlace para el acceso a la resolución, que en su exponendo 29 recoge las preguntas de manera desarrollada: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62020CO0676>



- principios de publicidad, competencia y transparencia?
3. En caso de que sí, ¿puede reservarse este procedimiento solo a entidades sin ánimo de lucro aun respetando los principios de publicidad, competencia y transparencia?
 4. ¿La libertad de los poderes adjudicadores de acudir a la concertación con entidades sin ánimo de lucro equivale a condicionar estos servicios en función de la forma jurídica?
 5. Si todo lo anterior es válido, ¿puede incluirse entre los criterios de selección la implantación en la localidad o área geográfica dónde vaya a prestarse el servicio?

Cabe destacar que el procedimiento se suspendió hasta que se resolviera el Asunto 436/2020 y que, una vez resuelto el mismo, se preguntó a ASADE si quería mantener las cuestiones prejudiciales, ante lo que la respuesta fue seguir adelante solo con la segunda y la cuarta.

La respuesta a la segunda cuestión prejudicial se apoya en las consideraciones del Asunto 436/2020 y viene a concluir que es correcta la utilización de la concertación social solo para entidades sin ánimo de lucro "cuando la utilización de tales acuerdos persiga satisfacer objetivos de solidaridad, sin mejorar necesariamente la adecuación o la eficiencia presupuestaria de la prestación de dichos servicios respecto del régimen de aplicación general a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos".

La segunda parte del entrecomillado es importante, toda vez que no se exige una mayor eficiencia económica que



la de un contrato general, ya que se apoya en el argumento dado por el Gobierno Español de que las entidades sin lucro sirven al interés general y no se guían por criterios meramente comerciales. Análogamente a lo establecido en el primer asunto, se condiciona lo anterior al respeto del principio de transparencia y a la contribución a la solidaridad social y eficiencia presupuestaria.

En cuanto a la cuarta cuestión prejudicial, razona el TJUE que es “manifiestamente inadmisibile” ya que la información enviada por el órgano jurisdiccional no permite discernir si se encuentran o no excluidos de la Directiva 2006/213, conocida como “Directiva de servicios”, que en su artículo 2.2.j excluye a los “servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado”.

Por lo tanto, las conclusiones a las que llega el TJUE en el Asunto 676/20 vienen a ratificar las referidas en el Asunto 436/2020 y suponen un fortalecimiento de la posibilidad recogida en varias legislaciones autonómicas de reservar exclusivamente este tipo de servicios a entidades sin ánimo de lucro sin que necesariamente deban ser asociaciones de voluntariado.



4. EL IMPACTO EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS

Además de las consecuencias conceptuales que pueden tener los dos autos referidos en el punto anterior, y que serán analizadas en las conclusiones, lo relativo a la invalidez de un criterio de selección que otorga más puntos a aquellas entidades que ya estén implantadas en el municipio requeriría de una revisión, o al menos la no aplicación en la práctica, de algunas de las legislaciones autonómicas en vigor y que incluyen precisamente ese extremo.

Por razones de espacio y a modo de ejemplo que probablemente pueda extenderse al resto de autonomías que se encuentren en este caso, se tomará el caso del Decreto 144/2021, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del concierto social en el ámbito de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Canarias. Este texto legal, en su artículo 17, incluye entre los criterios de selección “La implantación de la persona o entidad en la localidad donde vaya a prestarse el servicio”.

En el informe que formula la Secretaría General Técnica a este respecto, después de una magnífica exposición del contenido del auto del TJUE, se razona, a nuestro entender acertadamente, que ese artículo 17.3, letra f) es contrario a lo recogido en las Directivas de contratación.

Lo anterior llevaría a una modificación del Decreto en cuestión, pero, como razona el informe, “hasta que esa modificación reglamentaria se produzca y surta efectos en el ordenamiento jurídico, puede transcurrir excesivo

tiempo, lo que produciría una inacción para convocar conciertos sociales por las Administraciones públicas canarias, amén de las situaciones de inseguridad jurídica que ello conllevaría”.

Por lo tanto, aboga el escrito por simplemente no aplicar el criterio en cuestión tal y como aparece redactado en la actualidad a los conciertos sociales que se celebren hasta que se realice la modificación pertinente, sin perjuicio de que puedan existir otras modificaciones derivadas de otros recursos al TJUE. Ello no impide que pueda valorarse la implementación de las entidades en el lugar de celebración del concierto siempre y cuando se haga en la fase de ejecución de este.

Las conclusiones que recoge el informe también incluyen la necesidad de publicación de los conciertos en el DOUE si superan el umbral comunitario, siendo posible su publicidad a través del Boletín Oficial de Canarias o el Boletín Oficial de la Provincia en su caso si están por debajo de estos.

Lo expresado aquí puede ser de aplicación a otras legislaciones de reciente entrada en vigor como el decreto 229/2020 de Galicia que en su artículo 13.2 recoge una redacción similar a la ya mencionada del decreto de Canarias. Igualmente, para otras legislaciones en desarrollo como la de Euskadi - que lleva un largo tiempo en discusión - representa un punto de partida para saber qué cosas evitar en la redacción final.



5. CONCLUSIONES: CONTRATOS EN RÉGIMEN ESPECIAL CON ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO

Las dos sentencias del TJUE afectan a dos aspectos fundamentales sobre los que se sustenta la legislación de los conciertos sociales. En primer lugar, definen que este tipo de instrumentos se encuentran afectados por las Directivas de contratación, y más en concreto por el régimen de contratación particular del Capítulo I del Título III (artículo 75 a 79).

Por lo tanto, se estaría contradiciendo lo señalado en la doctrina general, las legislaciones autonómicas y la Disposición Adicional cuadragésimo novena de la LCSP que califican este tipo de instrumentos como “no contractuales”. Los dos autos analizados parecen inclinarse más por una postura que podría resumirse en que son contratos públicos, pero con otro nombre, sin que ello sea óbice para que sean caracterizados como onerosos, estén sujetos a los principios generales y deban ser publicados de la misma manera que las licitaciones regulares atendiendo a su valor estimado.

Una segunda cuestión, que los empareja con la respuesta que dio el TJUE a la problemática de la exclusión de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa mercantil de los contratos reservados, tiene que ver con la exclusión de las entidades con ánimo de lucro de la posibilidad de participar en los conciertos sociales. A este respecto, las conclusiones del Tribunal Europeo parecen ratificar el camino que han tomado ciertas autonomías como la Comunidad Valenciana, Baleares o Canarias, que limitan la participación solamente a las entidades cuyo beneficio se reinvierta en su objeto social.



A nivel práctico, las entidades públicas que quieran recurrir al concierto social para aquellos servicios que entren dentro del ámbito definido en las distintas legislaciones deben tener en cuenta que el establecimiento de criterios contrarios al principio de libre competencia parece no estar amparado por la naturaleza especial de este tipo de procedimientos.

Si bien hasta la fecha solamente se ha visto afecta el criterio concerniente a la implantación de las entidades en la localidad donde se desarrollarán los servicios, existen otros criterios como la experiencia de la propia entidad que, de manera análoga, han sido declarados contrarios a la legislación contractual por distintos tribunales, con lo cual podría esperarse que también lo fueran por los órganos ante los que se recurriera en su caso.

Por lo tanto, nos encontramos ante un instrumento alternativo a las licitaciones públicas para el desarrollo por parte de entidades privadas de servicios de carácter social. Sin embargo, ello no significa que no compartan muchos puntos en común con esta, aspecto que harán bien en recordar las administraciones que quieran emplearlo para evitar errores y sus consecuencias posteriores.



LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

THE MODIFICATION OF PUBLIC SECTOR CONTRACTS

D^a. Carolina Sempere Gelardo

Técnico Jurídico de Contratación en la Universidad
Miguel Hernández de Elche

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto el análisis de los distintos tipos de modificaciones contractuales en un contrato público, comenzando dicho análisis desde un punto de partida fundamental: las prerrogativas de la Administración Pública. Se analizarán las modificaciones previstas en los pliegos, las no previstas y la importancia, tanto de su posterior formalización, como de la publicación de las mismas, ya que, como consecuencia de los numerosos cambios que ha sufrido la LCSP respecto de la legislación previa, entre ellos las modificaciones de los contratos, a medida que sus preceptos se han ido poniendo en práctica, han ido generando nuevos retos y dudas.



Como punto final del trabajo, se recogen algunas conclusiones sobre la gran problemática que ha ocasionado la pandemia del Covid-19 en materia de Contratación Pública, especialmente en relación a la modificación de los contratos como vía para hacer frente a la imprevisibilidad de los efectos de la misma.

Abstract: The purpose of this project is to analyze the different types of contractual modifications in a public contract, on the basis of a fundamental starting point: the prerogatives of the Public Administration. The modifications foreseen and not foreseen in the specifications, as well as the importance of their subsequent formalization and publication, considering the latest developments inserted in the Public Sector Contracts Law - in the area of contract modifications, among others - which have meant, in practice, new challenges and doubts.

As a final point, some conclusions are drawn regarding the notable problems caused by the Covid-19 pandemic in the field of Public Procurement, especially in relation to the modification of contracts as a way of dealing with the unpredictability of the effects of the pandemic.

Palabras clave: modificación contractual, contratos públicos, prerrogativa, publicidad, formalización, COVID-19.

Key words: contract modification, public contracts, prerogative, advertising, formalization, COVID-19.



Sumario:

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CAPÍTULO SEGUNDO. 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

CAPÍTULO TERCERO: CONCEPTO DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

1. POTESTAD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO (ART. 203 LCSP)

2. MODIFICACIONES PREVISTAS EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES (ART. 203 LCSP)

3. MODIFICACIONES NO PREVISTAS EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES (ART. 205 LCSP)

CAPÍTULO CUARTO. MODIFICACIONES POR TIPO DE CONTRATO

1. MODIFICACIONES EN EL CONTRATO DE OBRAS

2. MODIFICACIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS Y CONCESIÓN DE SERVICIOS



CAPÍTULO QUINTO. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

CAPÍTULO SEXTO: PUBLICIDAD Y FORMALIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

1. PUBLICIDAD DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES
2. FORMALIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

CAPÍTULO SÉPTIMO: LA IMPOSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO COMO CONSECUENCIA DEL COVID

1. INTRODUCCIÓN
2. LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO VÍA PARA HACER FRENTE A LA IMPREVISIBILIDAD DE LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Una de las facultades extraordinarias de las Administraciones Públicas en el desarrollo de los contratos administrativos es su facultad de modificarlos. Uno de los principios básicos de la contratación administrativa es el carácter invariable de lo pactado, del principio *ne varietur*. El artículo 28 de la Ley 9/2017, de



8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014¹ (en adelante, LCSP) prevé que la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato o, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

Asimismo, recoge que las entidades del sector público velarán por el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, sin perjuicio de la libertad de pactos, cláusulas y condiciones en los contratos del sector público que consagra el artículo 34 de la LCSP. El artículo 189 del mismo texto legal dispone que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas.

La LCSP ha sufrido numerosos cambios respecto de la legislación previa, entre ellos las modificaciones de los contratos, las cuales, a medida que sus preceptos se van

¹ 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



poniendo en práctica, han ido generando nuevos retos y dudas.

De esta manera, se analizan en el presente trabajo las distintas peculiaridades de las modificaciones en el contrato público, tanto modificaciones previstas en el Pliego de Cláusulas Administrativas como las no previstas. Comenzando dicho análisis desde las Prerrogativas de la Administración Pública, punto de partida fundamental en el que se derivan posteriormente dichas modificaciones y sus distintas particularidades, atendiendo al tipo de contrato de que se trate.

Como punto final del trabajo, se recogen algunas conclusiones sobre la gran problemática que ha ocasionado la pandemia del Covid en materia de Contratación Pública, especialmente en relación con la modificación de los contratos como vía para hacer frente a la imprevisibilidad de los efectos de la misma.

CAPÍTULO PRIMERO. PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El artículo 190 de la LCSP contempla, en el marco de las prerrogativas de la Administración Pública en la ejecución de los contratos, que dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del



contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta.

Una de las facultades extraordinarias de la Administración Pública es, pues, modificar el contrato en el ejercicio del *ius variandi*, con carácter limitado, de manera extraordinaria, pues las prestaciones a desarrollar en la ejecución del mismo han de estar previamente definidas con precisión: el contenido del objeto contractual ha de ser claro, meridiano, en atención a los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia. Esta es la teoría, sin embargo, la práctica puede verse alterada, tanto que en ocasiones convierte al órgano de contratación (el competente para aprobar una modificación) en un agente intermediario para satisfacer, bordeando la teoría jurisprudencial, consultiva, y doctrinal, los intereses que el adjudicatario perdió durante el proceso de adjudicación, cuando tuvo que reducir su beneficio empresarial para hacerse con el contrato. En numerosas ocasiones nos encontramos que mediante la modificación contractual se pretende adjudicar nuevas prestaciones, que nada tienen que ver con el contrato originario, diluyendo los requisitos que la LCSP dispone para ello.

Pero el *ius variandi* no es una facultad ilimitada del órgano de contratación. En primer lugar, tiene que estar habilitada legalmente. Afirma el Consejo de Estado en Dictamen 334/2014², que "*el ius variandi constituye una prerrogativa exorbitante de la Administración, en cuanto rompe abiertamente con el principio general de la*

² Dictamen 334/2014 del Consejo de Estado



intangibilidad unilateral de los contratos. De la misma manera se pronuncia el Dictamen 3.371/1996, de 28 de noviembre de 1996³: "Esta naturaleza singular y privilegiada del poder de modificación exige que se produzca necesariamente dentro de los límites que establece el legislador, entre ellos los llamados límites materiales, referidos a la cuantía de las reformas contractuales que pueden ser impuestas obligatoriamente por el contratista". Insiste, además, en que "el ejercicio de las prerrogativas atribuidas por el legislador a la Administración ha de contar con una justificación suficiente. De esta forma, al igual que cuando la Administración desiste unilateralmente del contrato firmado, esta decisión debe descansar en razones fundadas de interés público que hagan objetivamente innecesaria la obra contratada, ante la aparición de causas imprevistas que constriñan a una modificación contractual valorada en más del 20% del precio del contrato, tanto si la Administración se plantea el eventual ejercicio del "ius variandi" por razones de interés público, como si se decanta por la extinción del acuerdo, la opción preferida tiene que contar con una explicación razonada en el expediente tramitado al fin elegido".

En la actual LCSP encontramos la regulación positiva de las modificaciones contractuales en los artículos 203 y siguientes, bien entendido de que lo regulado en la Subsección 4ª de la Sección 3ª, del Capítulo I del Título I del Libro II de la Ley son las denominadas modificaciones objetivas, pues las modificaciones

³ Dictamen 3.371/1996, de 28 de noviembre de 1996



subjectivas se regulan de manera dispersa por el articulado de la LCSP:

- La sucesión del contratista en el artículo 94.
- La revisión de precios en los artículos 103-105.
- La cesión en el artículo 214.
- La ampliación del plazo de ejecución en el artículo 29.

El artículo 203 de la LCSP parte de una premisa fundamental, y es que los contratos administrativos sólo podrán modificarse:

- a) por razones de interés público
- b) sólo en los casos y en la forma prevista en la subsección 4ª de la Sección 3ª, del Capítulo I del Título I del Libro II
- c) y conforme al procedimiento regulado en el artículo 91, con las particularidades del artículo 207.

El interés público es la base de cualquier modificación contractual, lo que permite variar la inmutabilidad de las prestaciones pactadas con el contratista. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y los múltiples dictámenes del Consejo de Estado así lo acreditan. Pero no basta con vincular el interés público a la modificación pretendida, sino que es preciso motivar de manera clara y singular la necesidad que se pretende conseguir con la alteración contractual.

Haciendo referencia a algunas sentencias, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de



2000⁴, resalta que es preciso una *"especial y singular motivación del interés público que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus pliegos de condiciones regidos por el principio "ne varietur", y que el interés público no puede quedar constreñido por el clausulado del contrato"*.

Por su parte, la Sentencia de 9 de abril de 1985 (RJ 1985\2858)⁵ sancionaba el *"carácter ilimitado del ius variandi en cuanto a que el interés público prima sobre cualquier otra consideración"*.

Por otro lado, la Sentencia de 29 de junio de 1986 (RJ1986\6779), precisa que la modificación contractual *"debe ejercerse atendiendo al interés público que demanda la prestación del servicio y que constituye su causa y finalidad, no estado autorizada la Administración a ejercer el ius variandi en aras de un interés particular como es el económico del concesionario en detrimento del propio servicio y de los derechos de los demás interesados en su prestación."*

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, señala su libro Tratado de derecho administrativo⁶, en relación al posible interés público municipal que justificaría una modificación contractual que redujera el gasto local:

"En cuanto al interés público municipal de la medida, es suficiente la obligación de reducir el déficit público"

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000

⁵ Sentencia de 9 de abril de 1985 (RJ 1985\2858)

⁶ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, señala su libro Tratado de derecho administrativo



impuesta por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, y sus normas de desarrollo (algunas normas autonómicas así lo reconocen de manera expresa: art. 12 de la Ley Foral de Navarra 14/2011, de 27 de septiembre; D 11.^a de la Ley 5/2012, de 20 de marzo de la Generalitat de Cataluña; pueden citarse también el Dictamen 6/2010, de 20 de enero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha relativo al contrato administrativo especial para la organización, gestión y ejecución del programa de turismo social; el Dictamen 146/11, de 23 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, relativo a la modificación del contrato de servicios de atención ciudadana 012; Informe 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativo a un supuesto de reducción de las prestaciones de los contratos de limpieza licitados adoptando la fórmula de un acuerdo marco).

CAPÍTULO SEGUNDO. 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



El ejercicio del *ius variandi*, modificando los contratos, sólo puede ser efectuado en los términos permitidos por la LCSP.

La regulación de las modificaciones contractuales en la LCSP es más restrictiva que la derivada de la aplicación de la Directiva 2014/24⁷, sobre contratación pública, que regula los supuestos de modificación del contrato en el artículo 72. Nuestro legislador ha reducido la capacidad de los órganos de contratación de modificar el contrato con respecto a la regulación europea.

El artículo 72 de la Directiva 2014/24, sobre contratación pública, prevé la posibilidad de:

- (i) modificar los contratos, sin límite cuantitativo, cuando las modificaciones estuvieran ya previstas en los pliegos de forma clara, precisa e inequívoca sin que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco;
- (ii) en el caso de obras, servicios o suministros adicionales necesarios que no estuvieran incluidos en el contrato originario siempre que el cambio del contratista no fuera posible por razones económicas o técnicas o genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes, sin que pueda superar el

⁷ 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



50% del valor inicial. Ha de tenerse en cuenta, además, al contrario que en la legislación de la LCSP, que en el caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones;

- (iii) En el caso de modificaciones por circunstancias imprevisibles para un órgano de contratación diligente, siempre que la modificación no altere la naturaleza global del contrato, y que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50% del valor del contrato o acuerdo marco inicial;
- (iv) cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales a los efectos del apartado 4 del propio artículo 72;
- (v) también se podrá modificar un contrato y sin que sea preciso iniciar un nuevo procedimiento de contratación si el valor de la modificación es inferior en un contrato de obras hasta un 15 % siempre que se modificado no sea de un importe superior a los de los contratos sujetos sometidos a regulación armonizada; o en los contratos de suministro y servicios hasta el 10% sin superar los mismos umbrales.

Así pues, se puede apreciar cómo la Directiva europea es más flexible ante los posibles modificados que el sistema que el legislador español ha introducido en los artículos 203 y siguientes.



La Jurisprudencia del TJUE sobre las modificaciones de los contratos se origina con la conocida Sentencia del asunto "Succhi de Frutta", sentencia de 29 de abril de 2004⁸.

Esta Sentencia analiza la capacidad de los órganos de contratación para introducir modificaciones a los contratos formalizados, entendiéndose que cualquier modificación del contrato que afecta a las condiciones esenciales de la licitación tiene como consecuencia la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas. La necesidad de transparencia y el principio de igualdad de trato hacen entender al TJUE que no es posible introducir modificaciones que presenten características "*sustancialmente diferentes a las del contrato inicial*": *que amplíen en gran medida el contrato incluyendo elementos no previstos , o bien alteren el equilibrio económico del mismo en beneficio del adjudicatario, o cuando, de estar recogidos esos nuevos elementos en el contrato originario los licitadores hubieran presentado ofertas distintas, se hubieran presentado otros licitadores o, incluso, se habría adjudicado el contrato a otro licitador.*

⁸ STJUE de 29 de abril de 2004, asunto 496/99, Succhi di Frutta



CAPÍTULO TERCERO: CONCEPTO DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

1. POTESTAD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO (ART 203 LCSP)

Los contratos administrativos, conforme prevé el número 2 del artículo 203 de la LCSP, sólo podrán modificarse por el órgano de contratación durante su vigencia por alguna de las razones expuestas en los apartados a) y b) del mismo número. En cualquier otro supuesto, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en la Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

Por tanto, antes de comenzar a analizar los supuestos concretos y las posibilidades de modificación, hemos de resaltar que la modificación contractual sólo opera sobre:

- a) contratos ya formalizados
- b) contratos aún en vigor
- c) siempre que la modificación haya sido aprobada por el órgano de contratación



Es en este momento preciso recordar que a lo largo de la LCSP se recogen otras posibilidades de alterar las condiciones que fueron pactadas con el contratista, y que sin embargo no ostentan, por decisión del legislador, la condición de modificaciones contractuales.

No son modificaciones contractuales:

- El exceso de mediciones
- La variación del número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto
- La inclusión de precios nuevos fijados contradictoriamente.

2. MODIFICACIONES PREVISTAS EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES (ART. 204 LCSP)

El artículo 204 regula el régimen de las modificaciones previstas en el Pliego de Cláusulas Administrativas, es decir, las modificaciones convencionales. El artículo 116 de la LCSP regula el expediente de contratación y su contenido, y el texto de la Ley es claro al respecto: no permite que las posibles modificaciones contractuales, sus condiciones y los elementos que las precisen se fijen en alguno de los documentos integrantes del expediente de contratación, sino que únicamente es posible recogerlas en el Pliego de Cláusulas Administrativas.



Las modificaciones convencionales tienen un límite cuantitativo, y es que, en todo caso, no podrán superar el veinte por ciento del precio inicial.

2.1. La problemática del “precio inicial del contrato”

Existe una gran disyuntiva sobre lo que se debe de entender sobre el término “precio inicial del contrato”. Se genera la duda se si debemos entender que este término se refiere al valor estimado, precio base de licitación, precio de adjudicación...

Pues bien, la Junta Consultiva de contratación administrativa se ha pronunciado al respecto. El informe de la JCCA emitido en el Expediente 85/2018⁹ recoge lo siguiente:

“El artículo 242.4 de la LCSP exige que el exceso de mediciones en global no represente un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. Ciertamente, la ley no precisa cómo ha de realizarse el cálculo, pero sí ofrece un punto de partida significativo pues alude al concepto del precio del contrato inicial. Esta expresión parece ser poco acertada técnicamente hablando puesto que el contrato inicial no ha cambiado con los excesos de medición, ni tampoco lo haría con una modificación del contrato. Dicho de otro modo, el contrato sigue siendo el mismo; no hay otro diferente. Seguramente la redacción habría sido más precisa si hubiera aludido al precio inicial del contrato,

⁹ informe de la JCCA emitido en el Expediente 85/2018



esto es, al precio de adjudicación. Así lo indicamos en nuestro informe 37/2007 en relación con la expresión "precio del contrato primitivo" donde señalamos que "en dicha expresión debe considerarse únicamente el importe de adjudicación del contrato resultante del procedimiento de adjudicación". Recordemos, en este sentido, que la propia Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en el artículo 102 señala que "los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado." Esta última mención a lo pactado por las partes debe entenderse como una referencia al precio estipulado por la realización de la prestación en el momento de la formalización, que coincidirá con el precio de adjudicación siendo éste, conforme ya afirmamos en nuestro Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008, "el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista."

3. MODIFICACIONES NO PREVISTAS EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES (ART 205 LCSP)

El artículo 205 de la LCSP regula la otra modalidad de modificaciones contractuales, aquellas que no han sido previstas en los PCAP, o que, aun siéndolas, no han sido redactadas con la suficiente precisión, claridad, o dar lugar a posibles y distintas interpretaciones o son equívocas.



Tres son las modalidades de modificaciones no previstas en los PCAP:

- 1.- Prestaciones adicionales
- 2.- Aparición de circunstancias imprevisibles que motivan la necesidad de modificar el contrato
- 3.- En el caso de modificaciones no sustanciales

En los tres casos, la modificación sólo puede introducir las variaciones estrictamente necesarias o indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. Veamos cada uno de los casos:

1.- Prestaciones adicionales.

Será posible modificar el contrato, sin previsión expresa en el PCAP, cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

- a) Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.



En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

- b) Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

Ha de hacerse notar la flexibilidad de la regulación de la incorporación de las prestaciones adicionales. Los dos requisitos que deben ser cumplidos simultáneamente son, por tanto, que el cambio de contratista no fuere posible por razones de tipo económico o técnico y que el cambio del contratista genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de los costes para el órgano de contratación. Como es fácil de apreciar, todos los conceptos utilizados por el legislador, que proceden del artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24/UE, son conceptos jurídicamente indeterminados: las razones económicas y técnicas, los inconvenientes significativos, el aumento sustancial pueden en mi opinión ser justificados de una sencilla manera en el expediente de contratación. En este caso, las modificaciones contractuales no previstas en el PCAP por prestaciones adicionales no podrán superar el 50% del precio de adjudicación. La



Directiva 2014/24/UE al contrario que la LCSP, determina que en el caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, la limitación del 50% se aplicará al valor de cada una de las modificaciones.

2.- Aparición de circunstancias imprevisibles que motivan la necesidad de modificar el contrato.

Para poder modificar un contrato por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles es necesario que:

- (i) la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.
- (ii) Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.
- (iii) Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

Tanto en este supuesto, como en el anterior, la modificación no podrá superar el 50% del precio de adjudicación aislada o conjuntamente con otras modificaciones.

3.- En el caso de modificaciones no sustanciales

El artículo 205 exige justificar especialmente la necesidad de las modificaciones no sustanciales,



indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial. Precisa que se considerará sustancial toda modificación cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1. Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2. Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas



cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3. Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando el valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23 de la LCSP.

También se entenderá que la modificación amplía de forma importante el ámbito del contrato cuando las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

CAPÍTULO CUARTO. MODIFICACIONES POR TIPO DE CONTRATO

1. MODIFICACIONES EN EL CONTRATO DE OBRAS



Podemos encontrar las modificaciones del contrato de obras en el artículo 242 de la LCSP. Se establece que serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato de obras que se acuerden de conformidad con lo establecido en el artículo 206. Es decir, serán obligatorias en los supuestos de modificaciones no recogidas en el PCAP (art. 205) cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido. Si excede de ese límite, la modificación sólo podrá ser acordada por el órgano de contratación previa conformidad del contratista. En caso de mostrar disconformidad con la modificación, se resolverá el contrato, de acuerdo con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211.

En caso de que la modificación suponga supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.

Parece pues aceptable entender que las modificaciones previstas en el PCAP son también obligatorias, en mayor medida quizá, pues los licitadores conocen expresamente la posibilidad de su realización, su importe (forman parte del valor estimado), y se encuentran definidas con absoluta precisión.

Citando a ARENAS ALEGRÍA, CRISTINA CLEMENTINA "Límites a la modificación de contratos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.



Análisis de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/24/UE¹⁰:

"Las primeras resultan obligatorias por su propia naturaleza tanto para el contratista que pactó con las Administraciones públicas, si se trata de un contrato administrativo, como con el resto de poderes adjudicadores. Al estar previstas en los pliegos se entiende que el contratista se ha comprometido a llevarlas a cabo en el caso de que surjan las circunstancias establecidas en los pliegos."

El artículo 242 prevé dos precisiones específicas:

1.- Modificaciones que supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este. En este caso los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Cuando el contratista no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211 de esta Ley.

¹⁰ ARENAS ALEGRÍA, CRISTINA CLEMENTINA "Límites a la modificación de contratos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. Análisis de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/24/UE"



2.- Cuando la modificación contemple unidades de obra que hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas, antes de efectuar la medición parcial de las mismas, deberá comunicarse a la Intervención de la Administración correspondiente, con una antelación mínima de cinco días, para que, si lo considera oportuno, pueda acudir a dicho acto en sus funciones de comprobación material de la inversión, y ello, sin perjuicio de, una vez terminadas las obras, efectuar la recepción, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 243, en relación con el apartado 2 del artículo 210.

Ahora bien, no constituirán modificación del contrato de obras, lo que será analizado específicamente con posterioridad:

1.- El exceso de mediciones, entendiéndose por tal, la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra.

2.- La inclusión de precios nuevos, fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo.



En relación al procedimiento, el Director facultativo de la obra cuando considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos que a tal efecto regula esta Ley, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con las siguientes actuaciones:

- a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.
- b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.
- c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.

El artículo 102 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹¹, contempla en relación al procedimiento de modificación del contrato de obras que cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren la misma. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente.

¹¹ Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas



Prosigue el artículo 242 regulando la suspensión temporal total de la obra, disponiendo que cuando la tramitación de una modificación exija la suspensión temporal total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, el Ministro, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas integrantes del sector público estatal, podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.

2. MODIFICACIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS Y CONCESIÓN DE SERVICIOS

La LCSP regula en sus artículos 262, 270 y 290 las modificaciones de los contratos de concesión de obra y de concesión de servicios, sin cambios respecto a las posibilidades otorgadas por los artículos 203, 204 y 205 de la Ley, si bien introducen un elemento fundamental, cual es la necesidad del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión.

El artículo 262 prevé la posibilidad de modificar las obras del contrato de concesión de obras cuando (i) el interés público lo exija; (ii) si concurren las circunstancias previstas en los artículos 203 y siguientes. Si concurren ambos requisitos se podrán modificar o



ampliar las obras, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias. Toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se regirá por las normas generales de modificación y por lo dispuesto en el artículo 270 de la Ley. Y es el artículo 270 el que regula el necesario mantenimiento del equilibrio económico del contrato, especificando que será preciso mantener el equilibrio en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, siendo obligado restablecerlo en los casos siguientes:

a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262. Teniendo en cuenta que el artículo 262 se refiere a la necesidad de modificar la obra, no la explotación de la obra, lo que no parece en absoluto que deba ser entendido de manera excluyente.

b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

El artículo 290, en relación a las concesiones de servicios, prevé igualmente la posibilidad de modificar las características del servicio y las tarifas a pagar por los usuarios de una concesión cuando concurren razones de interés público y cuando se den los supuestos de los artículos 203 y siguientes de la LCSP. En caso de que la modificación introducida afecte al régimen financiero de la concesión, se deberá compensar al concesionario, tanto por la introducción de modificaciones en el servicio



como por el hecho de que la Administración Pública concedente determine de forma directa la ruptura de la economía del contrato con actuaciones de carácter obligatorio para el concesionario. Al igual que en el contrato de concesión de obras, fuera de los casos anteriores únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. No existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario.

El restablecimiento del equilibrio se podrá efectuar mediante la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Asimismo, en el caso de actuaciones obligatorias impuestas al contratista por la Administración Pública y en el caso de incumplimiento de previsiones del estudio de demanda podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

El contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para



él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

- a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.
- b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

Cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes.



CAPÍTULO QUINTO: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Llegados a este punto, cabe destacar alguna jurisprudencia importante del TJUE, como la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T-235/11)¹², en la que se enjuicia un recurso del Reino de España, que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión C 20111 - 1023 final de 18 de febrero de 2011 por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a distintos proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España - AVE -.

Los contratos cuestionados (obras, redacción de proyectos y dirección de obras relacionadas con la construcción de determinadas líneas ferroviarias en Barcelona) fueron adjudicados estando vigente el TRLCAP que regulaba la posibilidad de modificación del contrato en el artículo 101, 146, 212 y las obras complementarias en el artículo 141. Estando vigente la Directiva 93/38 en ese momento, la cual no regulaba la modificación de los contratos, sino que se limitaba a regular las fases de licitación y adjudicación. En cambio, regulaba las obras o entregas complementarias (art 20, 1 y 2) que preveía la posibilidad de emplear el procedimiento sin convocatoria de licitación previa para obras o trabajos adicionales no incluidos en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el primer contrato celebrado, pero que, por circunstancias imprevistas,

¹² Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T-235/11)



resulten necesarios para la ejecución de dicho contrato, siempre que la adjudicación se haga al contratista o prestador de servicios que ejecute el contrato inicial. Siempre que dichas obras o servicios adicionales no puedan separarse técnica o financieramente del contrato principal sin grave inconveniente para las entidades contratantes; o cuando dichas obras o servicios adicionales, aunque separables de la ejecución del contrato inicial, resulten estrictamente necesarios para su perfeccionamiento.

La Comisión declaró la existencia de varias irregularidades que afectaban a los proyectos subvencionados. Entendió aplicable a las modificaciones de los contratos el precepto de la Directiva que regula los contratos complementarios. El Reino de España señaló que no se contrataron prestaciones adicionales, sino que solo se alteraron algunos elementos del contrato, ya que no hubo prestaciones nuevas, diferentes de las inicialmente contratadas, sino que se trató de modificaciones de contratos. Ello implicaba, según España, el mantenimiento del contrato inicial y la inexistencia de una nueva licitación.

Sin embargo, el Tribunal no justifica si existe o no diferencia entre un contrato complementario y una modificación del contrato. Por el contrario, cierra la discusión, afirmando que "*cabe considerar que el artículo 20, apartado 2, letras e) y f), de la Directiva 93/38¹³ se*

¹³ Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de



aplica a las modificaciones de contratos públicos acordadas durante su fase de ejecución”.

El Reino de España mantiene que las modificaciones no son sustanciales. Sin embargo, el Tribunal afirma que las especificaciones técnicas que se modificaron no pueden considerarse accesorias, sino que revisten una importancia mayor, en la medida en que versan, en particular, sobre la ejecución de obras importantes (ejecución de falsos túneles, de un viaducto, profundización de cimientos, refuerzo de las armaduras de los bloques técnicos, ampliación de las obras de desagüe, etc.). Por tanto, el Reino de España no puede alegar que la obra que se ha de ejecutar continúa siendo la inicialmente prevista, es decir, la línea de ferrocarril de alta velocidad, ni que las prestaciones objeto del contrato inicialmente celebrado se mantuvieron sin alteración esencial. La sentencia desestima finalmente todas las pretensiones del Reino de España, pudiendo ser la misma objeto de recurso de casación (art. 256.2 del TFUE).

Así pues, la STJUE de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, Comisión contra España, recoge toda la doctrina del Alto tribunal comunitario sobre los principios de igualdad de trato y transparencia en sus fundamentos jurídicos 46, 47 y 48. La apelación a estos principios es constante por parte del TJUE; y se pueden citar algunos pronunciamientos recientes como la STJUE de 14 de julio

contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones



de 2016, asunto C-6/15¹⁴, o la STJUE de fecha 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14¹⁵.

Para concluir este capítulo, cabe destacar la idea de que la modificación de los contratos públicos es un obstáculo para la transparencia y la eficiencia. Así la jurisprudencia del TJUE ha entendido de forma constante que cualquier modificación sustancial de un contrato no prevista en el momento de la licitación supone una vulneración al principio de transparencia (STJUE de 29 de abril de 2004, asunto 496/99, *Succhi di Frutta*, y mantenida en todas las ulteriores: STJUE de 22 de abril de 2010, asunto C 423/07¹⁶; STGUE, sala octava, de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11¹⁷; STJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12¹⁸; la STJUE de fecha 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14, considera que una modificación a la baja puede también ser sustancial).

CAPÍTULO SEXTO: PUBLICIDAD Y FORMALIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

1. PUBLICIDAD DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

¹⁴ STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15, o la STJUE de fecha 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14

¹⁵ STJUE de fecha 7 de septiembre de 2016, asunto C.549/14

¹⁶ STJUE de 22 de abril de 2010, asunto C 423/07

¹⁷ STGUE, sala octava, de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11

¹⁸ STJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12



El artículo 203 LCSP dispone que las modificaciones contractuales deberán publicarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63.

- Se deberá publicar en todo caso un anuncio de modificación y su justificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la modificación, que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación.

- En caso de que se hubiera modificado un contrato que esté sujeto a regulación armonizada, (a excepción de los contratos de servicios y de concesión de servicios enumerados en el anexo IV, en los casos previstos en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 205) se deberá publicar en el «Diario Oficial de la Unión Europea» el correspondiente anuncio de modificación conforme a lo establecido en esta Ley.

Cabe hacer referencia a que el artículo 8.1.a) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹⁹, obliga a hacer *públicos todos los contratos, con indicación del*

¹⁹ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno



objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato”.

Cabría destacar que, con carácter general, las modificaciones de los contratos sujetos a regulación armonizada se publicarán en el DOUE. Todas las modificaciones serán publicadas en el perfil del contratante durante 5 días desde su aprobación. La publicación deberá incluir las alegaciones del contratista y todos los informes relativos a la modificación.

2. FORMALIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

La LCSP recoge en su artículo 203.3 la necesidad de que las modificaciones del contrato se formalicen conforme a lo previsto en el artículo 153, y deberán publicarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63. Por otro lado, el artículo 44.2.d) de la LCSP dispone que son susceptibles de recurso *“las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.”*

Pues bien, El artículo 44.2 de la LCSP considera un acto recurrible con recurso especial en materia de contratación las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y



205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación (de los contratos enumerados en el 44.1), diferenciándolo expresamente de los recursos que se pueden interponer contra los actos de adjudicación.

Cabe en este punto destacar también lo citado por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JUAN en "Especial Contratos del sector público. Escenario 2020 los modificados: plazo de formalización"²⁰: *entendemos que no es preciso esperar el plazo de quince días para la formalización previsto en el artículo 44, pues el acuerdo de modificación es plenamente ejecutivo desde que fue acordado conforme prevé el artículo 191 de la LCSP. El acuerdo de modificación contractual no es un nuevo acuerdo de adjudicación, sino un incidente en la ejecución de un contrato.* Como recoge el autor mencionado, la Junta Consultiva de Aragón, en Dictamen 12/2012²¹, considera que «La decisión de modificación no tiene por objeto en sentido estricto la adjudicación de la licitación por lo que no resulta de aplicación la previsión específica de suspensión automática de los actos de adjudicación».

El artículo 50 de la LCSP prevé que el plazo para la interposición del recurso será, en caso de recurrir un modificado, de quince días a contar desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante, mientras que en el caso de recurso contra la adjudicación lo es desde el día siguiente a aquel

²⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JUAN en "Especial Contratos del sector público. Escenario 2020 los modificados: plazo de formalización"

²¹ Dictamen 12/2012 de la Junta Consultiva de Aragón



en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento. En el caso de recurso contra el modificado podrá solicitarse la suspensión del procedimiento, pero la formalización debería efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquel en que se realice la notificación de la aprobación de la modificación.

CAPÍTULO SÉPTIMO: LA IMPOSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO COMO CONSECUENCIA DEL COVID

1. INTRODUCCIÓN

La situación de crisis sanitaria causada por el coronavirus SARS-CoV-2 ha provocado diversos efectos sobre los contratos públicos, pero no ha afectado a todos por igual. Estas circunstancias y necesidades de emergencia desencadenadas a raíz de la pandemia han provocado en algunos casos la suspensión de la ejecución del contrato, en otros la imposibilidad definitiva de su cumplimiento y, en otros, ha producido una alteración en los términos del contrato.

Todo contrato establece una relación jurídica entre las partes inalterable y obligatoria, uno de cuyos elementos esenciales es que la ejecución de los trabajos se hace a riesgo y ventura del contratista, si bien se prevén excepciones tasadas a esa aleatoriedad de los contratos públicos. La fuerza mayor tendrá una fuerza exonerante por aplicación supletoria del régimen civil. La



fuerza mayor actúa en la relación contractual como una quiebra de la normal distribución de los riesgos que permite al contratista solicitar el reequilibrio económico del contrato mediante su modificación, prórroga, reequilibrio o, incluso, indemnización pecuniaria. La peculiaridad del tratamiento de la fuerza mayor en los contratos administrativos reside en que se erige en ciertas ocasiones no solo como un supuesto que justifica la exoneración de responsabilidad, sino que faculta al contratista para solicitar el reequilibrio económico de la relación contractual.

2. LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO VÍA PARA HACER FRENTE A LA IMPREVISIBILIDAD DE LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA

En muchos de los contratos en los que hay implicados servicios esenciales se ha producido una ruptura del equilibrio contractual por la onerosidad sobrevenida de esa relación negocial. En algunos supuestos se ha intentado “salvar” a través de la modificación del contrato y en otros se ha procedido a resolver el contrato (imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados cuando no sea posible modificar el contrato). • Para que la Administración modifique el contrato y proceda, por tanto, al ejercicio de la prerrogativa del *ius variandi*, se deben cumplir con los requisitos y límites establecidos en los pliegos y en la regulación contractual, ya que únicamente la Administración podrá modificar el contrato por razones de interés público y siempre que concurren determinadas circunstancias.



Llegados a este punto, ¿Podemos considerar el COVID 19 es una causa de fuerza mayor?

El artículo 239 de la LCSP, al que se remite el propio artículo 197, regula los casos de fuerza mayor en la ejecución de los contratos públicos de obras señalando lo siguiente:

1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Pues bien, el concepto tradicional de fuerza mayor nos lleva a dos ideas: la inevitabilidad y la



imprevisibilidad. El artículo 1105 del Código Civil²² señala que "nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fuera inevitables".

La **Abogacía General del Estado** que se ha pronunciado al respecto, mediante su informe de 1 de abril de 2020²³, indicando que "*... la aplicación preferente del artículo 34 del RDL 8/2020 a todas las consecuencias contractuales del Covid-19 no permite que, por la vía de la modificación del contrato, se acaben renegociando los contratos de obra y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización". Si bien se refiere al contrato de obras, la conclusión es extrapolable a cualquier otro contrato, puesto que se refiere al carácter preferente de dicha norma que establece las medidas aplicables a todos los contratos.*"

La **Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado**, en el informe 38/20, de 12 de febrero de 2021²⁴, declara su conformidad plena con el criterio expuesto por la Abogacía General del Estado, manifestando que "*... el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 es una norma excepcional y de carácter especial, que debe aplicarse para regular y resolver las cuestiones que afecten a los contratos públicos cuya ejecución haya sido impedida por algún tipo de medida acordada para luchar contra la pandemia. Ante esta circunstancia,*

²² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

²³ Informe de 1 de abril de 2020 de la Abogacía del Estado

²⁴ Informe 38/20, de 12 de febrero de 2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado



carecería de sentido pretender que las normas sobre fuerza mayor en la ejecución de los contratos de obras pudiesen aplicarse a la situación descrita en la consulta porque ello implicaría desconocer expresamente la voluntad de la norma de excluir los efectos de la regulación de la fuerza mayor en este tipo de casos”.

El **Consejo de Estado**, se pronuncia en la misma línea en su dictamen 769/2020²⁵, indicando que *“No existe, pese a que así lo pretenda afirmar la contratista, una previsión en el Real Decreto-ley 8/2020, en su artículo 34, que asimile el COVID-19 a la fuerza mayor con carácter general”.*

Con ello, en la actualidad, existe una problemática de difícil solución, ya que no se permite modificar el contrato por no considerar la pandemia como causa de fuerza mayor.

CONCLUSIONES

Tras el desarrollo del presente trabajo, podemos sacar a la luz diversas conclusiones. La primera de ellas es que, la modificación de los contratos del sector público, ya sean previstas en los Pliegos de Cláusulas Administrativas o no, es una cuestión cada vez más recurrente entre el licitador y el órgano de contratación.

La LCSP se aprobó con la finalidad de transponer las normas europeas aprobadas en 2014. Como se ha puesto de manifestó en este trabajo, en el ámbito de la

²⁵ Dictamen 769/2020, del Consejo de Estado



modificación se aprueba una regulación más estricta que la contenida en la norma europea. No solo porque endurece los límites a la modificación (tanto en las modificaciones previstas como en las imprevistas), sino también porque no incorpora todos los supuestos de la Directiva.

En el régimen de modificación de los contratos del sector públicos, se introducen una serie de cambios orientados hacia una contratación transparente. La nueva regulación del régimen de modificación de los contratos públicos pretende superar algunas de las carencias de las que adolecía la anterior normativa, al introducir la obligación de los órganos de contratación de publicar las modificaciones contractuales.

Así, podemos afirmar que trata de una de las novedades más destacables en la materia e implica un claro reflejo del principio de transparencia, reiterado por las nuevas Directivas como uno de los principios esenciales para cumplir con los objetivos propuestos. De este modo, se permitirá a los licitadores no seleccionados conocer los modificados que se vayan a producir, garantizándose así un control más eficaz de los fondos públicos.

Por último, tras haber analizado la problemática que ha ocasionado la pandemia del Covid en materia de Contratación Pública, especialmente en relación con la modificación de los contratos como vía para hacer frente a la imprevisibilidad de los efectos de la misma, podemos concluir señalando que en la actualidad existe una problemática de difícil solución, ya que, no se permite



modificar el contrato por no considerar la pandemia como causa de fuerza mayor.

BIBLIOGRAFÍA

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

Dictamen 334/2014 del Consejo de Estado

Dictamen 3.371/1996, de 28 de noviembre de 1996

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000

Sentencia de 9 de abril de 1985 (RJ 1985\2858)

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, señala su libro Tratado de derecho administrativo

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

STJUE de 29 de abril de 2004, asunto 496/99, Succhi di Frutta

Informe de la JCCA emitido en el Expediente 85/2018

ARENAS ALEGRÍA, CRISTINA CLEMENTINA "Límites a la modificación de contratos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. Análisis de la



transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/24/UE”

Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T-235/11)

Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones

STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15, o la STJUE de fecha 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14

STJUE de fecha 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14

STJUE de 22 de abril de 2010, asunto C 423/07

STGUE, sala octava, de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11

STJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JUAN en “Especial Contratos del sector público. Escenario 2020 los modificados: plazo de formalización”

Dictamen 12/2012 de la Junta Consultiva de Aragón



Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Informe de 1 de abril de 2020 de la Abogacía del Estado

Informe 38/20, de 12 de febrero de 2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

Dictamen 769/2020, del Consejo de Estado

Sentencia del Tribunal Supremo de 03.05.2001, rec. 8919/1995, ref^a La ley 7692/200

Doctrina General del Consejo Consultivo de Castilla y León, los Dictámenes del Consejo de Estado 42179, de 17 de mayo de 1979, 48.473, de 16 de enero de 1986 y 55.586, de 10 de enero de 1991



LA REGULACIÓN DEL PRECIO DE LA ELECTRICIDAD Y LA INTERVENCIÓN PÚBLICA ANTE LOS DESEQUILIBRIOS DEL MERCADO¹

D. Carlos Fernández-Espinar Muñoz

Profesor Ayudante de la Universidad Complutense

Facultad de Derecho

Resumen: Asistimos, desde hace meses, a un aumento significativo del precio de los derechos de emisión de CO₂ junto con la gran subida del precio del gas en los mercados internacionales, que ha desencadenado una crisis sin precedentes en relación al precio de la electricidad a nivel europeo. Resulta evidente que la regulación juega un papel fundamental en esta cuestión, al encontrarnos en uno de los sectores regulados más densos normativamente hablando. Es por ello que, las posibles respuestas a esta crisis, deberían venir de la mano de un cambio en la regulación sobre el sistema de precios. Este trabajo se marca como objetivo estudiar en profundidad los posibles cambios normativos y de sistema, separando de manera clara aquellas opciones viables y funcionales de otras que no cumplan con este propósito o que no satisfagan la prueba de los distintos principios generales del derecho y concretos de la

¹ El presente trabajo se finalizó en enero de 2022



regulación económica. En concreto, se abordará la idoneidad del actual sistema de mercado mayorista marginalista y su alternativa "*pay-as-bid*", los llamados "*beneficios caídos del cielo*" de las energías renovables, se realizará un análisis crítico de las medidas recientes adoptadas por el Gobierno a través de diversos Reales Decretos-ley, se analizará la incidencia de las recientes subastas de energías renovables y los Power Purchase Agreements como mecanismos de flexibilización del sistema marginalista, cerrando con una reflexión sobre la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad en relación con la intervención pública en la economía y los sectores regulados. Este tema resulta de especial interés ya no solamente por su actualidad y repercusión, sino también por la ulterior aplicación analógica de las conclusiones resultantes de este trabajo a otros desequilibrios de mercado en el ámbito de los sectores regulados.

Abstract: We have been witnessing, for months, a significant increase in the price of CO2 emission rights together with a large rise in the price of gas on international markets, which has triggered an unprecedented crisis in relation to the price of electricity at European level . It is evident that regulation plays a fundamental role in this matter, as we find ourselves in one of the densest regulated sectors, normatively speaking. That is why the possible responses to this crisis should come hand in hand with a change in the regulation of the price system. The objective of this work is to study in depth the possible regulatory and system changes, clearly separating those viable and functional options from others that do not meet this purpose or that



do not meet the test of the different general principles of law and specific principles of economic regulation. Specifically, the suitability of the current marginal wholesale market system and its “pay-as-bid” alternative, the so-called “windfall profits” of renewable energies, will be addressed, a critical analysis of the recent measures adopted by the Government through various Royal Decree-Laws will be carried out, the incidence of recent renewable energy auctions and Power Purchase Agreements will be analyzed as mechanisms for making the marginal system more flexible, closing with a reflection on the necessary application of the principle of proportionality in relation to public intervention in the economy and regulated sectors. This topic is of special interest, not only because of its topicality and repercussion, but also because of the subsequent analogical application of the conclusions resulting from this work to other market imbalances in the field of regulated sectors.

Palabras clave: precio de la electricidad, mercado mayorista marginalista, beneficios caídos del cielo, tarifas eléctricas minoristas, principio de proporcionalidad, subastas y Power Purchase Agreements.

Key words: electricity price, marginal wholesale market, windfall profits, retail electricity rates, proportionality principle, auctions and Power Purchase Agreements.



SUMARIO

1.Introducción. La energía como bien esencial y derecho social	231
2. Funcionamiento del mercado mayorista de electricidad en España.....	237
2.1. Coyuntura actual.....	237
2.2. El mercado mayorista marginalista	245
2.2.1. Fijación de precios.....	245
2.2.2. Los beneficios caídos del cielo o " <i>windfall profits</i> "	253
2.2.3 Conclusiones y posibles reformas razonables para el sistema actual	256
3.Tarifas.....	260
3.1. Contexto tarifario actual.....	260
3.2. La tarifa PVPC y su compatibilidad con el Derecho de la UE	261
3.2.1. La excepcionalidad de la fijación de precios en la Directiva 2019/944	261
3.2.2. La STJUE de 14 de octubre de 2021, C-683/19 sobre los mecanismos de fijación de precios y su obligada proporcionalidad.....	267



4. La incidencia de los Power Purchase Agreements (PPAs).....	271
5. La regulación normativa del Gobierno en los Reales Decretos-ley 17/2021 y 23/2021	273
5.1. El Real Decreto-ley 17/2021 de 14 de septiembre	273
5.2. El Real Decreto-ley 23/2021 de 26 de octubre.....	278
5.3. Una reflexión sobre esta forma de hacer política energética.....	281
6. Las subastas de energías renovables	283
7. Reflexión final	286
8. Conclusiones	291
BIBLIOGRAFÍA.....	296

1. Introducción. La energía como bien esencial y derecho social

El modelo económico de la Unión Europea se define como una "*economía social de mercado*" altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social como meta de la política económica. En el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea se establece que, en relación con el mercado interior europeo, se "*Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa*



basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico”.

La base fundamental de este modelo económico consiste en la combinación de dos principios claves, a saber, la libertad de empresa y la equidad o justicia social. Para ello, resulta necesario que los beneficios producidos por el crecimiento económico se distribuyan de un modo amplio ya que, de otra manera, no se daría la paz y consenso necesario para un crecimiento próspero y sostenido.

La adopción de la economía social de mercado tuvo lugar a través del Tratado de Lisboa que entró en vigor en 2009. Es común que se pronuncien críticas sobre la compatibilidad de ambos pilares de este modelo, sobre la parte social y la parte del libre mercado. Sin embargo, apoyándonos en las resoluciones del Comité Económico y Social de la Unión Europea y la Comisión Europea, podemos defender abiertamente la compatibilidad de ambas partes. Más aún, no solamente son compatibles, sino que se interrelacionan entre sí continuamente, marcándose límites de forma mutua y orientando de forma conjunta la política económica. Es más, podríamos llegar a establecer una relación de fin y medios, en la que lo social representaría todos los objetivos de progreso y bienestar, y el mercado abierto



y competitivo supondría el medio para alcanzar los fines anteriores².

Pues bien, en el moderno contexto de una economía social de mercado resulta evidente que la energía juega un papel central en toda la cadena de valor, cuya importancia se prevé cada vez mayor debido a la creciente digitalización de la economía actual y futura. Es por ello, que su disfrute se ha consolidado como un derecho esencial de la persona para su correcto desenvolvimiento y desarrollo vital, guardando especial relación con el derecho a una vivienda adecuada³ (artículo 47 de la Constitución Española⁴).

Tanto es así que forma parte del Pilar Europeo de Derecho Sociales desde 2017, que junto con 19 principios más nos pretenden "*guiar hacia una Europa social fuerte, justa, inclusiva y llena de oportunidades*". Estos 20 derechos y principios se dividen a su vez en tres grandes categorías: (i) igualdad de oportunidades y de

² Así se han pronunciado el Comité Económico y Social de la UE en "*Economía social de mercado altamente competitiva*" (2011) y la Comisión Europea en "*Hacia un Acta de Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva*" (2010).

³ Según la Asociación de Ciencias Ambientales considera la pobreza energética es la incapacidad de satisfacer las necesidades básicas energéticas, en relación con la temperatura por ejemplo, que la vivienda se encuentre a 18-21 grados en invierno y 25 en verano.

⁴ "*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho [...]*"



acceso al mercado de trabajo; (ii) condiciones de trabajo justas; (iii) y protección e inclusión social. Los derechos energéticos se encuentran en la tercera categoría, que comparten junto con otros derechos como las prestaciones sociales, la renta mínima, la sanidad o la vivienda. En concreto, entrarían dentro del principio de acceso a los servicios esenciales, según el cual *"toda persona tiene derecho a acceder a servicios esenciales de alta calidad, como el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales. Debe prestarse a las personas necesitadas apoyo para el acceso a estos servicios"*.

Todo ello debemos enmarcarlo en el contexto de la transición justa del modelo energético en aplicación de los compromisos internacionales del Acuerdo de París, la Agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas y el Pacto Verde Europeo. En el plano nacional encontramos como instrumentos de transposición y planificación el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (en adelante, PNIEC), la Estrategia de Descarbonización a 2050 o Estrategia a Largo Plazo y la reciente Ley de Cambio Climático y Transición Energética 7/2021 de 20 de mayo (en adelante, LCCTE)⁵.

Estos principios y directrices generales se ven reflejados a nivel europeo en el concepto y marco normativo de los servicios de interés económico general (en adelante SIEG), surgidos como consecuencia de la

⁵ Para un análisis detallado de toda esta normativa y sus interrelaciones ver Rosa Moreno, J. (2021), Jiménez-Blanco, A. (2020) y Valencia Martín, G. (2021).



liberalización y evolución del servicio público tradicional⁶, que a su vez supone el paso del Estado prestador al Estado garante a través de la regulación económica⁷.

Este proceso de liberalización y apertura a la competencia del servicio público tradicional, de titularidad y prestación pública, se articula en torno al concepto de SIEG regulado en los artículos 14 y 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)⁸. A su vez, para comprender en

⁶ López de Castro (2019), pág. 297.

⁷ Esteve Pardo, J. (2020).

⁸ "Artículo 14

Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios.

Artículo 106.2

Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las



profundidad este concepto en su vertiente de protección de los derechos sociales, lo debemos relacionar con otros como las obligaciones de servicio público o las obligaciones de servicio universal. Todos ellos se encuentran definidos con claridad en las *"sucesivas Comunicaciones sobre los Servicios de Interés general, y en particular en el Libro Blanco de los Servicios de interés general, COM (2004) 374 final, y en la Comunicación sobre Marco de calidad para los servicios de interés general en Europa, COM (2011) 900 final"*⁹. Así, los SIEG son aquellos servicios de naturaleza económica en los que se imponen obligaciones de servicio público a los operadores para la consecución de un objetivo de interés público concreto, y cuando dicho objetivo consista en la garantía de prestación a todos los consumidores, con una calidad adecuada, de manera continuada y un precio asequible estaremos ante una obligación de servicio universal.

En el plano nacional podemos observar la importancia capital que adquieren estas notas en la Ley del Sector Eléctrico 24/2013, de 26 de diciembre, ya que nada menos que en su artículo 1.1 establece que el objeto de esta ley consistirá en *"establecer la regulación del sector eléctrico con la finalidad de garantizar el suministro de energía eléctrica, y de adecuarlo a las necesidades de los consumidores en término de*

normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión".

⁹ López de Castro (2019), pág. 307.



seguridad, calidad, eficiencia, objetividad, transparencia y al mínimo coste” y en su artículo 2.2 señala que “el suministro de energía eléctrica constituye un servicio de interés económico general”.

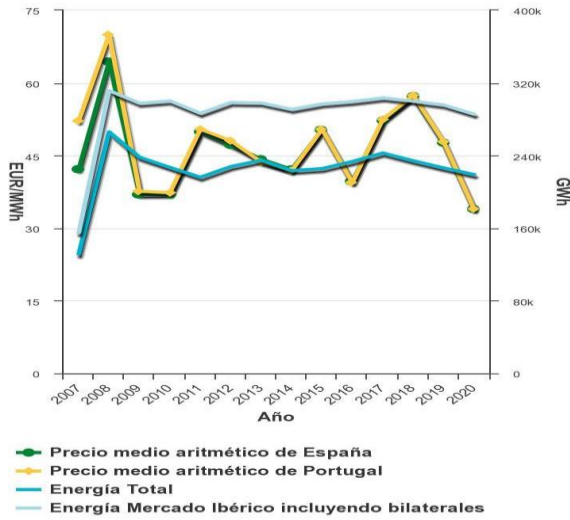
2. Funcionamiento del mercado mayorista de electricidad en España

2.1. Coyuntura actual

Desde abril de 2021 nos encontramos ante una crisis sin precedentes en los precios de la electricidad en España y toda Europa. El precio medio aritmético en nuestro país se ha triplicado entre los meses de abril y octubre, pasando de 60€ a 180€ MW/h. Al poner en perspectiva estos datos, su magnitud cobra aún más impacto, ya que, desde la creación del Mercado Ibérico de Electricidad (en adelante MIBEL) en 2007, los dos años con una media más cara fueron 2008 con unos 60€ y 2018 con unos 57€.



Mínimo, medio y máximo precio de la casación del mercado diario
Mibel





Mínimo, medio y máximo precio de la casación del mercado diario
Mibel - 2021

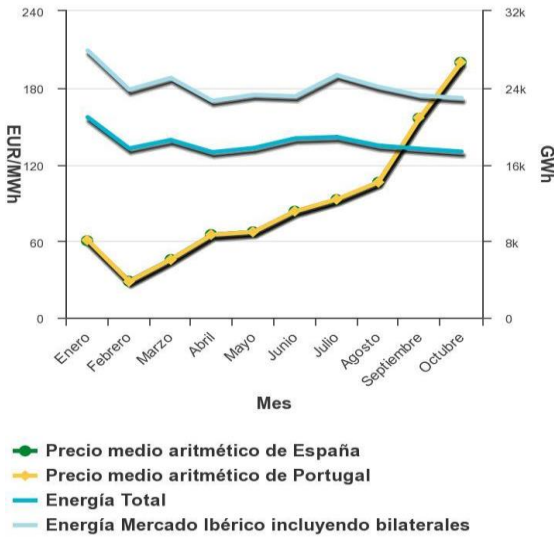


Gráfico 1.¹⁰

Gráfico 2.¹¹

El Banco de España ha destacado como principales causantes de esta fuerte subida las siguientes circunstancias: (i) el aumento del precio del gas (culpable del 50,3% del aumento), (ii) el encarecimiento

¹⁰ Mínimo, medio y máximo precio de casación del mercado diario desde 2007 hasta 2020. Fuente: Mercado Ibérico de Electricidad, MIBEL.

¹¹ Mínimo, medio y máximo precio de casación del mercado diario durante 2021. Fuente: Mercado Ibérico de Electricidad, MIBEL.



del coste de los derechos de emisión (19,6%) y (iii) el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (6,9%). Entre las tres podemos calcular que son las causantes en un 80% aproximadamente de la subida de precios de electricidad¹².

En primer lugar, el precio del gas ha pasado de cotizar 20€ en abril de 2021 a 115€ MW/h en septiembre de 2021 en el mercado de futuros danés, TTF de referencia para toda Europa. Sin embargo, podemos observar una fuerte bajada reciente, al situarse en 75€ en noviembre, confirmando inicialmente el pronóstico de la Agencia Internacional de la Energía (AIE) que vaticina una bajada del 40 % en el segundo trimestre de 2022 en comparación con el mismo período de 2021. El motivo de este aumento desmesurado del precio del gas ha sido un desequilibrio entre la oferta y la demanda, todo ello debido a una serie de acontecimientos meteorológicos a nivel global. Así, en enero de 2021 aconteció una importante ola de frío en Asia y Japón, en febrero un gran temporal de frío EE.UU., tanto en enero como en febrero una histórica ola de frío Europa (Filomena en España), una destacable sequía en Turquía y Brasil que hizo imposible la explotación de la energía hidroeléctrica. La consecuencia principal de estos fenómenos consiste en un gran aumento de la demanda que el mix energético establecido en cada país no puede satisfacer. De esta manera, los países afectados recurren al gas de

¹² Ver Informe del Banco de España (2021): "*El papel del coste de los derechos de emisión de CO2 y del encarecimiento del gas en la evolución reciente de los precios minoristas de la electricidad en España*".



forma masiva, lo que conlleva una consecuente subida del precio¹³.

En segundo lugar, el precio de la tonelada de CO₂ ha llegado a triplicarse entre febrero de 2020 y noviembre de 2021, pasando la cotización de futuros de emisiones de carbono de 20€ a 60€. Es conveniente tener en cuenta que las centrales de gas y carbón deben emitir una tonelada para poder producir 2 MWh. Ello supone que, en noviembre de 2021, la cotización de 60€ se traduce en 30€ netos del precio de electricidad en el mercado mayorista.

¹³ Para un análisis extendido y detallado sobre estos datos ver el World Energy Outlook 2021 de la International Energy Agency (IEA). Octubre 2021.



Energy | Natural Gas
ICE INDEX

Dutch TTF Gas Futures

CONTRACT	LAST	TIME(GMT)	CHANGE	VOLUME
DEC21	76.550	11/8/2021 12:32 PM	3.408	18335

INTRADAY 3 MONTHS **1 YEAR** 2 YEARS
 LAST UPDATE TIME: 11-08-2021 12:43 PM GMT

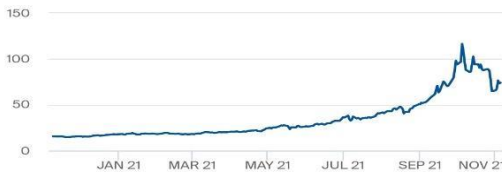




Gráfico 3.¹⁴

Gráfico 4.¹⁵

En tercer lugar, al subir la base imponible del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica de manera tan agresiva (300%), el impacto neto en el precio final también aumenta muy significativamente, aunque el tipo de gravamen no lo haya hecho.

Ante esta situación Francia, España, Grecia, República Checa y Rumanía han reclamado ante Europa un cambio en el mercado eléctrico con una estrategia común a nivel comunitario y una mayor coordinación de las respuestas estatales¹⁶. Entre las propuestas podemos encontrar: a) una investigación sobre el aumento de precios del gas; b) mayor coordinación en las compras con objeto de mejorar la capacidad de negociación

¹⁴ Dutch TTF Futuros de Gas. Fuente: Intercontinental Exchange (ICE).

¹⁵ Futuro de emisiones de carbono. Fuente: Investing.com

¹⁶ Nota de prensa del Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico (en adelante MITECO): "*España impulsa una respuesta conjunta de Europa a la escalada del precio de la electricidad con medidas que deben ser extraordinarias*". 6 de octubre de 2021. <https://www.miteco.gob.es/ca/prensa/ultimas-noticias/espa%C3%B1a-impulsa-una-respuesta-conjunta-de-europa-a-la-escalada-del-precio-de-la-electricidad-con-medidas-que-deben-ser-extraordinarias/tcm:34-531554>



europaea; c) una reforma del mercado mayorista en la que exista una correlación más efectiva entre lo pagado por los consumidores y el coste de producción según los distintos mix nacionales; d) reducción de la dependencia exterior respecto de los países gasistas; y e) mayor estabilidad en los precios de las emisiones de carbono.

En relación con estas demandas, la Comisión Europea se ha manifestado el miércoles 15 de diciembre a través de un comunicado de la comisaria de Energía, Kadri Simson, y el vicepresidente ejecutivo para el Pacto Verde, Frans Timmermans¹⁷. Entre las distintas medidas del paquete presentado para impulsar la transición energética se propone la posible compra conjunta de gas, pero solamente en casos excepcionales de emergencia donde el suministro corra peligro, muy lejos de la propuesta española.

El planteamiento de fondo de la Comisión consiste en suponer, en base a los datos ya expuestos anteriormente, que esta crisis es meramente circunstancial y temporal, por lo que no resulta proporcional adentrarse en reformas sustanciales del modelo de mercado energético europeo. Simplemente se sigue la senda trazada por los compromisos internacionales y el Pacto Verde europeo, impulsando la potencia y desarrollo renovable en orden a disminuir las emisiones de carbono y la dependencia exterior. Este enfoque más conservador, basado en la proporcionalidad

17

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_6682



de las medidas de intervención en el mercado, inspira una reflexión que abordaré en el último epígrafe del presente trabajo.

2.2. El mercado mayorista marginalista

2.2.1. Fijación de precios

Dada esta coyuntura, se ha argumentado por buena parte del espectro político europeo y nacional, que el modelo marginalista de mercado actual resulta ineficiente en el reparto de recursos y que dota a las grandes eléctricas con importante presencia renovable de unos beneficios "*caídos del cielo*" en perjuicio de los consumidores que sufren injustamente esta subida salvaje de los precios de la electricidad.

Como cuestión previa, debemos abordar la exigencia de fijación de precios dentro de un libre mercado, contenida en el artículo 3 del Reglamento 2019/943, relativo al mercado interior de la electricidad. Así, los Estados miembros deberán garantizar que los mercados de la electricidad forman los precios en función de la oferta y la demanda, fomentando la libre formación de precios en base a estas señales y evitando cualquier distorsión sobre las mismas.

Esta estructura de mercado consta, por un lado, de la oferta vertida al "*pool diario*" por los generadores eléctricos de las distintas tecnologías disponibles



(nuclear, ciclo combinado, eólica, solar fotovoltaica, solar térmica, hidroeléctrica, carbón, ...) y, por otro, de la demanda de las empresas eléctricas comercializadoras o grandes empresas o industrias que acuden directamente al mercado mayorista evitando a las comercializadoras.

Como cualquier mercado su objetivo es cruzar estas señales de oferta y demanda formando el precio y de ello se encarga el Operador del Mercado Ibérico de Electricidad (en adelante OMIE). Éste cruza ambas curvas y su intersección fija el precio para cada hora del día con 24 horas de antelación. Así, los vendedores cuyas ofertas sean iguales o inferiores al precio fijado venderán toda su electricidad a los compradores que demandaron ésta por debajo o al mismo precio casado¹⁸. Por ejemplo, podríamos estimar que en un tramo horario determinado existe una demanda de 22.000 MW y la oferta se compone de 3.000 MW de nuclear a 0€, 8.000 MW de eólica a 0€, 8.000 MW de fotovoltaica a 0€, 5.000 MW de gas a 80 € y 5.000 MW de carbón a 90€. Al cruzar oferta y demanda entrarían los 3.000 MW de nuclear, los 8.000 MW de eólica, los 8.000 MW de fotovoltaica, sólo 3.000 MW de gas y el carbón se quedaría fuera. Sin embargo, a todas las tecnologías se les pagará el precio de casación del gas, es decir 80€.

De este modo, una de las características fundamentales de este sistema es que, aunque las diferentes tecnologías oferten a precios distintos, todas ellas recibirán el mismo precio de mercado. Este carácter

¹⁸ Flores Jimeno, M. y Santos Cebrián, M. (2015), pág. 274.



marginalista del mercado viene impuesto por el artículo 38.1.b del Reglamento 2015/1222, por el que se establece una directriz sobre asignación de capacidad y gestión de las congestiones, estableciendo que *"el algoritmo de acoplamiento de precios determinará los resultados [...] de forma que: utilice el principio de precios marginales según el cual todas las ofertas aceptadas tendrán el mismo precio por zona de oferta y por unidad de tiempo de mercado"*. De esta manera, el diseño marginalista viene impuesto para toda Europa en aras de lograr un mercado interior de la electricidad uniforme y común, por lo que ningún Estado miembro se encuentra capacitado para cambiar de modelo por cuenta propia.

Así, una de las aparentes contradicciones del modelo consiste en que muchas tecnologías están recibiendo un precio muy superior a lo que habían lanzado como oferta¹⁹. De esto se podría deducir una gran ineficiencia, ya que esta sobrerretribución parece injustificada. Sin embargo, es necesario un análisis más profundo para comprender el funcionamiento del sistema.

Cabe pensar que los precios ofertados serán aquellos suficientes para cubrir los costes de generación y obtener una ganancia. No obstante, esto no es posible en el actual mercado marginalista a diferencia de un

¹⁹ Flores Jimeno, M. y Santos Cebrián, M. (2015), pág. 275.



mercado *pay-as-bid* en el que se podría llegar a vender a pérdidas para mejorar la posición estratégica.

De esta manera, el coste de oportunidad en que recae cada tecnología es el que marca la oferta de los distintos generadores, sin tener en cuenta los costes fijos y variables de producción como ocurre en cualquier mercado al uso. El coste de oportunidad se establece al calcular, en cada caso concreto, las siguientes variables: en primer lugar, el coste de no generar electricidad en el tramo horario específico que se oferta; y, en segundo lugar, las ganancias que podría obtener empleando sus recursos de otra manera en lugar de producir electricidad, como por ejemplo vendiendo en el mercado materias primas como el gas, el carbón o los derechos de emisión.

Una vez introducido este planteamiento, queda claro que las tecnologías que ofertarán más barato siempre serán, por una parte, la hidráulica fluyente, eólica y solar al depender de factores externos junto con una falta de capacidad de gestión y, por otra, la nuclear por su falta de flexibilidad en la producción, debido a que su producción resulta eficiente cuando se realiza de manera continua e ininterrumpida.

Por el contrario, las tecnologías que emitirán más cara su oferta serán las basadas en materias primas como el carbón, aunque especialmente hoy en día el gas, debido a su gran maniobrabilidad de gestión en la producción y la altísima demanda en los mercados de materias primas. Dentro de este grupo, también destaca



una renovable como es la hidráulica gestionable y reversible con un 20% de la potencia instalada en nuestro país²⁰. Ello es debido a su falta de costes variables y a la gran diferencia de beneficios que se pueden llegar a obtener en función del momento del día en que se desembalse el agua, pudiendo retenerla sin ninguna dificultad en los momentos más baratos y esperar a las horas más caras del día para generar la electricidad.

Una vez expuesto que, para la fijación de precios se tiene en cuenta sólo el coste de oportunidad, cabe aclarar que los costes variables y fijos incluida una rentabilidad razonable, deben ser cubiertos de alguna manera *so pena* de desincentivar las inversiones necesarias para el correcto funcionamiento de las plantas de energía de forma ininterrumpida y la transición ecológica hacia un futuro descarbonizado. En cuanto a los costes fijos, existe el mecanismo de los pagos por capacidad, que se encuentra financiado por el apartado de costes en la factura eléctrica.

En relación a los costes de oportunidad de cada una de las tecnologías, es necesario señalar que el precio marginal para todos los generadores es instaurado por las tecnologías más caras en cada momento, es decir, con mayores costes de oportunidad: durante esta crisis son claramente el gas y la hidráulica regulable y

²⁰ Sobre la caracterización de la curva de la oferta ver el informe de "Descripción del funcionamiento del MIBEL" (2009), págs, 103-104.



reversible. De esta manera, todas los MWh se intercambian al precio del último MWh que entra en el mercado en el ejercicio resultante de casar oferta y demanda en cada momento. Dicho de otro modo, una vez fijado el precio de mercado podremos comprobar que la última empresa que entre será la menos eficiente y su coste fijará el precio. Visto desde la perspectiva de la demanda de los consumidores, podemos afirmar que el último comprador en entrar será el que fije la valoración más ineficiente²¹. Ello da lugar a que, al igual que los productores más eficientes obtienen grandes beneficios en comparación con sus costes de oportunidad (que recordemos no fijos ni variables), muchos consumidores se benefician de un precio bajo teniendo en cuenta las valoraciones que emitieron.

También resulta necesario tener en cuenta que la gran mayoría de la demanda se verá satisfecha con las tecnologías baratas, siendo necesario recurrir de manera acusada a las caras solamente cuando la demanda sea muy alta.

²¹ Sobre la caracterización de la curva de demanda ver informe de "Descripción del funcionamiento del MIBEL" (2009), pág. 104-105.



Gráfico 5. ²²

Por último, en relación con la posibilidad de establecer un precio máximo para el mercado mayorista, debemos destacar que ha sido una demanda muy reiterada por la opinión pública por su aparente eficacia de cara a resolver los problemas de aumento parabólico de precios. Estudiando la normativa nacional encontramos que el anexo 1.7 de la resolución de 9 de mayo de 2018, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban las reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica, efectivamente fija un precio máximo

²² Curvas agregadas de oferta y demanda, donde se destaca en color rojo la oferta renovable y nuclear a 0 euros por las razones expuestas anteriormente en esta investigación, y en color verde la cantidad de energía casada y su precio correspondiente. Fuente: Operador del Mercado Ibérico de Electricidad (OMIE).



de oferta en 180,3€. Sin embargo, es evidente que este límite no ha operado los últimos meses, ya que este precio se ha superado con creces. Pues bien, ello se debe a que un año más tarde de la aprobación de la citada normativa nacional, entró en vigor el Reglamento 2019/943, que en su artículo 10.1 establece que *"No habrá un límite máximo ni un límite mínimo para los precios al por mayor de la electricidad. Esta disposición se aplicará, entre otras cosas, a las ofertas y casaciones en todos los horizontes temporales, e incluirá la energía de balance y los precios de desvío, sin perjuicio de los límites técnicos de precios que podrán aplicarse en el horizonte temporal del balance y en los horizontes temporales diario e intradiario"*.

De esta manera, se ha aplicado la regulación europea al ser normativa posterior y contradictoria, a lo que debemos añadir la fuerza vinculante directa de los reglamentos sin necesidad de transposición alguna, a diferencia de las directivas, que tan sólo producen dicha eficacia directa si en el caso concreto se cumplen determinados requisitos como la claridad, precisión e incondicionalidad. Por lo tanto, el Gobierno tiene como deber pendiente el derogar dicha disposición y evitar así la contradicción normativa que en estos momentos se está produciendo.



2.2.2. Los beneficios caídos del cielo o “windfall profits”

En relación con los beneficios caídos del cielo debemos concluir, sin lugar a dudas, que no existen en el caso de las tecnologías caras que marcan el precio marginal, ya que simplemente se están satisfaciendo sus costes de oportunidad, es decir, lo que podrían haber ganado de forma alternativa en otro tramo horario o vendiendo su materia prima. En este caso los beneficios son justos sin ninguna discusión posible.

Ahora bien, por otra parte, el debate se ha enfocado en torno a las tecnologías baratas según sus costes de oportunidad, las cuales se embolsan un precio mucho más alto que el ofertado. Es necesario tener en cuenta a la hora de abordar esta cuestión, que dichos generadores no realizan sus ofertas con motivo de cubrir sus costes variables y fijos, ya que, de hacerlo así, su comportamiento a la hora de emitir la señal de oferta sería muy distinto, haciéndolo subir notablemente. Recordemos que incluso dependen de la partida de los pagos por capacidad para cubrir sus costes fijos en condiciones normales. En el caso de encontrarnos en un sistema *pay-as-bid* el precio medio de mercado podría ser superior al actual marginalista (como ya ha sucedido en países como Reino Unido en 2001 con el modelo New Electricity Trading Arrangements-NETA²³), ya que, a

²³ Como expone Natalia Fabra (2014) en “Funcionamiento y diseño de los mercados eléctricos ¿qué nos enseña la teoría de



diferencia del actual, no existiría una gran cantidad de energía barata que fuera la primera en cubrirse. El comportamiento de los ofertantes cambiaría, pasando de ser 0€ a tener que cubrir necesariamente la amortización de la infraestructura, el coste de personal y un beneficio razonable. Además, ello se vería acompañado de una mayor complejidad en el funcionamiento del sistema como también se ha observado en los pocos países donde se ha instaurado.

Una vez expuesto lo anterior, cabe desarrollar que se han formulado una serie de críticas y propuestas alternativas, fundamentalmente las tres que pasaremos a analizar a continuación, para el sistema marginalista

juegos?": *"NETA elimina el mercado mayorista obligatorio, confía los intercambios a la contratación bilateral física y financiera, y mantiene un mercado de ajustes en tiempo real. En el mercado de ajustes se sustituye la regla de precios uniformes vigente hasta la fecha por una regla de precios discriminatorios, también denominada pay-as-bid, según la cual cada unidad despachada sería retribuida según su propia puja y no según la máxima puja aceptada. Aunque no nos detendremos aquí en ello, hay que destacar que el resultado de NETA tampoco fue satisfactorio, principalmente por la falta de inversión y el fuerte encarecimiento de precios. El nuevo diseño generó fuertes incentivos a la integración vertical, porque los mercados de ajuste, que se constituían como la única alternativa de compra y venta para las empresas no integradas, eran demasiado pocos líquidos y por tanto, volátiles. A su vez, ello generó fuertes barreras de entrada para los potenciales nuevos entrantes."*



en orden a corregir la supuesta anomalía de los beneficios caídos del cielo.

En primer lugar, se ha afirmado que en dicho mercado se están pagando las manzanas (eólica, solar, nuclear, ...) a precio de aguacate (gas) simplemente porque todo es fruta. Desde la óptica meramente económica se ha desmentido esta afirmación, puesto que, si el MWh de una planta de gas es el mismo que el de una planta eólica, estamos hablando del mismo producto final. Sin embargo, la sugerente opinión de Jorge Fabra²⁴ consiste en que el proceso de obtener dicho producto final, que efectivamente es el mismo, debe tenerse en cuenta a la hora de su valoración en el mercado. Así, las externalidades negativas y positivas de cada una de las tecnologías son tan relevantes que deben tener un impacto sobre la concepción del producto final mismo, haciéndolo distinto según su proceso de producción²⁵. Esta propuesta podría tener encaje jurídico en la cláusula social de la economía de mercado reinante en Europa, según la cual es necesario tener en cuenta factores paralelos a los meramente económicos en el diseño de mercados.

²⁴ Jorge Fabra Utray es uno de los mayores expertos sobre el sistema eléctrico español. Ha ocupado los siguientes cargos: Delegado del Gobierno en la explotación del Sistema Eléctrico (1983-1988), Presidente de REE (1988-1997), Consejero de la Comisión Nacional de Energía (2005-2011) y Consejero del Consejo de Seguridad Nuclear (2017-actualidad).

²⁵ Fabra Portela, N. y Fabra Utray, J. (2009) págs. 143-145.



En segundo lugar, se ha propuesto que cada tecnología compita en el mercado por separado y no conjuntamente con las demás. Esto anularía una de las más potentes virtudes del mercado, consistente en incentivar la mejora técnica. Adicionalmente, esta medida podría ir en contra del principio de neutralidad tecnológica, de creciente calado y repercusión en el ordenamiento y jurisprudencia europea (que no se aplicaría en el caso de las tecnologías con barrera de entrada natural y sin capacidad de expansión, como se ha comentado anteriormente).

En tercer lugar, bajar el precio de todas las unidades que se intercambian en el mercado destruye una de las claves de todo mercado eficiente y que se encuentra todavía más presente en el caso de la energía dentro del contexto de la transición energética, el consumo racional y responsable. Claro que es posible, deseable y muy necesario reducir los precios para ciertos colectivos vulnerables, al tratarse precisamente de un bien básico y de primera necesidad, o incluso reducir el precio de las primeras unidades consumidas por esta misma razón. Sin embargo, ello no obsta para que a partir de cierto nivel de consumo las unidades más caras se deban pagar en virtud de su coste.

2.2.3 Conclusiones y posibles reformas razonables para el sistema actual

En base a todo lo manifestado, podemos concluir que el sistema marginalista permite unos precios razonables en la medida en que no haya una subida



brusca de la demanda y una restricción abultada de la oferta, ya que, durante los períodos con abundante producción nuclear y renovable se impulsan los precios valle. No obstante, es susceptible de tener picos de precios cuando se da el contexto actual, produciendo crisis como la que estamos viviendo en estos momentos²⁶.

Otras cualidades del sistema serían: (a) que el excedente se maximiza sin que exista otro modelo que sea más eficiente en este sentido; (b) incentiva a los productores más eficientes a que aumenten su oferta, eliminando, por lo tanto, a lo largo del tiempo a los ineficientes; (c) se incentiva la mejora tecnológica y la

²⁶ Sobre esta cuestión relativa a los picos de precios por la entrada de gas en los mercados, resulta muy interesante que esta situación ya se predijera en 2017 en *The Economist* "*Clean energy's dirty secret*". Según este sugerente artículo, con la implementación a gran escala de energías renovables se produciría, paradójicamente debido a su menor coste de producción, un aumento de los precios de la electricidad por dos factores: (i) la inversión de trillones de dólares necesaria para el desarrollo y construcción de las plantas renovables implica una rentabilidad altísima de vuelta para los inversores, y (ii) en la medida en que no exista un almacenamiento eficaz, son necesarias otras fuentes que surtan a la demanda cuando no estén disponibles las renovables, fuentes que, debido a su imprescindibilidad y pérdida de cuota de mercado, se verán obligadas a subir el precio de sus materias primas como mecanismo defensivo para continuar siendo rentables.



producción a menor coste con objeto de entrar dentro de la casación de oferta y demanda²⁷.

Por todo ello, resulta preferible mantener el presente sistema marginalista en lugar de cambiarlo por uno *pay-as-bid*, a la vez que es complementado con mecanismos paralelos al mercado como son las subastas de energías renovables y los PPAs, de precios fijos y actualización anual o periódica en el tiempo para poder sobrellevar mejor estas crisis que inevitablemente se van a repetir en el futuro. Recordemos que, según la normativa europea, este posible cambio de modelo debería venir, en todo caso, de manera común y conjunta, sin que ningún Estado miembro pueda cambiarlo de manera unilateral. Sin embargo, la regulación europea no impide la adopción de estos mecanismos paralelos al mercado mayorista, que sí debe ser marginalista en todo caso. Dichos mecanismos se analizarán más adelante en el presente trabajo junto con otros que han sido propuestos por el Gobierno para combatir la presente crisis energética.

Desde un punto de vista crítico, es preciso señalar que el sistema fue diseñado cuando las únicas tecnologías que ofertaban a precio cero eran la nuclear y la hidroeléctrica con una capacidad limitada y estancada. En el escenario actual y, sobre todo de cara al futuro, de gran desarrollo renovable que oferta también a precio 0, se puede correr el riesgo de que recurrentemente el precio de casación sea 0. En caso de

²⁷ Para profundizar sobre estas ideas ver el trabajo de Luis Agosti, A. Jorge Padilla y Alejandro Requejo (2007).



que esta situación pasara a ser la norma general y los ofertantes no fueran capaces de modificar su forma de pujar, y tan sólo en dicho caso, podría tener más sentido un sistema *pay-as-bid*. Este sistema evitaría picos muy pronunciados en el momento en que entrara el gas dentro de la casación, y aseguraría, en el resto de casos, una rentabilidad para los productores que actualmente ofertan a precio 0.

Mientras tanto, podemos valorar positivamente la gran utilidad de los PPAs y subastas renovables, promovidos con tanta fuerza por el Gobierno de España para corregir los actuales desequilibrios del mercado marginalista. De acuerdo con el anterior análisis sobre los límites regulatorios europeos al mercado eléctrico entendemos que, en estos momentos, la respuesta que puede tener mejor entrada por respetar la seguridad jurídica y proteger a los consumidores, sea mantener el mercado marginalista a la vez que se potencian los mecanismos alternativos y complementarios a este como son los PPAs y las subastas renovables.

Ahora bien, sí que podemos detectar un fallo de mercado en relación con las plantas hidroeléctricas y nucleares, ya que por su barrera natural de entrada y su potencial limitado no se genera incentivo alguno para el aumento de capacidad o la mejora tecnológica. Por tanto, se podrían sacar estas tecnologías del mercado mayorista, lo que favorecería una reducción, bien de la parte fija de la tarifa o bien de las primeras unidades consumidas, debiendo dejar, en todo caso, las últimas a precio marginal, a fin de desviar el consumo de las horas



más caras y abaratar las tecnologías con posibilidad de expansión como las renovables.

3.Tarifas

3.1. Contexto tarifario actual

En nuestro sistema eléctrico podemos encontrar fundamentalmente tres tipos de tarifas:

- la tarifa de mercado libre indexada a las fluctuaciones del mercado diario
- la tarifa de mercado libre fija
- la tarifa regulada indexada a las fluctuaciones del mercado.

Observamos una línea evolutiva muy positiva dentro del último informe de supervisión del mercado minorista por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) en 2019, consistente en los siguientes puntos: a) el 63% de los consumidores opta por un comercializador en libre mercado (frente al 61% del anterior informe de 2018) y el 87% de la energía total consumida es facilitada también libre mercado, ambos datos afirman la victoria paulatina y gradual del libre mercado frente al PVPC, que, además de distorsionar la competencia, es contraria al derecho comunitario como se expondrá en el siguiente apartado; b) aunque las grandes empresas tengan efectivamente una gran cuota de mercado cercana al 81% del consumo doméstico (frente al 83% de 2018), existe un avance claro por parte de los comercializadores



no integrados verticalmente al pasar de un 28% a un 30% durante el último año²⁸.

Si acudimos a los países de nuestro entorno, es cierto que Francia, Italia, Reino Unido y Portugal tienen tarifas reguladas, pero se basan en precios fijos. Por otra parte, Alemania e Irlanda no tienen tarifas reguladas de ningún tipo.

Para combatir el contexto de altos precios ya expuesto, el MITECO ha abierto un trámite de audiencia pública el 1 de octubre de 2021 para reformar la actual tarifa PVPC en orden a garantizar una mayor estabilidad de los mismos. Se plantea sustituir la indexación al mercado diario por la indexación al mercado a largo plazo, opción que venía siendo exigida por grandes operadores del sector como Iberdrola y Endesa desde julio de este año.

3.2. La tarifa PVPC y su compatibilidad con el Derecho de la UE

3.2.1. La excepcionalidad de la fijación de precios en la Directiva 2019/944

En relación a esta cuestión es fundamental remitirnos a los considerandos 22 y 23 de la Directiva

²⁸ Informe CNMC de supervisión del mercado minorista de electricidad del año 2019. Diciembre 2020. Pág. 4.



2019/944 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad²⁹. La idea plasmada claramente

²⁹ "(22) Los Estados miembros deben mantener una amplia discreción al imponer obligaciones de servicio público a las empresas de electricidad para la consecución de objetivos de interés económico general. Los Estados miembros deben garantizar que los clientes domésticos y, cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas tengan derecho a un suministro de electricidad de una calidad determinada a unos precios claramente comparables, transparentes y competitivos. No obstante, las obligaciones de servicio público en forma de fijación de precios para el suministro de electricidad constituyen básicamente una medida de falseamiento que a menudo conduce a la acumulación de déficits tarifarios, a la limitación de la elección del consumidor, a escasos incentivos para el ahorro energético y para inversiones en eficiencia energética, a menor calidad de servicio, a menores niveles de compromiso y satisfacción del consumidor, a la restricción de la competencia así como a productos y servicios menos innovadores en el mercado. Por consiguiente, los Estados miembros deben aplicar otros instrumentos políticos, en particular medidas de política social específicas, a fin de salvaguardar la asequibilidad del suministro de electricidad a sus ciudadanos. Las intervenciones públicas en la fijación de los precios de suministro de electricidad deben aplicarse únicamente como obligaciones de servicio público y con sujeción a las condiciones específicas establecidas en la presente Directiva. Un mercado de la electricidad minorista plenamente liberalizado que funcione adecuadamente estimularía la competencia basada en el precio y en aspectos no tarifarios entre los suministradores existentes y dando incentivos para nuevos participantes en el mercado, mejorando de este modo la elección y la satisfacción de los consumidores.



en los mismos, consiste en que el principio general de garantía de suministro a un precio asequible se debe

(23) Las obligaciones de servicio público en forma de fijación de precios para el suministro de electricidad deben utilizarse sin detrimento del principio de libre mercado, en circunstancias y respecto de beneficiarios claramente definidos, y deben estar limitadas en el tiempo. Dichas circunstancias podrían darse, por ejemplo, cuando el suministro esté muy limitado, lo que provoca unos precios de la electricidad considerablemente más elevados de lo normal, o en caso de deficiencia del mercado, cuando las intervenciones de las autoridades reguladoras y de las autoridades encargadas de la competencia hayan resultado ineficaces. Esto afectaría de forma desproporcionada a los consumidores domésticos y, en particular, a los clientes vulnerables que suelen destinar a las facturas de energía un porcentaje de su renta disponible mayor que los consumidores con rentas altas. Con el fin de mitigar los efectos de distorsión que provocan las obligaciones de servicio público en la fijación de precios para el suministro de electricidad, los Estados miembros que apliquen dichas intervenciones deben dotarse de medidas adicionales, entre ellas, medidas para evitar distorsiones en la fijación de precios en el mercado mayorista. Los Estados miembros deben garantizar que todos los beneficiarios de la regulación de los precios puedan acogerse plenamente, cuando lo deseen, a las ofertas del mercado abierto a la competencia. A tal efecto dichos beneficiarios deben disponer de sistemas de medición inteligentes y tener acceso a contratos con precios dinámicos de electricidad. Además, deben recibir información directa y regular sobre las ofertas y ventajas económicas disponibles en el mercado abierto a la competencia, en particular en lo relativo a contratos con precios dinámicos de electricidad, y recibir asistencia para contratar promociones comerciales y beneficiarse de ellas.”



garantizar preferiblemente a través de políticas sociales, evitando una fijación artificial de precios que ha tenido efectos negativos en el pasado sobre la competencia, los consumidores y la inversión³⁰. De esta manera, y como expondremos más adelante, los instrumentos tradicionales de fijación de precios tarifarios se ven relegados a un plano muy residual en el contexto de un mercado liberalizado consolidado y competitivo.

Esta idea que acabamos de expresar se plasma en el artículo 5 sobre "*Precios de suministro basados en el mercado*" de la Directiva 2019/944, que establece lo siguiente:

"1. Los suministradores podrán determinar libremente el precio al que suministran electricidad a los clientes. Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar una competencia efectiva entre suministradores.

2. Los Estados miembros garantizarán la protección de los clientes domésticos en situación de pobreza energética y vulnerables, con arreglo a lo previsto en los artículos 28 y 29, mediante las políticas sociales o por medios distintos de las intervenciones públicas en la fijación de precios para el suministro de electricidad.

3. Como excepción a lo dispuesto en los apartados 1 y 2, los Estados miembros podrán aplicar intervenciones públicas en la fijación de precios para el suministro de electricidad a los clientes domésticos en situación de pobreza energética o vulnerables. Estas intervenciones públicas estarán

³⁰ López-Jurado Escribano, F.B. (2020), pág. 60.



sujetas a las condiciones establecidas en los apartados 4 y 5.

4. Las intervenciones públicas en la fijación de precios para el suministro de electricidad: a) perseguirán un interés económico general y no irán más allá de lo necesario para lograr dicho interés económico general; b) estarán claramente definidas y serán transparentes, no discriminatorias y verificables; c) garantizarán la igualdad de acceso de las empresas eléctricas de la Unión a los clientes; d) serán limitadas en el tiempo y proporcionadas, en lo que atañe a sus beneficiarios; e) no conllevarán para los participantes en el mercado costes adicionales que sean discriminatorios.

5. Todo Estado miembro que aplique intervenciones públicas en la fijación de precios para el suministro de electricidad de conformidad con el apartado 3 del presente artículo cumplirá también lo dispuesto en el artículo 3, apartado 3, letra d), y en el artículo 24 del Reglamento (UE) 2018/1999, independientemente si en el Estado miembro en cuestión existe un número significativo de hogares en situación de pobreza energética.

6. A los efectos de un período transitorio que permita establecer una competencia efectiva entre los suministradores de contratos de suministro de electricidad y lograr precios de la electricidad minoristas plenamente efectivos basados en el mercado de conformidad con el apartado 1, los Estados miembros podrán aplicar intervenciones públicas en la fijación del precio



para el suministro de electricidad a los clientes domésticos y a las microempresas que no se beneficien de las intervenciones públicas en virtud del apartado 3.”

Como podemos extraer de la redacción del citado precepto clave, en su apartado primero establece que la norma general debe ser precios de libre mercado en un contexto de libre competencia garantizado y fiscalizado por el Estado. Como excepción a esta regla general, el apartado segundo permite a los Estados proteger a los clientes domésticos vulnerables sin intervenir los precios de libre mercado, como podría ser con el bono social. De manera totalmente residual y como excepción de la excepción anterior, se permitirá intervenir los precios de mercado siempre que se trate de consumidores vulnerables y se cumplan los requisitos del apartado 4. Por último, el apartado 6 permite la fijación de precios por un período transitorio, no sólo para los consumidores vulnerables, sino para todos los clientes domésticos y microempresas, siempre que no exista una competencia efectiva entre comercializadores.

De la mera lectura del artículo anterior y de los considerandos de la Directiva podemos extraer la manifiesta vulneración por parte del sistema actual establecido de la tarifa PVPC en España. Veámoslo a continuación:

En primer lugar, se ofrece tanto a consumidores vulnerables como a cualquier consumidor con una potencia contratada menor a 10 KW. En segundo lugar, en caso de que el fin de interés general a conseguir de



manera proporcional sea promover la competencia como señala el apartado primero, parece que en España la competencia entre comercializadoras es efectiva, ya que existen más de 300 que ofrecen tanto tarifas fijas como indexadas al mercado mayorista. En tercer lugar, no se fija ninguna temporalidad, ni en relación con un tiempo máximo de disfrute por parte del usuario, ni en relación con la existencia misma de la tarifa regulada, que, como veremos a continuación, debe ser objeto de examen con frecuencia, de cara a garantizar la proporcionalidad de la intervención.

3.2.2. La STJUE de 14 de octubre de 2021, C-683/19 sobre los mecanismos de fijación de precios y su obligada proporcionalidad

De forma adicional y complementaria a este análisis normativo, resulta necesario hacer alusión a la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 14 de octubre de 2021, asunto C-683/19³¹, por lo que se resuelven dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español en relación con el bono social y la distribución de su financiación entre las empresas del sector. Poniendo en contexto este litigio, debemos señalar que la distribución de la carga de financiación entre las utilities se ha ido reformando (2009, 2014, 2015, 2016 y 2019) debido a que las grandes empresas del sector entendían que eran discriminadas respecto de sus

³¹ ECLI:EU:C:2021:847



competidores al pagar más de lo que debían. Así, cada modelo propuesto por la normativa ha sido recurrido y anulado por los tribunales sistemáticamente. Sin embargo, después de tantos cambios podemos observar que las grandes empresas mantienen el mismo porcentaje de financiación, sin ni siquiera alcanzar el 2% de variación. Ello se debe a la apabullante cuota de mercado que poseen, lo que implica que, independientemente del modelo de cálculo empleado, su porcentaje en el reparto del coste se mantenga prácticamente inalterado. Los que hemos salido perdiendo de esta situación, provocada por una regulación defectuosa, somos todos los ciudadanos, al tener que indemnizar a estas empresas cantidades millonarias por las cuantías aportadas bajo los modelos anulados más tarde judicialmente³². De este análisis debemos extraer un ejemplo de referencia para el sector, consistente en la responsabilidad de los poderes públicos en relación con la calidad de la regulación y el respeto de sus límites, ya que, como se ha podido ver, las consecuencias de su inobservancia las pagamos todos los ciudadanos.

Dejaremos de lado la primera y nos centraremos en la segunda por su interés respecto al objeto del presente apartado, en concreto, la sentencia aclara la aplicación del criterio de temporalidad en la intervención a través de la fijación de precios.

La referida cuestión prejudicial plantea si el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72 (actual 5.4 de la

³² Caballero Sánchez, R. (2020), págs. 187-188.



Directiva 2019/944) debe interpretarse en el sentido que se opone a que el régimen de financiación de una obligación de servicio público, como es el bono social, se establezca sin límite temporal. En su apartado 55 comienza afirmando que, efectivamente, la observancia del principio de limitación temporal en la fijación de precios es un requisito central para entender acorde a derecho la intervención pública. A continuación, recuerda que la razón de ser de esta limitación temporal no es otra que garantizar que la intervención es proporcional respecto al objetivo de interés general que se persiga, y que, por lo tanto, solamente se puede dar durante un período temporal limitado. Ello supone la obligación de *"reexaminar periódicamente y con suficiente frecuencia la necesidad y modalidades de su intervención en el precio de la electricidad en función de la evolución del sector eléctrico"*, como establecen las sentencias de 20 de abril de 2021, Federulity y otros, C-265/08³³ y de 30 de abril de 2020, Overgas Mrehzi y Balgarska gazova asotsiatsia³⁴ (apartados 55 y 56).

Inmediatamente después de este análisis establece que este requisito sobre la temporalidad no atañe al bono social, ya que *"si bien este régimen de financiación constituye sin duda un elemento indisolublemente vinculado a la medida de intervención en los precios, no afecta de manera autónoma a los precios de la electricidad"*. El sentido clarificador de esta sentencia, como más reciente en la materia, de cara a exponer la ilegalidad de la tarifa PVPC proviene, por

³³ ECLI:EU:C:2010:205, apartados 33 y 35.

³⁴ ECLI:EU:C:2020:343, apartado 71.



tanto, de dos frentes: (i) por una parte recuerda la normativa y jurisprudencia sobre la importancia capital de este requisito y, por otra, (ii) lleva a cabo una labor delimitadora de las actuaciones sujetas al régimen jurídico de las intervenciones en la fijación de precios, según la cual se quedaría fuera el bono social³⁵ pero, *a sensu contrario*, y por su poder de afectación completamente autónomo respecto al precio, la tarifa PVPC se vería afectada.

Como conclusión de la legalidad y adecuación del sistema español a la Directiva y a la jurisprudencia europea más reciente, podemos afirmar que la contraviene de manera clara y evidente en numerosos puntos, hecho que debe motivar una urgente reforma de la misma para su inmediata alineación con la normativa y los estándares europeos. Dicha reforma se ve impulsada por la fecha límite de 1 de enero de 2022 establecida en el artículo 5.9 de la mencionada

³⁵ Esta labor delimitadora resulta especialmente relevante ya que sienta un criterio opuesto al hasta ahora común en la doctrina. Así, contradice, en nuestra humilde opinión de manera acertada, a uno de los mayores expertos en derecho de la energía de España como es Bacigalupo Saggese, M. que afirma exactamente lo contrario, es decir, que el bono social constituye una fijación de precios. La argumentación del TJUE se basa en que realmente el bono social no deja de ser un mero descuento sobre una tarifa, por lo que, por sí misma no tiene fuerza suficiente de manera autónoma para fijar precios. Sin embargo, es aquella tarifa sobre la que más tarde se producirá el descuento, la que fija verdaderamente el precio de manera autónoma.

https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/precios-electricidad-regulacion-europea-no_1_1208817.html



Directiva³⁶, en la que España deberá justificar, de manera rigurosa, la necesidad y proporcionalidad de la intervención pública ante la Comisión Europea.

4. La incidencia de los Power Purchase Agreements (PPAs)

Los acuerdos internacionales a favor de la descarbonización de la economía, junto con la tendencia empresarial por defender la responsabilidad social corporativa, han propiciado que las grandes industrias se planteen comprar la energía necesaria para su actividad de fuentes totalmente sostenibles y renovables a largo plazo. El instrumento para ello son los conocidos como PPAs. Estos acuerdos permiten la financiación de nuevas plantas de energías renovables que resultan básicas para la transición energética, todo ello sin la intervención del

³⁶ "Artículo 5.9

A más tardar el 1 de enero de 2022 y el 1 de enero de 2025, los Estados miembros presentarán a la Comisión informes sobre la aplicación del presente artículo, la necesidad y proporcionalidad de la intervención pública al amparo del presente artículo y una evaluación de los progresos realizados para lograr una competencia efectiva entre los suministradores y la transición a unos precios basados en el mercado. Los Estados miembros que apliquen precios regulados de conformidad con el apartado 6 informarán del cumplimiento de las condiciones establecidas en el apartado 7, incluido el cumplimiento por parte de los suministradores a los que se exija aplicar dichas intervenciones, así como sobre el impacto financiero de los precios regulados en dichos suministradores."



Estado, que se ha demostrado muy ineficiente en el pasado al provocar grandes déficits de tarifa y deuda por las primas a las renovables y que seguimos pagando hoy en día en el recibo de la luz.

Como hemos expuesto anteriormente en este trabajo, la presente crisis energética está dañando muy seriamente a la industria nacional e internacional, llegando incluso al límite de tener paradas transitorias de producción para no incurrir en pérdidas. Pues bien, los PPAs también se han convertido en la herramienta ideal para que estas industrias tengan unos costes fijos y puedan programar su producción al mantenerse ajenos a la volatilidad del mercado, al conciliar a la perfección sostenibilidad y competitividad.

Su éxito resulta tan acentuado en los últimos tiempos que, mientras que en el pasado solamente eran comunes los PPAs a 2 o 3 años vista, hoy en día se firman contratos de entre 10 y 15 años de manera más asidua.

Sin embargo, los PPAs conllevan ciertos riesgos asociados. Por ejemplo, nos puede ilustrar sobre ello el modelo NETA implementado en Reino Unido y al que ya nos hemos referido con anterioridad en el presente trabajo. Además del encarecimiento de los precios y la desincentivación de la inversión, los abusos de poder de mercado eran difícilmente controlables por la agencia reguladora debido a la privacidad de los contratos. Así, sería deseable anticiparse a estos posibles problemas, estudiando la implementación de la tecnología



blockchain³⁷ para dotar a estos contratos de una transparencia y trazabilidad reforzada³⁸.

5. La regulación normativa del Gobierno en los Reales Decretos-ley 17/2021 y 23/2021

5.1. El Real Decreto-ley 17/2021 de 14 de septiembre

La reacción del Gobierno, además de la apertura del trámite de información pública para la reforma de la tarifa, ha venido dada fundamentalmente a través de dos Reales Decretos-ley que pasaremos a analizar a continuación.

Las disposiciones contenidas en el 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, suponen una reducción de la carga impositiva a las empresas del sector, acompañada por una drástica

³⁷ Actualmente se están empezando a implementar iniciativas y proyectos piloto de tecnología blockchain en los PPAs para asegurar la procedencia renovable de la energía suministrada.

<https://www.iberdrola.com/innovacion/blockchain-energia>

³⁸ Para profundizar sobre las utilidades de esta tecnología en el sector energético ver Anguino, J.M., (2018) y Bambara, J. y Allen, P.R. (2018).



minoración en los beneficios de las energías renovables hasta el 31 de marzo de 2022, momento en el que se prevé la vuelta de la normalidad energética de los precios del gas.

En orden a abaratar un 22% la factura de la luz se han tomado las siguientes medidas:

En primer lugar, en materia impositiva fiscal, se ha reducido el impuesto especial del 5,1 al 0,5%. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, si no se acompaña de un recorte en el gasto, supondría un aumento del déficit público de entre 1.500 y 2.000 millones que sería lo que se dejaría de percibir. También se reduce el IVA del 21% al 10%, pero como la base imponible ha aumentado de forma tan drástica, realmente se perciben ingresos muy similares.

En segundo lugar, encontramos la limitación de la tarifa de último recurso de gas que, en lugar de sufrir una subida del 29%, ésta se reduce al 4,6% de forma temporal hasta el 31 de marzo de 2022. Ello provocaría que las comercializadoras que compran más caro de lo que venden pierdan dinero. Para evitar esta situación, en la medida de lo posible, se establece que la diferencia del 25% se empezará a pagar el año que viene, momento en el cual se prevé que los precios recuperen niveles normales. Así, pagaremos menos cuando está caro y más cuando está barato el mercado del gas.

Esta técnica del déficit de tarifa resulta ser una vieja conocida en la regulación del sector energético, pero plantea un problema fundamental desde el punto de vista económico al eliminar los efectos que están emitiendo los mercados internacionales con su señal de



oferta encarecida: los consumidores no reaccionan al aumento del precio moderando la señal de demanda, dando lugar a que las compañías obtengan más beneficios al no existir una disminución de la demanda proporcional al encarecimiento de la oferta, es decir, que a más precio más consumo, en lugar de a más precio menos consumo. Esto es lo que ocurrió con la financiación para la implantación de las energías renovables en un momento demasiado prematuro, un error que seguimos pagando en la factura a día de hoy y que el Gobierno ha vuelto a repetir. Como hemos recalcado anteriormente, la Directiva 2019/944 en su considerando 22 expone su postura totalmente contraria a los déficits de tarifa, cuando establece la preferencia de los mecanismos sociales ante la fijación de precios.

En tercer lugar, un recorte de 2.600 millones a los beneficios de las eléctricas que deberán entregar al Estado. En aplicación de esta medida, se desea reducir el precio de la electricidad al dejar de permitir a las renovables seguir disfrutando de beneficios caídos del cielo, o que no tienen correlación con un mejor servicio o producto, sino que provienen del sistema de mercado mayorista marginalista. En el artículo 4 del Real Decreto-ley a examen, se establece que la minoración será proporcional *"al mayor ingreso obtenido por estas instalaciones como consecuencia de la incorporación a los precios de la electricidad en el mercado mayorista del valor del precio del gas natural por parte de las tecnologías emisoras marginales"*.

Por otra parte, el artículo 5 señala que esta minoración se aplicará a las instalaciones renovables de cualquier tipo siempre que superen los 10 MW. A su vez,



deja exentas a las actividades en régimen de retribución especial regulada, así como a los precios convenidos en subastas de renovables. En aplicación de esta medida, plantas nucleares, hidroeléctricas, solares y eólicas devolverán al Estado toda facturación que supere los 50 €/MWh. Así, por ejemplo, si en un momento dado el pool diario marca 200€/MWh, devolverán 150€/MWh.

A continuación, podemos observar un gran error del Real Decreto-Ley en su artículo 6, cuando establece que afectará a los sujetos anteriores "*con independencia de la modalidad de contratación utilizada*". Ello supone una contradicción frontal con el artículo 4, ya que lo que se pretende es afectar sólo a la energía vendida en el pool del mercado mayorista y no a los contratos bilaterales a largo plazo, a los que esta medida estaría sustrayendo la rentabilidad razonable a la que tienen derecho (concepto recurrente en el derecho de la energía: podemos encontrar por ejemplo en relación con la retribución de las energías renovables el artículo 14 y disposiciones tercera y tercera bis LSE³⁹; también se

³⁹ "Artículo 14.4

Los parámetros de retribución de las actividades de transporte, distribución, producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos con régimen retributivo específico y producción en los sistemas eléctricos no peninsulares con régimen retributivo adicional, se fijarán teniendo en cuenta la situación cíclica de la economía, de la demanda eléctrica y la rentabilidad adecuada para estas actividades por periodos regulatorios que tendrán una vigencia de seis años, salvo que una norma de derecho comunitario europeo establezca una vigencia del periodo regulatorio distinta.



encuentra presente en forma de beneficio razonable en la compensación por obligaciones de servicio público, STJUE Altmark Trans 24 de julio de 2003 FJ 89-93⁴⁰).

Para comprender la repercusión de esta disposición debemos tener en cuenta que, las centrales hidroeléctricas y nucleares han vendido el 100% de la energía de este año y el 75% del que viene a precio cerrado y la Asociación de Empresas de Energías Renovables estima que el 90% de este tipo de energía se vende en PPAs. La gran mayoría de PPAs se realizan a precios cerrados de entre 40€ y 60€, y ante la perspectiva de vender a pérdidas, las empresas productoras, lógicamente, preferirán no vender su energía. Pero, ¿es posible que los productores de un bien básico como la energía paralicen su actividad? Por una parte, no existe tal autonomía para cerrar las plantas nucleares porque se necesita autorización previa del Ministerio de Industria. No obstante, las renovables sí que se pueden paralizar, como ya ha pasado con las hidroeléctricas de una forma muy polémica al verter su

Disposición final tercera. Nuevo régimen jurídico y económico de la actividad de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos con régimen económico primado.

Disposición final tercera bis. Rentabilidad razonable de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos con retribución primada a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio”.

⁴⁰ ECLI:EU:C:2003:415



agua en los momentos más caros y retenerla en los más baratos. Pues bien, en caso de darse este catastrófico supuesto, se produciría un efecto completamente opuesto al deseado, ya que, al disminuir la oferta de renovables y nucleares habrá que recurrir más al gas, lo que conllevaría una subida aún mayor de los precios.

Adicionalmente, podría operar la jurisprudencia sobre la seguridad jurídica y confianza legítima que aplica en el plano arbitral internacional respecto del cambio del régimen retributivo de las energías renovables⁴¹. De esta manera, en el muy probable escenario de que se recurriera esta intervención, todo lo que las empresas devuelvan al Estado por encima de 50 € MW/h en aplicación de la normativa, se tendría que devolver en el futuro con intereses. Por lo tanto, al igual que en el caso de la tarifa de gas, esta medida también consistiría en una especie de déficit de tarifa. Resulta evidente que la línea por la que apuesta este ejecutivo, al igual que otros en el pasado, radica en una patada hacia delante, endeudarse hoy y dejar el problema para el sucesor en el poder.

5.2. El Real Decreto-ley 23/2021 de 26 de octubre

El Gobierno y el MITECO, conscientes del error y de todas las consecuencias que conllevaría, publicaron una nota aclaratoria el día 21 de septiembre, una

⁴¹ Bacigalupo Saggese, M. (2020).



semana después de la publicación en el BOE del Real Decreto-ley 17/2021 para excluir a ciertos PPAs de la minoración. Aun así, y debido a las presiones del sector para que esta corrección se viera reflejada en el BOE, el Consejo de Ministros publicó el 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, que en su disposición final primera introduce una disposición adicional octava en el Real Decreto-ley 17/2021. Cabe destacar que la introducción de esta disposición final se realiza con efectos retroactivos desde el día 16 de septiembre.

Esta disposición establece que tanto los PPAs físicos como los financieros se encontrarán excluidos en la medida en que consten de precios fijos y no se encuentren indexados al mercado mayorista, de tal manera que los contratos mixtos (parte fija y parte indexada) sí que verán minorada su retribución de forma proporcional a su grado de indexación. Sin embargo, es destacable que incluye una limitación temporal ya que estos contratos se deberán haber celebrado antes del 16 de septiembre de 2021 o, en caso de celebrarse más tarde, deberán contar con una duración superior a un año. Dicha limitación temporal ha sido arduamente criticada por el sector ya que contradice la motivación del gobierno de promover estos contratos y expresada de forma tan repetitiva tanto en declaraciones oficiales como en las exposiciones de motivos de ambos Reales Decretos-ley.



La misma disposición final en su cuarto apartado contiene una obligación de claro interés para los operadores del sector con PPAs. Ello debido a que, en orden a poder acreditar frente a Red Eléctrica de España y la CNMC la exención o minoración de sus instrumentos de contratación a plazo según el régimen jurídico expuesto en el párrafo anterior, deberán aportar con una frecuencia mensual y en el plazo de 5 días hábiles al término de cada mes la siguiente documentación e información: (i) una declaración responsable, firmada por el consejero delegado que incluya la cantidad de energía mensual afecta al contrato, su fecha de celebración, junto con el volumen, precio y plazo de entrega o liquidación de la energía negociada; (ii) información que acredite la contratación de dicha energía con un tercero o través de un mercado o agencia; (iii) y la acreditación de la comunicación de las operaciones al organismo competente

Con todo, aunque esta rectificación evitaría aplicar la doctrina de vulneración de la confianza legítima operante en el plano arbitral internacional, ya que los PPAs variables no sufrirían las pérdidas sistemáticas de los PPAs fijos, se puede advertir un efecto patente desde el punto de vista contractual civil. En relación a los PPAs no exentos de la minoración nos encontramos claramente ante un cambio brusco e inesperado del marco regulatorio que, a su vez, provoca un cambio imprevisible en la situación contractual, y por lo tanto dando pie a la aplicación de la cláusula "*rebus sic stantibus*" de la que tanto hemos oído hablar en tiempos



de pandemia.⁴² Al suponer una carga inasumible para los productores de energía respecto a los compradores, no tendrán más remedio que renegociar el acuerdo reinante entre las partes.

5.3. Una reflexión sobre esta forma de hacer política energética

Al escuchar y leer a los expertos en el sector, se puede intuir una reflexión común a todos ellos y, así Jorge Fabra (al que ya nos hemos referido con anterioridad) suele expresarla con gran claridad cada vez que se pronuncia sobre el tema. Y es que la política energética española se ha realizado a base de "*parchear*" la regulación anterior, sin un proyecto claro e intentando salvar los problemas de cada momento contextual independientemente de sus consecuencias futuras.

Los recientes Reales Decretos-ley son buena muestra de ello. El primero generó tal incertidumbre en el sector, por no contar previamente con el acuerdo con las *utilities*, que tuvo que realizar una nota aclaratoria en la que definía los PPAs renovables a los que aplicaba la normativa y que más tarde se vería reflejado en el segundo. Llama la atención positivamente que, para este segundo, sí que se haya reunido con las *utilities* y las

⁴² Sobre la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus en tiempos de pandemia ver las sugerentes propuestas de Muriel Patino, M. V. y Rodríguez López, F. (2020) y Gregoraci Fernández, B. (2020).



grandes industrias del país, lo que debería haber hecho con el primero.

Esta técnica legislativa tan inconsistente y variable, dejando de lado el debate sobre la idoneidad de normativizar un sector como el energético a base de reales decretos-ley, cuestionados por la falta de consenso parlamentario y dudosa justificación del presupuesto de urgencia en la gran mayoría de los casos, provoca una incertidumbre e inseguridad jurídica incompatible con las inversiones que nos hemos comprometido a atraer de cara a la transición energética. Sin embargo, la situación empeora en cuanto detectamos que los instrumentos normativos empleados cada vez de forma más asidua se encuentran muy por debajo del real decreto-ley. Así, el *soft law* consistente en instrucciones, circulares, recomendaciones y directrices tiene un papel creciente en el panorama normativo. Y todo ello se debe al temor de los gobernantes por verse limitados y constreñidos por sus decisiones pasadas, lo que les impulsa a recurrir a estos instrumentos flexibles y fácilmente modificables⁴³.

Podemos concluir que, en el ámbito regulatorio energético se juega con la normativa como peones de un tablero de ajedrez: aunque en la célebre expresión de Philidor⁴⁴ sean el alma de la partida, no dejan de ser piezas menores en comparación con las demás,

⁴³ Sobre el bajo rango normativo de la normativa energética ver Ariño Ortiz, G. y Del Guayo Castiella, I. (2017), pág. 38.

⁴⁴ Considerado el mejor ajedrecista del siglo XVIII.



intercambiables entre sí y sacrificables como ocurre, frecuentemente, en los gambitos.

Además, esta variabilidad del marco regulatorio se caracteriza por una falta acusada de consenso, no solo respecto del conjunto del Parlamento (evitado en relación con los reales decretos-ley, normas reglamentarias y *soft law*), sino también dentro del propio Gobierno de coalición. De esta manera, el mensaje a los inversores resulta tremendamente desmotivador, al exponer no sólo un Parlamento dividido e incapaz de llevar a cabo planes y políticas de Estado a largo plazo, sino también un ejecutivo fragmentado, variable y desunido.

6. Las subastas de energías renovables

Las subastas suponen un instrumento financiero que ofrece estabilidad y "*bancabilidad*" (derecho que opera como garantía para pedir un crédito bancario) de cara a la financiación de los proyectos de energías renovables, ya que se realizan de forma previa a la construcción de las plantas de energías renovables. De esta manera, se abre el sistema a la democratización, permitiendo la entrada de empresas más pequeñas. Las grandes compañías pueden permitirse no concurrir a estas subastas al financiarse por otras vías más tradicionales como la cotización en bolsa.

El régimen económico de las mismas consiste en el derecho a vender energía al precio convenido en cada



subasta concreta con la obligación de una cantidad mínima, por otra parte, a partir de la cantidad máxima establecida, puede vender el excedente en el mercado mayorista convencional. El precio que finalmente percibe el operador depende del precio de adjudicación en subasta, el precio de mercado y el porcentaje de ajuste de mercado.

La figura jurídica de las subastas de energías renovables es muy reciente y su régimen jurídico se distribuye entre la siguiente normativa: 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 económica⁴⁵; 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; y la Orden TED/1161/2020, de 4 de diciembre, por la que se regula el primer mecanismo de subasta para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables y se establece el calendario indicativo para el periodo 2020-2025.

Comparando las dos subastas que se han celebrado hasta la fecha, ambas en el año 2021, podemos verificar lo siguiente, debiendo tener en cuenta en todo momento que la primera se desarrolló en un contexto de normalidad regulatoria y la segunda en plena crisis con frecuentes cambios normativos en el sector:

⁴⁵ Para un análisis detallado sobre este Real Decreto-ley ver Fernández-Espinar Muñoz, C. (2020).



<http://gabilex.castillalamancha.es>

- A) En la primera acudieron 84 agentes de los cuales 32 fueron adjudicatarios, mientras que en la segunda han concurrido 61 ofertantes, de los cuales son adjudicatarios 26.
- B) En la primera se ofertaron 9.700 MW y se subastaron 3.000, mientras que en la segunda, se ofertaron solamente 5.100 MW, de los cuales se han llegado a subastar 3.300 MW.
- C) En la primera se adjudicaron 3.034 MWh: con un precio de 24,47 €/MWh para la fotovoltaica y 25,31 €/MWh para la eólica. Sin embargo, en la segunda se adjudicaron 3.124 MW: con un precio de 31,65 €/MWh para la fotovoltaica y 30,18 €/MWh para la eólica⁴⁶.

El dato clave parece ser la cantidad de MWh ofertados en comparación con los subastados, ya que en la primera subasta son el triple y, en cambio en la segunda, solamente la supera en un 50%. Ciertamente podemos deducir que, si no se hubiera alterado tanto la seguridad jurídica del marco jurídico de las renovables, hubieran entrado muchos más ofertantes y MW a la

⁴⁶ Los datos se pueden consultar en:

<https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/el-miteco-celebra-la-primera-subasta-renovable-del-periodo-2020-2025-para-facilitar-la-acci%C3%B3n-clim%C3%A1tica-y-reducir-la-factura-el%C3%A9ctrica/tcm:30-522090> y <https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/el-miteco-adjudica-3.124-mw-de-renovables-que-rebajar%C3%A1n-la-factura-de-la-electricidad-y-facilitar%C3%A1n-la-acci%C3%B3n-clim%C3%A1tica-nota-de-prensa/tcm:30-531948>



subasta y provocado una bajada significativa de los precios.

7. Reflexión final

La economía social de mercado, aludida al comienzo de este estudio, requiere la imbricación del desarrollo económico junto con la garantía y preservación de los derechos sociales, de los que es un ejemplo paradigmático, por su importancia central en la vida de los ciudadanos, el disfrute adecuado de la energía.

La liberalización de sectores estratégicos y el consecuente abandono de la actividad prestacional del Estado en estos ámbitos, no puede conllevar la desatención por parte de los poderes públicos del interés general. El nuevo Estado garante, establecido desde la década de los 90, mantiene sus responsabilidades para con los ciudadanos sobre la protección de sus derechos. Esta transición entre modelos de Estado provoca, precisamente, una revalorización del papel de la regulación en la custodia de dichos intereses⁴⁷.

Esta revalorización conlleva, necesariamente, un correlativo aumento en el peso de la responsabilidad regulatoria. Precisamente por ello, también adquieren una importancia reforzada los límites de dicha

⁴⁷ Esteve Pardo, J. (2016), págs. 33-35.



regulación, que deben ser respetados de manera estricta.

Así, la Administración debe tener el poder de encaminar las actuaciones de los agentes llamados a prestar un servicio de interés general, como son las utilities energéticas, en su calidad de guardián de los intereses públicos y derechos sociales⁴⁸.

En todo ello, adquieren un relevante papel los principios. Así, en los límites y fronteras de la regulación, se sitúan los principios generales del derecho y los principios de la regulación económica de los sectores regulados.

Dos de los principios recurrentes de aplicación en esta materia por parte de la Jurisprudencia europea y nacional son el principio de no discriminación y el principio de proporcionalidad. Así, en relación al primero, numerosas sentencias anulan la regulación realizada en los últimos años, y en concreto en España en diversas normas, siendo un supuesto, entre otros, el relativo a la financiación del bono social,

Y, por otra parte, en relación con las medidas normativas que hemos venido tratando, cabe destacar que el principio de proporcionalidad adquiere una gran importancia como principio-límite en la intervención de los poderes públicos en la economía liberalizada.

⁴⁸ Porta Prego, B. (2020), pág. 205.



Debemos resaltar que, el presupuesto de la legitimidad de la intervención pública en la economía consiste en un fallo de los mercados. De acuerdo con el principio de necesidad o *pro libertate*, la regulación que se debe realizar exige la implantación de la medida menos restrictiva. En el presente caso analizado, el fallo no se da por falta de competencia o información a los consumidores, sino por unas externalidades negativas ajenas al mismo y procedentes de la temporal coyuntura geopolítica internacional.

La contravención de estos principios conlleva graves consecuencias que acabamos pagando todos los ciudadanos.

Tanto las medidas normativas efectivamente adoptadas, como muchas de las propuestas, responden a un problema de dimensiones determinadas, que hay que situar en su justa medida para que las soluciones propuestas sean proporcionales al mismo.

Para situar las magnitudes, debemos tener en cuenta que, según REE, el consumo doméstico medio anual es de 3,2 MW/h al año, lo que se traduce en 0,008 MWh/8 kWh o 1,3 € diarios, aún a pesar de que exista un elevado precio mayorista de 170€ MW/h⁴⁹. Adicionalmente a lo anterior, según el último informe de supervisión del mercado minorista por parte de la CNMC en 2019, el 63% de los consumidores opta por un

49

https://www.ree.es/sites/default/files/interactivos/como_consumimos_electricidad/como-varia-mi-conusmo.html



comercializador en libre mercado y el 87% de la energía total consumida es facilitada también en libre mercado. Para entender esta situación, hay que tener en cuenta que la regla general dentro del mercado libre es la tarifa fija.

De lo anterior podemos extraer que, en el contexto doméstico, la gran subida de los precios mayoristas afectaría aproximadamente por tanto a menos de un 20% de la energía consumida y que, para esos pocos afectados que tienen una tarifa variable indexada al mercado, ello supone un gasto asumible según el consumo medio, a no ser, claro está, que se pertenezca a colectivos vulnerables.

Sin embargo, esta realidad choca frontalmente con la perspectiva que puede tener la mayor parte de la ciudadanía, por su propio desconocimiento y, también posiblemente, por la influencia de los medios de comunicación con una desenfocada e insuficiente información. Así queda reflejado en el barómetro del CIS de noviembre de 2021, por el que: el 92% de la población estaría preocupada por los precios de la electricidad, el 70% apoyaría una intervención pública para controlar los precios y un 84% entendería que el Gobierno no hace lo suficiente ante esta situación. A su vez, resulta llamativo e ilustrativo el desconocimiento general por el que, según la CNMC, solamente un cuarto de los españoles sepa diferenciar una tarifa PVPC de una del mercado libre⁵⁰.

⁵⁰ <https://www.cnmc.es/prensa/cnmc-panel-energ%C3%ADa-20201204>



De esta manera, se da la tormenta perfecta para una importante tensión entre la valoración técnico-experta del riesgo y su percepción social. La diferencia entre ambas es evidente, la opinión técnica es objetiva, informada y se basa en la totalidad de los datos, y la opinión pública en su mayoría es subjetiva, desinformada y se basa en sólo algunos datos sin tener en cuenta el contexto en su conjunto. Tomando el ejemplo de Esteve por su claridad, por mucho que la ciencia establezca que el avión es el medio de transporte más seguro, a la mayoría de la población le seguirá pareciendo el más arriesgado.

El gran problema de la situación descrita reside en su influencia respecto a los gobiernos y autoridades competentes que deben adoptar decisiones regulatorias. Así, éstos pueden tender a adoptar medidas atendiendo a la opinión desinformada y parcialmente irracional de la percepción social, en lugar de atender a la valoración objetiva de los científicos o expertos⁵¹, en una visión electoralista y cortoplacista en lugar de hacia políticas de Estado a largo plazo, como ya adelantamos en el apartado referente a la forma de hacer política energética en España.

⁵¹ Esteve Pardo, J. (2021) págs. 181-182.



8. Conclusiones

1. El acceso y disfrute adecuado de la energía se ha consolidado como un derecho social esencial dentro de la economía social de mercado reinante en la Unión Europea debido a su importancia para toda la cadena de valor y en relación al desarrollo vital de la persona. Su protección y garantía cobra un papel central en el contenido de los instrumentos de planificación de la transición justa del modelo energético, tanto a nivel internacional, como europeo y consecuentemente nacional.
2. La presente crisis en los precios de la electricidad en España y toda Europa se debe fundamentalmente (en un 80%) al aumento del precio del gas y de los derechos de emisión de CO₂. Varios países de la Unión Europea han solicitado una reforma sustancial del mercado eléctrico y la estrategia energética a nivel europeo. Sin embargo, la Comisión sólo está dispuesta a realizar posibles modificaciones en casos excepcionales de emergencia, y entiende que la crisis actual es meramente temporal, por lo que estas intervenciones irían en contra del principio de proporcionalidad.
3. La normativa europea exige la fijación de precios a través del libre mercado y que el mercado mayorista se rija por el criterio marginalista, lo que supone que, aunque las diversas tecnologías oferten a diferentes precios en virtud de su coste de oportunidad, todas obtendrán el mismo precio de casación de mercado.



Resulta contraria al derecho europeo fijar un precio máximo para el mercado mayorista.

4. El sistema marginalista permite unos precios razonables y asequibles siempre que no coincidan una subida importante de la demanda y una restricción notable de la oferta. Este fenómeno provoca picos en los precios por la entrada masiva del gas dentro de la casación en el mercado mayorista, que es exactamente lo que está ocurriendo en estos momentos. Por ello, la respuesta con mejor encaje respecto a la seguridad jurídica de los operadores y el control de precios de cara a los consumidores consiste en mantener el sistema marginalista sin sustituirlo por uno *pay-as-bid*, a la vez que se refuerza la implementación de mecanismos de precios fijos paralelos y complementarios al mercado, como los PPAs o las subastas de energías renovables.
5. No obstante, y como crítica al sistema marginalista, se debe tener en cuenta que, con el gran desarrollo renovable venidero, existe la posibilidad de que recurrentemente se cubra la demanda con tecnologías que ofertan a precio 0€. En caso de que los operadores no fueran capaces de modificar su forma de pujar, el modelo devendría insostenible y sería necesario el cambio al modelo *pay-as-bid*. Como segunda crítica, las plantas hidroeléctricas y nucleares cuentan con una insalvable barrera natural de entrada y potencial limitado, por lo que sería deseable sacarlas del mercado mayorista a fin de lograr una reducción de precios.



6. La tarifa regulada PVPC supone una intervención en el mercado consistente en la fijación de precios según el derecho europeo. Sin embargo, no cumple con los requisitos necesarios para que esta medida excepcional sea legal: (i) se ofrece a consumidores vulnerables pero también a los pequeños consumidores con una potencia contratada menor a 10 KW; (ii) existe de manera consolidada una competencia efectiva entre comercializadores por lo que no se puede ofrecer a consumidores no vulnerables; (iii) no resulta proporcional al no existir ningún requisito de temporalidad (de especial importancia según la más reciente sentencia del TJUE) en relación con el tiempo máximo de disfrute por el consumidor, ni la propia existencia y necesidad de la tarifa en sí misma.
7. El Gobierno ha reaccionado a esta crisis fundamentalmente a través de dos Reales Decretos-ley, el 17/2021 y el 23/2021. En el primero, toma las siguientes medidas: (i) reducción del impuesto especial sobre la electricidad, (ii) limitación de la tarifa de último recurso de gas, provocando una figura denostada por la Unión Europea como es el déficit de tarifa y (iii) un recorte de 2.600 millones de euros a los beneficios caídos del cielo de las renovables, que devolverán al Estado la diferencia entre 50€/MW y el precio que marque el *pool*, sin tener en cuenta que el 90% de su energía se vende en PPAs fijos entre 40€ y 60€, por lo que se les obliga a vender a pérdida en todo caso.



8. En el segundo, corrigen su error respecto a las renovables con efectos retroactivos, al excluir del régimen anterior a todos los PPAs con precio fijo y mantenerlo respecto a los indexados al mercado. Este ejemplo paradigmático ilustra a la perfección la manera de hacer política energética en nuestro país, caracterizado por emplear reales decretos-leyes, normas reglamentarias y *soft law* en orden a evitar al Parlamento y tener la flexibilidad necesaria para realizar cambios bruscos sin verse atados por la normativa anterior. Todo ello tiene efectos catastróficos para la seguridad jurídica de los operadores e inversores, poniendo en serio peligro la transición energética hacia una economía descarbonizada en nuestro país.
9. Las subastas de energías renovables se están consolidando como instrumento financiero que ofrece estabilidad y bancabilidad en orden a la construcción e implantación masiva de nuevas plantas. Hasta la fecha se han celebrado dos, la primera en un clima de tranquilidad regulatoria y la segunda en pleno temporal de cambios normativos para las renovables. Las consecuencias resultan evidentes: la inseguridad jurídica provocó que acudieran menos agentes, que ofertaran menos MW, lo que se tradujo en menos competencia y precios más caros.
10. El Estado garante mantiene sus responsabilidades en relación con la protección de los derechos de los ciudadanos. El instrumento para ello es la regulación, cuya importancia se ha visto revalorizada por la transición entre modelos de Estado y cuyos



principios-límite deben ser respetados de manera rigurosa como expresión de la responsabilidad regulatoria. Dos de los principios más recurrentes en el sector energético son el de no discriminación y el de proporcionalidad.

11. En la crisis de los precios de la electricidad podemos observar que la dimensión objetiva del problema es reducida, debido a la temporalidad de sus causas, el pequeño porcentaje de energía realmente afectada por la subida y el asumible coste económico a soportar por los clientes domésticos. Sin embargo, la percepción social subjetiva de la gran mayoría ciudadana, basada en el desconocimiento, sobredimensiona el problema y exige al Gobierno medidas más intervencionistas sobre el mercado. Esta tensión entre la valoración técnico-experta del riesgo y su percepción social conlleva un gran peligro: los organismos competentes en la toma de decisiones regulatorias pueden tender a adoptar medidas atendiendo a la opinión desinformada y parcialmente irracional de la percepción social, en lugar de atender a la valoración objetiva de los científicos o expertos, en una visión electoralista y cortoplacista en lugar de hacia políticas de Estado a largo plazo.



1. BIBLIOGRAFÍA

Anguino, J. M. (2018) "Blockchain: fundamentos y perspectiva jurídica. De la confianza al consenso", Diario La Ley, Núm. 18, págs. 1-18.

Agosti, L., A. Padilla, J. y Requejo, A. (2007) "*El mercado de generación eléctrica en España estructura, funcionamiento y resultados*". Economía industrial.

Ariño Ortiz, G. y Del Guayo Castiella, I. (2017) "*¿Qué fue de los principios inspiradores de la liberalización energética, veinte años después de su iniciación?*" Cuadernos de Energía, nº 53, págs. 35-42.

Bacigalupo Saggese, M. (2020) "*Cambios normativos y litigiosidad en el ámbito de la regulación española de las energías renovables: estado de la situación*" en Nuevos retos del Estado garante en el sector energético, págs. 103-114.

- https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/precios-electricidad-regulacion-europea-no_1_1208817.html

Bambara, J. y Allen, P.R., (2018) "*Blockchain. A Practical Guide to Developing Business, Law, and Technology Solutions*", New York, McGraw-Hill.

Caballero Sánchez, R. (2020) "*El bono social eléctrico: ¿quién tiene que costear las obligaciones de servicio público en los sectores regulados?*" en Nuevos retos del



Estado garante en el sector energético, Marcial Pons, págs. 149-190.

Esteve Pardo, J. (2016) "*Los servicios de interés general en el tránsito del Estado prestacional al Estado garante*" en Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos, Tirant lo Blanch, págs. 19-48.

- (2020) "*Del Estado prestacional al Estado garante. La evolución regulatoria de los servicios de interés general*" en Nuevos retos del Estado garante en el sector energético, Marcial Pons, págs. 37-55.
- (2021) "*Principios de Derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*". Marcial Pons.

Fabra, N. (2014) "*Funcionamiento y diseño de los mercados eléctricos ¿qué nos enseña la teoría de juegos?*". Economía industrial, nº 393, (Ejemplar dedicado a: Aplicaciones de la teoría de juegos a la economía industrial), págs. 25-32.

Fabra Portela, N. y Fabra Utray, J. (2009) "*Un diseño de mercado para el sector eléctrico español*". Papeles de economía española, nº 121, págs. 141-158.

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, ISSN-e 1989-5666, nº.103 (Julio), páginas 99-128.

Fernández-Espinar López, L. C. (2021) *"El régimen jurídico de la transición justa energética y los derechos sociales derivados de sus objetivos económicos y ambientales en el marco del nuevo modelo de Estado"*. Derecho y energías renovables, Aranzadi, págs. 543-626.

Flores Jimeno, M. y Santos Cebrián, M. (2015) *"El mercado eléctrico en España: la convivencia de un monopolio natural y el libre mercado"*. Revista Europea de Derechos fundamentales, primer semestre 2015: 25, págs. 257-297.

Gregoraci Fernández, B. (2020) *"El impacto del Covid-19 en el derecho de contratos español"*. Anuario de Derecho Civil, Vol. 73 nº 2, págs. 455-490.

Informe del Banco de España (2021) *"El papel del coste de los derechos de emisión de CO2 y del encarecimiento del gas en la evolución reciente de los precios minoristas de la electricidad en España"*. Matías Pacce, Isabel Sánchez y Marta Suárez-Varela. Agosto 2021.

Informe del Consejo de reguladores del MIBEL (2009) *"Descripción del funcionamiento del MIBEL"*.

Jiménez-Blanco, A. (2020) *"Complejidad normativa para la transición energética en España"*, en Henry Jiménez, Marisol Luna, Florian Huber (ed.) Crisis climática,



transición energética y derechos humanos, vol. 2, págs. 281-304.

Lavilla Rubira, J. J. (2009) "*El déficit tarifario en el sector eléctrico*". Derecho de la competencia y energía eléctrica, págs. 364-398. Civitas.

López de Castro García Morato, L. (2019) "*Actividades de prestación: ayudas públicas, servicios públicos y servicios de interés económico general. Iniciativa pública económica*" en Régimen jurídico de la actuación administrativa, Vol. II, Aranzadi, págs. 295-235.

López-Jurado Escribano, F.B. (2020) "*Las responsabilidades estatales en los mercados y precios de la electricidad*", en Nuevos retos del Estado garante en el sector energético, págs. 58-82.

Medina, S. y Rams Ramos, L. (2009) "*Las ayudas públicas en el sector eléctrico: el déficit tarifario*". Derecho de la competencia y energía eléctrica, págs. 341-361. Civitas.

Muriel Patino, M. V. y Rodríguez López, F. (2020) "*El fin social del contrato en tiempos de crisis: una aportación al debate pacta sunt servanda vs. rebus sic stantibus desde el análisis económico del derecho*" en Luquin Bergareche, R. (dir.) Covid-19: conflictos jurídicos y desafíos, Wolters Kluwer, págs. 697-714.

Porta Prego, B. (2020) "*La lucha contra la pobreza energética: ¿Un Estado social sin Administración?*" en



Nuevos retos del Estado garante en el sector energético, Marcial Pons, págs.191-207.

Rosa Moreno, J. (2021) "*Algunas claves jurídicas de la transición energética renovable*". Derecho y energías renovables, Aranzadi, págs. 43-130.

The Economist (2017) "*Clean energy's dirty secret*", número 25 de febrero - 3 de marzo 2017, págs. 9-18.

Valencia Martín, G. (2021) "*Transición justa*". Derecho y energías renovables, Aranzadi, págs. 131-222.

World Energy Outlook (2021) de la International Energy Agency (IEA). Octubre 2021.



MARCO LEGAL DE LAS ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY, REMISIONES CONDICIONALES ILEGALES Y ERRORES JURÍDICOS DE JUZGADOS

D. Salvador Moreno Soldado

Asesor Jurídico en la Delegación Provincial de la
Consejería de Desarrollo Sostenible de Castilla-La
Mancha en Albacete.

Resumen: Análisis jurídico del marco legal de las electrocuciones de avifauna. Vulneración del principio de reserva de Ley por el Real Decreto 1432/2008. Remisiones condicionales ilegales insertas en el mismo. Errores judiciales. No cabe financiación que suspenda el cumplimiento de obligaciones legales.

Abstract: Legal analysis of the legal framework of bird electrocutions. Violation of the principle of legal reserve by Royal Decree 1432/2008. Illegal conditional remissions inserted in it. Judicial errors. There is no financing that suspends compliance with legal obligations.



Palabras Clave: Tendidos eléctricos. Avifauna. Electrocuación. Responsabilidad Medioambiental. Sector Eléctrico. Principio de reserva de ley. Remisiones condiciones ilegales. Real Decreto 1432/2008.

Keywords: Power lines. Birdlife. Electrocutation. Environmental Responsibility. Electric Sector. Principle of reserve of law. Referrals illegal conditions. Royal Decree 1432/2008.

Sumario:

- 1. - El marco legal principal sobre electrocuación de avifauna no es el Real Decreto 1432/2008.**
- 2.- Aplicabilidad de las normas con rango legal.**
- 3. - Las "Zonas de Protección" sólo pueden entenderse como zonas a priorizar.**
- 4. - Errores jurídicos interpretativos de las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso de Barcelona.**
- 5. - No cabe financiación por el cumplimiento de obligaciones legales.**



1. - EL MARCO LEGAL PRINCIPAL SOBRE ELECTROCUCIÓN DE AVIFAUNA NO ES EL REAL DECRETO 1432/2008

El **artículo 45.2 CE** obliga a los poderes públicos a proteger, defender y restaurar el medio ambiente; y el primer párrafo del **artículo 54.1 de la Ley 42/2007** de Patrimonio Natural y Biodiversidad establece que: *“La Administración General del Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán las medidas necesarias para **garantizar la conservación de la biodiversidad** que vive en estado silvestre, atendiendo preferentemente a la preservación de sus hábitats ...”*. La adopción de apropiadas medidas no es facultativa para el Gobierno; y se vincula a la necesidad de garantizar la conservación de la biodiversidad; siendo este precepto adecuada transposición del artículo 2.1 de la Directiva 92/43/CEE de Hábitats; por lo que la Administración debe atender al **efecto útil** de la Directiva y al **principio de efectividad** (V. gr. STJUE de 17/04/2018, Gran Sala, Apartados 215 y 256 en Asunto C-441/17) con adecuado desarrollo reglamentario respecto de la protección de la avifauna y, llegado el caso, respecto de la reparación del daño causado en cuanto a las previsiones del artículo 45.3 de la CE de 1978 y a los artículos 79.2 y 79.3 de la Ley 42/2007.

Después de 30 años de vigencia de los **artículos 9 y 10 de la Ley 21/1992 de Industria** y de más de 15 años de vigencia de la **Ley 26/2007 y del actual artículo 54.1 de la Ley 42/2007**, y tras 8 años de vigencia de



la Disposición Adicional Undécima del Real Decreto 1955/2000, se aprueba **el Real decreto 1432/2008; el cual se trata de una norma con evidentes errores y múltiples carencias**; como las siguientes: **1)** las del artículo 6 en cuanto a la insuficiente configuración de **medidas y soluciones técnico-eléctricas apropiadas que garanticen la protección de avifauna** frente al riesgo de electrocución y colisión (sobre éstas últimas, por ejemplo, las refiere como de carácter voluntario en el artículo 3.2); **2)** porque desarrolla un iter procedimental (artículos 4 y 5) con la designación de Zonas de Protección y posterior publicación de listados de líneas peligrosas, que contradice la **obligación de actuar de forma inmediata** y por propia iniciativa del operador económico y profesional conforme al artículo 17 de la Ley 26/2007 (norma que no menciona siquiera el Real Decreto 1432/2008 y a la que contradice abiertamente), lo que sería acorde con el clásico principio jurisprudencial de *diligencia profesional máxima*; **3)** porque **crea la apariencia legal de que las aves no están protegidas fuera de las Zonas de Protección** del artículo 4, suponiendo ello en la práctica administrativa la inaplicación de sanciones por la Administración fuera de esas zonas por muertes de aves, sin tener en cuenta que **lo que es objeto de protección son las aves en sí mismas, estén donde estén, y no tales "Zonas de Protección"**, pues entender otra cosa es **desconstitucionalizar el mandato de protección del medioambiente del artículo 45 CE**; **4)** porque crea la **falsa apariencia jurídica de que la protección de las aves no es una cuestión de seguridad industrial** al no referir expresamente en el artículo 10 del mismo que



también es aplicable el régimen sancionador de la Ley 21/1992, y tampoco se concretan expresamente las Leyes 42/2007 y 26/2007; **5)** porque **crea la apariencia legal de que hasta tanto no esté completado el desarrollo normativo** de los artículos 4 y 5 **no existen obligaciones legales** de prevención, vulnerando así el **principio de reserva de Ley, y también el principio de jerarquía normativa** y el artículo 17 de la Ley 26/2007 y los artículos 9 y 10 de la Ley 21/1992 de Industria; **6)** porque entra en manifiesta confrontación con la redacción del artículo 115.3 del Real Decreto 1955/2000 y del artículo 17.1 y el Apartado 4 de la ITC-LAT 09 del Real Decreto 223/2008 en cuanto que el artículo 8 y el apartado 2 de la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 1432/2008 refieren (se deduce que siempre con la redacción del Real Decreto 1432/2008) la necesidad de presentar proyecto, no siendo ello cierto pues **no es necesario presentar tal "proyecto" cuando se trate de modificaciones no sustanciales (artículo 115.3 del Real Decreto 1955/2000)**, bastando una simple memoria técnica a posteriori, pues se trata de **adecuar sólo las crucetas** de los apoyos (la parte de arriba), separar el cableado (las fases), eliminar aisladores rígidos pasándolos a suspendidos, y dotar de materiales siliconados de aislamiento a las grapas de amarre en apoyos de suspensión como en los apoyos de amarre, así como a las fases laterales en las crucetas de bóveda y los conectores de puentes y de partes de la aparamenta "*en tensión eléctrica*", como serían los seccionadores XS y los seccionadores unipolares y tripolares; **7)** porque no contempla **apropiadas soluciones técnicas** cuando coinciden en un mismo apoyo eléctrico un transformador



bajo el cableado así como válvulas o autoválvulas, como sería, por ejemplo, lo lógico, disponer esos elementos en lados distintos bajo la cruceta del apoyo; **8)** también por no contemplar el artículo 6 y el artículo 7 el empleo de las más avanzadas y mejores soluciones técnicas existentes en el mercado, como el empleo de discos anti-deyección y/o materiales poliméricos en lugar de aisladores de vidrio o cerámicos, **9)** Además, el apartado e) del artículo 6 no distingue entre alargaderas metálicas y alargaderas poliméricas. Mientras las primeras "hacen masa" y no deben computarse como distancia de seguridad aislada, las poliméricas son totalmente seguras, no "hacen masa" y están aisladas íntegramente. **10)** No respeta tampoco el Real Decreto 1432/2008 el principio *quien contamina paga*; vulnerando de nuevo el artículo 17 de la Ley 26/2007 al establecer la Disposición Adicional Única un plazo de actuación de dos años para la ejecución de adecuaciones de avifauna; siendo contrario al **principio de reserva de Ley al Establecer una remisión condicional (suspensión de obligaciones legales) en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales del artículo 45 CE y de rango legal** de protección del medioambiente **en el último párrafo del punto 2 de su Disposición Transitoria Única** hasta tanto exista un 100% de financiación pública conforme a su **Disposición Adicional Única**; **11)** y, finalmente, porque vulnera también el **principio de reserva de ley en relación con el principio de legalidad presupuestaria** (artículo 134.1 CE) en cuanto que el Gobierno parece que se auto atribuye la posibilidad de aprobar los presupuestos necesarios para financiar íntegramente y en el plazo de cinco años la adecuación



de las líneas eléctricas, cuando resulta ser sólo quien elabora los presupuestos cada año y los remite a las Cortes Generales para su aprobación, y no se encuentra en la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural, ni en la Ley 21/1992 de Industria ni en la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, habilitación legal clara y suficiente ninguna que permita la aprobación de la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1432/2008. Y, además, **ni la Ley 26/2007** de Responsabilidad Medioambiental **ni la Ley 21/1992** de Industria **excluyen ningún territorio** de su ámbito de aplicación; como sí aparenta hacer el Real Decreto 1432/2008.

La **Sentencia nº 1215/2021**, de 7 de octubre, del Tribunal Supremo (**Recurso nº 202/2020**, Ident. Cendoj: 28079130032021100167) trata sobre la problemática de las electrocuciones de aves protegidas en las líneas eléctricas, y en su Fundamento de Derecho Sexto, el Tribunal Supremo asume **la aplicabilidad del artículo 17 de la Ley 26/2007** de Responsabilidad Medioambiental y de los **artículos 9 y 10 de la Ley 21/1992 de Industria** (**ninguna de las dos excluye territorios**); en los cuales se regulan las obligaciones ambientales de prevención del riesgo de electrocución de avifauna, en cuanto que **las electrocuciones (y colisiones) de aves son susceptibles de producirse "en cualquier momento" puesto que "siempre suponen un riesgo"** en cuanto que las líneas eléctricas carezcan de adecuadas medidas antielectrocución y anticolidión, **independientemente de que la línea eléctrica se encuentre dentro o fuera de las Zonas**



de Protección definidas por el artículo 4 del Real Decreto 1432/2008.

En este sentido, existe una **abierta contradicción, generadora de inseguridad jurídica, porque el Real Decreto crea la apariencia jurídica de que las aves no están protegidas fuera de las llamadas Zonas de Protección.** Así, la **falta en el Real Decreto 1432/2008 de toda referencia a normativa tan importante como es la Ley 26/2007** de Responsabilidad Medioambiental supone un incumplimiento del principio de seguridad jurídica en el sentido expuesto en el **artículo 129.4 de la Ley 39/2015**, pues no resulta coherente ni justificado tal ausencia.

Sin embargo, con el **Real Decreto 1432/2008 no puede entenderse bajo ningún concepto que al amparo de este reglamento contrario a derecho pueda estar permitido y sea en modo ninguno legal causar la muerte de especies protegidas,** quedando impune una conducta de pasividad ante la tragedia ambiental que supone la muerte de más de 100.000 aves rapaces anuales en las líneas eléctricas en España; ello tanto por el artículo 45 de la Constitución Española como por las Directivas Europeas de Aves, Hábitats y de Responsabilidad Medioambiental y hasta por la Directiva de protección penal del medioambiente.



2. - APLICABILIDAD DE LAS NORMAS CON RANGO LEGAL.

Un importante número de leyes inciden en la necesidad de **garantizar** la conservación de las especies amenazadas y establecen **obligaciones legales claras de prevención y evitación de daños medioambientales por el riesgo de electrocución de fauna**: la **Ley 42/2007** de Patrimonio Natural y Biodiversidad (artículo 54.1); la **Ley 26/2007** (artículos 9, 17.1, 17.2, 19.2, 18 y 21) de Responsabilidad Medioambiental; la **Ley 24/2013** del Sector Eléctrico [(exposición de motivos y artículos 4.3.g); 40.2.r) y **53.9**]; la **Ley 21/1992** de Industria (**artículos 9** y 10); y el artículo 2.d) de la **Ley 21/2013** de Evaluación de Impacto Ambiental. El cumplimiento de estas obligaciones de prevención y evitación de daños ambientales, por expresa disposición legal, debe ser asumido por **quienes generen esas actividades de riesgo, los cuales deben asumir esa responsabilidad** en base al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (quien contamina paga), la Directiva de Responsabilidad Medioambiental (artículo 8.1) y la Ley de Responsabilidad Medioambiental.

En la propia exposición de motivos de la Ley 26/2007 se refiere que: *“El capítulo VI se ocupa de las disposiciones de naturaleza procedimental. **La obligación de adoptar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de los daños medioambientales EMANA DIRECTAMENTE DE LA APLICACIÓN DE LA LEY**”.*



En este sentido, la **literalidad del artículo 17 de la Ley 26/2007** es clarísima:

Artículo 17. Obligaciones del operador en materia de prevención y de evitación de nuevos daños.

1. **Ante una amenaza inminente de daños medioambientales** originada por cualquier actividad económica o profesional, el operador de dicha actividad tiene **el deber de adoptar sin demora y sin necesidad de advertencia, de requerimiento o de acto administrativo previo las medidas preventivas apropiadas.**

2. Asimismo, **cuando se hayan producido daños medioambientales** causados por cualquier actividad económica o profesional, el operador de tal actividad **tiene el deber de adoptar en los mismos términos las medidas apropiadas de evitación de nuevos daños,** con independencia de que esté o no sujeto a la obligación de adoptar medidas de reparación por aplicación de lo dispuesto en esta ley.

4. **Los operadores pondrán en conocimiento inmediato de la autoridad competente todos los aspectos relativos a los daños medioambientales o a la amenaza de tales daños,** según lo dispuesto en el artículo 9.2, así como las medidas de prevención y evitación adoptadas

Como decimos, el legislador ha dispuesto que sea el propio operador el que conozca su actividad y prevenga



las amenazas y evite los daños ambientales sin que sea necesario ninguna comunicación previa de la Administración, ni requiriendo ni advirtiendo ni dictando resolución ninguna.

Por ello, **la inmediatez** con la que ha de actuarse y corregirse una línea eléctrica peligrosa **ni siquiera requiere del establecimiento de una norma reglamentaria que fije priorización de territorios** ya que la norma exige "inmediatez" y no postergar durante años la corrección de las líneas eléctricas; sin que pueda pasarse por alto que esta Ley lleva 15 años incumpléndose y que hace ya muchos años que la problemática de las electrocuciones de aves debiera haber sido resuelta, en lugar de establecer zonas de protección en un reglamento que parece, y no puede entenderse así, que deja a las aves desprotegidas fuera de las mismas, y que da un plazo de 5 años para adecuar las líneas dentro de esas zonas.

A este respecto del artículo 17 de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental que transpone a derecho interno el contenido de la Directiva 2004/35/CE tiene un alcance que no se sujeta a restricciones temporales por virtud de autorizaciones concedidas en su día. Así, en la **Sentencia de 01/06/2017 del TJUE (asunto C-529/15)** se expone que **la Directiva es aplicable *ratione temporis* (retroactivamente)** para actividades e instalaciones actuales) respecto de los daños causados en la actualidad por la explotación de



una **instalación incluso autorizada** antes de la entrada en vigor de la misma.

También debemos traer a colación, por ser perfectamente aplicable al caso presente, el **Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22/11/2004** (Id Cendoj: 28079130052004100559, nº Rec. 174/2002), en la que se dice lo que sigue: "*...el principio expresado en la fórmula "**quien contamina paga**", tiene una **proyección objetiva** que se manifiesta en la necesidad de que quien desarrolle una actividad que inevitablemente ocasione un efecto contaminante **se haga cargo, como contrapartida de los beneficios que obtiene por su ejercicio, de la reparación de los perjuicios derivados** de la contaminación producida. En este caso se trata de unos perjuicios que no derivan del funcionamiento regular de la empresa sino de unos **daños causados por culpa o negligencia cuya reparación puede reclamar la Administración** conforme a lo previsto en el citado precepto de la Ley de Aguas y en el artículo 1902 del Código Civil. Esto supuesto, ha de advertirse a continuación que **la diligencia exigible a quien ejerce una actividad generadora de un riesgo está en proporción a la gravedad de los riesgos creados**, de tal modo que **tanto mayor será la diligencia exigible cuanto mayor sea el riesgo creado** y que en el caso presente, BOLIDEN APIRSA, S.L. estaba obligada a observar **la máxima diligencia tanto en la construcción como el mantenimiento** de la balsa de residuos mineros de Aznalcóllar habida cuenta que su rotura era susceptible*



de causar unos efectos tan devastadores como los que efectivamente se produjeron”.

3. - LAS “ZONAS DE PROTECCIÓN” SÓLO PUEDEN ENTENDERSE COMO ZONAS A PRIORIZAR.

Tal y como ya hemos referido, **la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1215/2021** expone que las electrocuciones se pueden producir en cualquier momento y en cualquier parte del territorio, tanto dentro como fuera de las llamadas Zonas de Protección; es decir, en todo el territorio español.

Sin embargo, **el cumplimiento de las obligaciones legales de protección de las aves insertas en normas de rango legal (leyes) no admite limitaciones por un Real Decreto (reglamento)**. Es el legislador únicamente quien está facultado para decidir, en términos políticos, lo que la ley debe decir y no puede el poder ejecutivo recortar obligaciones con una norma con rango reglamentario. Y en el presente caso, tanto el artículo 17 de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental como los artículos 9 y 10 de la Ley 21/1992 **NO** excluyen de obligaciones en ninguna parte del territorio nacional (ni tampoco la Ley 42/2007 ni la Ley 24/2013), pues son leyes generales que no han de moderarse ni admiten excepciones conforme al mandato constitucional del artículo 45 de la Constitución Española. Además, la proporcionalidad no



es tampoco una cuestión que permita eximir ni reducir el cumplimiento de obligaciones legales inserto en normas con rango de Ley.

No es ésta una cuestión de zonas de protección y zonas no protegidas sino de especies protegidas, estén donde estén las mismas; dado que son las especies animales por sí mismas las que son objeto de protección por la Ley. En este mismo sentido, se ha emitido **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11/06/2020 en asunto C-88/19: “la protección de las especies animales no puede limitarse a los lugares protegidos”**; e, igualmente así se deduce de la Sentencia n.º 1215/2021 de la propia Sala del Tribunal Supremo.

Así, **ningún efecto jurídico constitutivo de obligaciones deviene de la aprobación o de la ampliación de las zonas de protección que aprueban las Comunidades Autónomas en desarrollo del artículo 5 del Real Decreto 1432/2008**. Como hemos referido, es la propia Ley 26/2007 en su exposición de motivos la que establece las obligaciones que emanan directamente de la Ley.

Por ello, **con la aprobación de las Zonas de Protección y con la consiguiente posterior publicación de los Listados de líneas eléctricas peligrosas, a partir de la nueva ampliación de Zonas de Protección, no puede deducirse ningún efecto constitutivo de**



<http://gabilex.castillalamancha.es>

obligaciones que no preexistieran ya antes; siendo lo relevante que se han declarado ciertas zonas como prioritarias de corrección y que **no puede un Reglamento o una Resolución condicionar el cumplimiento de obligaciones legales insertas en normas con rango de Ley al hecho de se haya identificado o no una concreta línea eléctrica afectada por las Zonas** en ese Listado o Inventario.

Por tanto, **que una línea eléctrica esté o no en el ámbito del Real Decreto 1432/2008 no exime a la titular de la misma de su obligación de implementar las medidas apropiadas** a los efectos de prevención y evitación de nuevos daños ambientales por causa de la electrocución como consecuencia del principio de jerarquía normativa; siendo tales **daños ambientales**, además, **antijurídicos** para el medioambiente, y ocupando el titular de la línea eléctrica una **posición de garante legal de la protección de las aves**.

En ningún caso se puede entender que se puede causar impunemente y sin ningún reproche jurídico la muerte de un ave protegida con la electrocución, **tanto si es dentro como si es fuera de las zonas de protección del Real Decreto, y tanto si se trata o no de las líneas eléctricas identificadas** como que no se ajustan a las prescripciones técnicas establecidas en el Real decreto 1432/2008.



Es más, si la línea estando en parte o en su totalidad en zonas de protección **no fue ya identificada como tal ante la Administración habrá sido porque las propias empresas distribuidoras, por error, negligencia, omisión o dolo ocultarían tal información**, pues las resoluciones aprobadas por las Comunidades Autónomas se han hecho con la información que se pidió a las propias empresas eléctricas. Y si no hubiera sido incluida alguna línea eléctrica en una actualización posterior tal ausencia, igualmente, sólo sería imputable a las empresas eléctricas distribuidoras, ya que no ha sido nunca regulado ni ha existido nunca un Registro de inscripción de líneas eléctricas del que la Dirección General competente en Industria pudiera extraer y deducir qué líneas estarían afectadas por esas zonas de protección aprobadas.

Por otro lado, en un procedimiento sancionador por avifauna electrocutada en líneas eléctricas, las tipificaciones a tener en cuenta son las de la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural, o la normativa autonómica correspondiente. Es decir, la infracción tipificada es la muerte del ave. **No se tipifica ni se sanciona al titular de una línea eléctrica por incumplir el Real Decreto 1432/2008. Esa no es la tipicidad.** La conducta infractora deviene **por no haber llevado a cabo la adecuación del tendido eléctrico conforme a** las obligaciones de rango legal previstas en el artículo 17 de la **Ley 26/2007 y a** los artículos 9 y 10 de la **Ley 21/1992** de Industria, **causando con ello la muerte del animal (tipicidad) estando ello prohibido**



(antijuridicidad), habiendo permaneciendo en situación de pasividad (culpabilidad) o a la espera de financiación. De modo que el legislador español cierra el círculo de la tradicional responsabilidad subjetiva añadiendo a los requisitos de subjetividad (dolo, culpa o negligencia) los deberes legales de prevenir, tomando previo conocimiento por sí mismo de los riesgos ambientales que su actividad genere; y después exigiendo el uso de las mejores soluciones técnicas disponibles para evitar nuevos daños ambientales. Y ya hemos dicho que estos deberes legales de responsabilidad medioambiental, conforme a la exposición de motivos de la propia Ley 26/2007, emanan directamente de la propia Ley; sin más necesidad de desarrollo reglamentario.

Por otro lado, **las muertes de aves en las líneas eléctricas no pueden nunca considerarse "accidentes"**, como las llama el Real Decreto 1432/2008, **dado que son sucesos perfectamente previsibles**, atendiendo a la tipología peligrosa de las crucetas de los apoyos, además de ser **perfectamente evitables** dotando a las mismas de medidas correctivas proactivamente por parte del operador económico, y **sin necesidad de ningún requerimiento** previo por parte de la Administración, pues conforme al artículo 17 de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental (avalada por la STS n.º 1215/2021 en Recurso n.º 202/2020) suponen siempre un peligro inminente y constante en cualquier parte del territorio.



Conforme a lo anterior, tampoco puede considerarse válidos y conforme con la legalidad vigente los **distintos Convenios** suscritos por distintas empresas eléctricas que las Comunidades Autónomas, pues **el cumplimiento de obligaciones legales no es una cuestión de buena voluntad** por parte del administrado ni puede ser objeto de Convenio ni el contenido del Convenio puede condicionar la previa existencia de financiación para suspender el cumplimiento de obligaciones legales.

No podemos olvidar que se debió haber empezado a adecuar las líneas eléctricas y a cumplir la Ley 21/1992 de Industria hace ya 30 años; y las Leyes 42 y 26/2007 hace ya 17 años; tiempo éste en que los esfuerzos por cumplir con sus obligaciones fueron escasísimos en comparación con las inversiones que debiera haber hecho, y a la vista de que **es notorio que se trata de un sector empresarial con muy altos beneficios netos**, que se dice pronto, así como que anuncia año tras año récords de beneficios para los próximos años.

Pero es que, además de permanecer en situación de pasividad los titulares de líneas eléctricas **a la espera de recibir financiación pública, serían estos quienes optan y deciden esperar a que se lo pague el Estado**. Nada les impedía haber actuado con la **inmediatez** necesaria para evitar la muerte del animal objeto de un procedimiento sancionador asumiendo los costes de adecuación de la línea eléctrica, pues eso es lo que se establece en los apartados 1 y 2 del artículo 17



de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental, debiendo llevar a cabo por su propia iniciativa y sin necesidad de requerimientos de la administración, y asumiendo el coste de la inversión, la supresión de la amenaza inminente del daño ambiental, así como la evitación de nuevos daños ambientales.

Que la Administración convoque y otorgue financiación no ha sido un impedimento ni un inconveniente para haber evitado por sus propios medios la muerte del animal. Es el titular de la línea quien decide esperar a que se lo financie la Administración y quien asume, en plena consciencia, el riesgo patente e inminente de que pudiera haber una electrocución, lo que sería reprochable a dicho titular.

Que exista o no una convocatoria pública de subvenciones no exime durante su tramitación del cumplimiento de las obligaciones legales a las empresas titulares de líneas eléctricas. No es éste un periodo en donde dar muerte a avifauna esté permitido y sea excusable porque se tenga un derecho a obtener una subvención. En este sentido, **el incumplimiento de la Ley con resultado de muerte de un ave protegida no puede verse eximido de culpabilidad porque se tenga derecho a una subvención; máxime cuando es la titular de la línea eléctrica quien toma la decisión de esperar a que la Administración lo financie, y quién decide asumir el riesgo de que suceda una electrocución.** Es decir, que debe aplicarse el principio "*ubi commodó, ibi incommodó*"; es decir, que



quien se aprovecha o saca beneficio de una cosa está obligado a aguantar o cargar también con los inconvenientes; o, también se podría decir: donde está la ventaja está el inconveniente. SAP Barcelona nº 484/2019, 13 de mayo de 2019.

4. - ERRORES JURÍDICOS INTERPRETATIVOS DE LAS SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO DE BARCELONA.

Consideramos muy conveniente realizar aquí un análisis jurídico, por ejemplo, del Fundamento de Derecho Tercero de la **Sentencia n.º 122/2022 del Juzgado n.º 10 de Barcelona** en el que se contienen los antecedentes normativos en los que se basa el Juzgado para llegar a una **conclusión patentemente errónea**; señalándose la Ley 42/2007, el Real Decreto 1432/2008, la Resolución MAH/3627/2010 de delimitación de zonas de protección de avifauna, la Resolución AAM/1061/2013 de determinación de líneas, el Real Decreto 264/2017, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11/10/2019, la Resolución de 02/11/2020 de concesión de subvención a E-Distribución, y el Convenio de 06/08/2020 de la Generalitat de Catalunya con la empresa distribuidora. **La Sentencia n.º 122/2022 del Juzgado n.º 10 de Barcelona**, en cuanto **analiza la aplicabilidad del principio de jerarquía normativa**, expone que el **Real Decreto 1432/2008** desarrolla la Ley 42/2007. Sin embargo, estamos ante un supuesto de **desarrollo reglamentario evidentemente irregular**, que excede el ámbito del contenido que puede desarrollar un



Reglamento y que es contrario a principios básicos de derecho y a la legislación vigente; y también, incluso, es contrario al artículo 45 de la Constitución Española, a la doctrina del Tribunal Supremo y a las Leyes estatales 42/2007, 21/1992, 24/2013, 26/2007 así como a las Directivas Europeas de Aves, de Hábitats, de Responsabilidad Medioambiental; y también de forma contraria al principio quien contamina paga inserto en el artículo 192.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Así, el **artículo 17.1 de la Ley 26/2007** extiende los deberes de prevención [con amenaza inminente u otra amenaza sin ese carácter si ya hay un daño previo] y de evitación de nuevos daños a todos los operadores económicos y profesionales de cualquier actividad; fija un sistema de responsabilidad basado en el cumplimiento de unas obligaciones legales de carácter preventivo y atribuye a los operadores **el deber de conocer los daños ambientales que su actividad genere para prevenir las amenazas y para evitar nuevos daños.**

Este aspecto pasa totalmente desapercibido, por ejemplo, en **la Sentencia n.º 180-2022, de 6 de octubre de 2022 del JCA N.º 6 (PA 144/2021 – F) de Barcelona** cuando expone que *“la conducta no se consideraría sancionable, al haber llevado a cabo la actora una interpretación razonable de la norma, sin que conste que hubiera recibido requerimientos previos de proceder a la ejecución de los proyectos”*.



Como decíamos, **no se señalan en ese Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia n.º 122/2022 aplicables el principio de jerarquía normativa** (aunque sí lo alegó la propia distribuidora, junto a la doctrina de los actos propios, y otros alegatos, y parece que también la Generalitat) **ni tampoco el principio de reserva de Ley**. Y es en estos dos aspectos en concreto donde dicha Sentencia yerra; dicho sea con todos los respetos.

El artículo 128 de la Ley 39/2015 regula la potestad reglamentaria, atribuyendo su ejercicio al Gobierno y a las Comunidades Autónomas; estableciendo que **Reglamentos y disposiciones administrativas no pueden vulnerar lo establecido en la Constitución**; ajustándose éstas al orden de jerarquía que establezcan las leyes. **Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior**. Estos **principios generales del derecho son el fundamento de las normas** además de auténticos mandatos legales. Son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, conjuntos normativos y del propio derecho como totalidad; y se utilizan para interpretar las normas jurídicas cuya aplicación resulte dudosa.

El **principio de jerarquía normativa impone una prioridad de unos tipos de norma sobre otras**, de manera que quedan estructurados en una cadena o



escala a la que se gráficamente se suele denominar **vertical**, lo que vincula la *validez jurídica* de la norma de inferior rango, pues éste es el que otorga diversa fuerza en función del poder normativo (legislativo o ejecutivo) del que proviene. Por ello, es el entero Ordenamiento, en un Estado democrático como el nuestro (**art. 1.1 CE**), el que determina que la jerarquía normativa no sólo está al servicio de lo democrático, sino igualmente de **la Constitución como mecanismo restrictivo del ejercicio del poder del Ejecutivo respecto del poder Legislativo**. Así pues, existe prevalencia de unas normas sobre otras.

En el Ordenamiento jurídico español cabe citar los siguientes de carácter general: el **art. 9.3 de la Constitución**, que proclama dicho principio de forma explícita y el **art. 1.2 del Código Civil**, que dice que *"carecen de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior"*.

La **primacía de la Constitución** sobre las demás normas está expresada en el **art. 9.1 CE**. (al disponer que los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico); y, en el art. 161 y ss. (al preverse un control de la constitucionalidad de las normas con rango de Ley, que implica que éstas están subordinadas a la Constitución).

La prioridad de las normas con rango de Ley sobre las normas reglamentarias se recoge implícitamente en los



arts. 103.1 (sometimiento pleno a la Ley de la actividad administrativa) **y 106 CE (control por los Tribunales de la legalidad de la actuación administrativa y de la potestad reglamentaria)** y explícitamente en el **art. 23.2 de la Ley 50/1997**, del Gobierno y en el **artículo 128.2 de la Ley 39/2015**: “**Los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, exacciones parafiscales u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público**); y en el **artículo 128.3 de la Ley 39/2015** que consigna que “*Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes*”.

Por otro lado, es necesario precisar que la jerarquía tan sólo opera entre normas con un ámbito de regulación material o espacial que sea al menos parcialmente coincidente, porque en otro caso será aplicable el principio de especialidad normativa (*lex specialis*) o **el principio de competencia normativa**. En este sentido, **la aplicabilidad de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental** y de la Ley 21/1992 de Industria no deja lugar a dudas tras la



Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1215/2021
(Rec 202/2020), Sala de lo Contencioso.

En este sentido, al acogerse las tesis interpretativas de la empresa eléctrica demandante, se evidencia **error del Juzgado n.º 10 de Barcelona al no inaplicar un reglamento ilegal** por vulneración del principio de reserva de ley y del principio de jerarquía normativa tanto desde el **punto de vista formal, por incompetencia del Gobierno al regular (artículo 128.2 de la Ley 39/2015) contra legem condicionando el cumplimiento de las obligaciones con rango de ley de preservación de la avifauna hasta tanto exista financiación** del Real Decreto 1432/2008: inciso final de la Disposición Transitoria Única, punto 2: *“La ejecución del proyecto dependerá de la disponibilidad de la financiación prevista en el Plan de inversiones de la disposición adicional única”*), como **también desde un punto de vista material** (por ser el Real Decreto 1432/2008 incompatible y antinómico con respecto de las Leyes señaladas; además de que **el Gobierno sólo elabora el proyecto de la Ley de Presupuestos** Generales del Estado pero su aprobación corresponde a las Cortes Generales (principio de legalidad presupuestaria); **sin que pueda el Gobierno dejar en suspenso todo el marco normativo de protección ambiental señalado** que garantiza la protección de las aves por vía de lo dispuesto en el inciso final de la Disposición Transitoria Única, punto 2 del Real Decreto 1432/2008. **Sólo mediante Ley excepcional (PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY) pueden aprobarse remisiones condicionales de suspensión**



de obligaciones legales insertas en normas con rango de Ley, pues se requiere el mismo rango de esa remisión condicional excepcional para que las especies protegidas dejaran de estar protegidas entre tanto el Estado facilita una financiación; lo cual ni siquiera puede aprobarse ni por el Gobierno por Real Decreto y tampoco por las Cortes Generales con una norma con rango de Ley porque el artículo 45 de la Constitución Española lo prohíbe. Entender otra cosa, significaría que el Gobierno ha dejado sin protección legal a las aves y que, impunemente, pueden seguir siendo electrocutadas sin posibilidad de sancionarse.

En este sentido, el respeto de la **jerarquía constituye un requisito de la validez de las normas**, de modo que modo que su infracción determinaría que la norma inferior, el Real Decreto 1432/2008, sería inválida y debería inaplicarse. Dicha invalidez es ordinariamente sancionada mediante su anulación, con efectos *erga omnes* (por los órganos contencioso-administrativos competentes para tal anulación, en este caso el Tribunal Supremo), pero también puede serlo mediante **mera inaplicación** (por los órganos jurisdiccionales de jurisdicciones distintas a la contencioso-administrativa o por órganos jurisdiccionales de esta última jurisdicción, cuando no tienen competencia para la anulación del reglamento, pero sí de los actos de aplicación de dicho reglamento con base en la invalidez de éste).

Además, sería ésta también una obligación del órgano judicial conforme al **principio de primacía del derecho**



europeo (Sentencia Costa/Enel (15.7.1964) y sentencia Simmenthal (9-3-1978). Y en el mismo sentido, se emiten las consecuentes **Sentencias del Tribunal Constitucional**, entre otras, de 28/05/1992, que ha precisado que las **normas europeas son de aplicación directa** sin precisar acto previo de incorporación; y las SS. de 14/02/1991 y la de 22/03/1991, que ya habían destacado la competencia de la Jurisdicción ordinaria para pronunciarse sobre la contradicción entre legislación nacional y Derecho de la Unión, con la consiguiente inaplicación de la primera o planteando una cuestión prejudicial.

Conforme a lo anterior, no ha de olvidarse que **la Ley 26/2007 es trasposición de la Directiva 2004/35/CE**; y que la Ley 42/2007 que otorga protección a las aves silvestres deviene de la Directiva 2009/147/CE de Aves. Por tanto, **no puede quedar desplazado el principio de jerarquía normativa, recurriéndose al principio de especialidad normativa**, pues prevalece el **PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO**; y ello, además sería contrario al mandato previsto en el artículo 45.3 de la Constitución, **pues carece el Gobierno de una legitimación inexistente que le permita aprobar un Real Decreto que ampare poder matar aves o desprotegerlas legalmente** hasta tanto se aprueben vías de financiación públicas para los obligados a evitar esas muertes, pues **ello va en contra del propio artículo 45.2 CE**; estando el Real Decreto 1432/2008 en evidente contradicción legal con la propia Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, a la



que refiere “desarrollar” y respecto de la que no hace otra cosa que venir, ilegalmente, a suspender normas de superior rango: leyes, la propia Constitución y las Directivas señaladas; motivo por el cual la controvertida y cuestionada Sentencia del Juzgado debió ser confirmar la sanción inaplicando el Real Decreto 1432/2008.

En cuanto al principio de especialidad normativa (lex specialis), que podría explicarse como la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad, si bien poseen elementos comunes, la norma especial añade un dato ulterior a la que representa el género. A este respecto, cuando la norma general y la norma especial se encuentran en dos textos normativos de distinta cronología e idéntico rango jerárquico y el texto en el que se halla la norma general es posterior a aquel en el que se encuentra la norma especial, ha de resolverse la tensión a favor del principio de especialidad normativa, en detrimento del de temporalidad de las normas o cronológico; lo que no es el caso porque el Real Decreto 1432/2008, evidentemente, no tiene el rango de Ley; además de que no hace referencia ninguna ni incorpora las obligaciones de prevención ambiental y de evitación de nuevos daños ambientales del artículo 17 de la Ley 26/2007; sin que ésta excluya ninguna parte del territorio ni pueda condicionarse a que el Estado financie íntegramente el cumplimiento de la propia Ley.



En este sentido, **es la propia Constitución Española la que impone a "todos" el deber de conservar el medioambiente en su artículo 45.1 CE; sin que pueda el Gobierno, mediante un Real Decreto, suspender este deber/mandato constitucional o condicionar este deber de protección a empresas eléctricas y otros titulares de líneas eléctricas.** El principio de reserva de Ley impide que pueda el Gobierno dejar en suspenso las obligaciones constitucionales del deber del cuidado del medioambiente por parte de todos. El asunto es tan claro y palmario que no admite ninguna duda desde el punto de vista del principio de reserva de Ley. Y ha sido la Administración autonómica la que ha procedido a dar adecuada materialización, imponiendo la sanción a Endesa, de lo dispuesto en el **artículo 45.3 CE** que refiere que *"Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán **sanciones** penales o, en su caso, **administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado**".*

Por ello, **no cabe la especialidad de la previsión del art. 2.2 del Código Civil** según la cual para que *"las disposiciones especiales puedan estimarse derogadas o abrogadas precisan bien de una expresa y nominativa derogación en una norma posterior de carácter general o la anulación por otra disposición posterior que tenga el mismo carácter especial"*, **pues se estaría vulnerando directamente el artículo 45 CE** en los aspectos señalados; lo cual es inviable porque **la Constitución es inderogable.**



En cuanto al **principio de competencia normativa** ha sido destacado como una **manifestación del principio de especialidad normativa**, pero posee aspectos que le confieren singularidad propia. Supone que dentro de un sistema normativo se establecen varios subsistemas normativos por el acotamiento previo de ámbitos de regulación basados en determinadas materias (caso de los reglamentos parlamentarios frente a leyes o de las leyes orgánicas frente a las leyes ordinarias) o en el territorio (caso de las normas de las Comunidades Autónomas en relación con las del Estado y con las de las otras Comunidades Autónomas o de las normas de los entes locales entre sí, pero también de las normas de ordenamientos supranacionales, como el de la Unión Europea, con respecto a los nacionales). Igualmente se ha destacado como base del acotamiento de los subsistemas la previsión de especialidades procedimentales a seguir por los distintos tipos normativos que se relacionan por el **principio de competencia** (como es el caso de las leyes orgánicas frente a las leyes ordinarias o de las leyes de Presupuestos Generales del Estado frente a las leyes ordinarias).

Por lo que se refiere a **la vulneración del principio de competencia**, no se produce, como el principio de jerarquía, por incompatibilidad de una norma con otra de rango superior, sino porque **una norma se extralimita de las materias encomendadas al tipo normativo al que pertenece**, incluso cuando no contradice norma superior alguna en virtud del **principio de reserva de**



Ley. Toda violación de la competencia es violación de la jerarquía, en cuanto implica desconocimiento de la norma sobre la producción normativa que acota su ámbito de regulación. No hay que analizar su contenido, sino que basta comprobar que **regula materias que le están vedadas, que es lo que hace el Real Decreto 1432/2008 diseñando un mecanismo procedimental de protección de determinadas zonas, publicación de listados y, a continuación, suspender el cumplimiento de obligaciones legales hasta la existencia de financiación**. Y, como la competencia es una condición de validez de las normas, su inobservancia constituye un vicio de invalidez (inconstitucionalidad de la ley, ilegalidad del reglamento), que determinará su anulación por nulidad.

Por otro lado, los **principios de legalidad y de jerarquía normativa establecidos por el artículo 9.3 de la Constitución implican una relación de supremacía de la ley con respecto al reglamento** que se traduce en mandatos jurídicos que no se ha de confundir con el principio de reserva de ley. La preferencia de ley implica, dada la **supremacía de la ley frente al reglamento, la imposibilidad de que éste la contradiga (a la Ley y a la CE)**, de forma que se producen dos efectos: desde el punto de vista aplicativo, cuando concurren una ley y un reglamento, prevalece la ley, y desde el punto de vista de la producción normativa, cuando una ley regula una cuestión congela el rango, e impide que un reglamento la regule; esto se puede producir de forma implícita, cuando la ley regula una determinada materia, o de



forma expresa, cuando la ley, sin regularla, establece que sólo se podrá regular por una norma con rango de ley. La mera *reserva formal*, que no es sino una simple congelación de rango, cumple ciertas funciones, pero distintas de las de la reserva de ley en sentido estricto.

La operación contraria a la congelación de rango es la deslegalización, que si en sentido impropio se puede entender que se produce cuando la ley se desapodera en un ámbito afectado por el principio de reserva de ley, en sentido estricto sólo se puede dar, dado que lo anterior, por inconstitucional, sólo cabe en el mundo de los hechos, pero no en el del Derecho válidamente aplicable. Así, **la deslegalización en un ámbito con reserva de ley es constitucionalmente inconcebible**, desde el punto de vista técnico, porque **no puede hacerlo el Real Decreto 1432/2008, vulnerando la Constitución** (habría una desconstitucionalización), **ni tampoco respecto de una norma con rango de Ley a la que contradiga o condicione**.

El órgano jurisdiccional debe realizar un juicio de ponderación entre principios y derechos constitucionales de diferente naturaleza (**principio de reserva de ley**) sin perder de vista **la finalidad perseguida por la norma** (constitucional, en este caso, por virtud del artículo 45.3 y del 45.1 CE: la protección del medioambiente y de la avifauna) **no asumiendo las tesis de la empresa distribuidora demandante, pues ello supondría legitimar a los titulares de las**



líneas eléctricas a seguir generando consecuencias jurídicas perniciosas para el medioambiente con muerte de miles de aves que no podrían sancionarse para reprimir conductas omisivas de falta de adecuación de las líneas, pues ello no sería otra cosa que otorgar legitimar y dar visto de conformidad a su pasividad y condenar a una muerte gratuita de miles aves electrocutadas; lo que es inviable y contrario al sentir de la sociedad por la **especial trascendencia en una materia de tanta importancia desde el punto de vista social y medioambiental como es la electrocución de aves**. En este sentido, la natural interpretación de la cuestión que se discute debe precisarse reflejando el sentido y alcance, por medio de su relación sistemática con el resto del ordenamiento jurídico y con el fin perseguido por la norma. Esto puede y debe hacerse en aplicación de los criterios sistemático y teleológico que, con arreglo a lo dispuesto en el **artículo 3 del Código Civil** en relación con la interpretación de las normas según su contexto y finalidad, entre otros elementos, resulta de la aplicación de las reglas generales de la hermenéutica normativa.

La Justicia no puede dar la espalda a los criterios lógicos y teleológicos propios de toda labor de hermenéutica normativa, llegando a la conclusión de que el Real Decreto 1432/2008 dispense de obligaciones legales, pues sería ciertamente inadmisibles que se pudiera deducir que las aves no están protegidas hasta que el Estado financie íntegramente las adecuaciones, tal y como expone el Real Decreto 1432/2008, o que existiera una especie de "licencia para



matar" aves por deducirse, indebidamente, que no existen obligaciones legales claras, precisas y contundentes que las protejan; y **sin que pueda la Administración sancionar las conductas reprochables cuando no son respetadas. Es incontestable, en este sentido, que se pueda constreñir la potestad (obligación) de sancionar por muertes de aves electrocutadas sólo si lo paga el Estado y sólo en determinadas zonas.**

5. - NO CABE FINANCIACIÓN POR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LEGALES.

La Ley de Responsabilidad Medioambiental no hace referencia ninguna a financiación pública como sí hace el Real Decreto 1432/2008 en la Disposición Adicional Única para luego condicionar una obligación general de prevención, que es exigible respecto del cualquier operador económico, con independencia de la existencia de financiación o subvención pública.

Aunque el Real Decreto 1432/2008 no mencione a la Ley 26/2007 (anterior al propio Real Decreto 1432/2008) no debe pasarse por alto que **el Dictamen del Consejo de Estado** (Número de expediente: 170/2008) emitido para la aprobación del Real Decreto 1432/2008 (bajo el Real Decreto 263/2008, derogado por una cuestión formal) ya se hacía mención a la **necesidad de incorporar los aspectos legales de la responsabilidad medioambiental**; sin que el Gobierno del momento



atendiera la previsión del Consejo de Estado en este concreto aspecto; incorporando adecuadamente, que no se hizo, aspectos cruciales como las obligaciones de prevención de amenazas de daños ambientales, y como el principio ***quien contamina paga, que se relaciona directamente con el mandato constitucional de indispensable solidaridad colectiva previsto en el artículo 45.2 CE.***

En cuanto a la previsión de financiación total, íntegra del 100 % del coste de las inversiones recogida en la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1432/2008, se deduce una eventual y manifiesta ilegalidad porque ese compromiso presupuestario sólo se puede hacer por Ley, por el principio de reserva de ley y del principio de legalidad presupuestaria, expresamente previsto en la CE pues el Gobierno sólo puede elaborar el presupuesto, pero los Presupuestos Generales del Estado los aprueban las Cortes Generales por Ley.

De aceptarse que el punto 2, segundo párrafo, de la Disposición Transitoria Única del Real Decreto, que refiere la **financiación como condición** para que se adecúen las líneas eléctricas, puede dejar en suspenso la vigencia de las obligaciones legales previstas en el artículo 54.1 y 54.5 de la Ley 42/2007, del artículo 17 de la Ley 26/2007, de los artículos 9 y 10 de la Ley 21/1992, y del artículo 4.3.g) de la Ley 24/2013, **estaríamos admitiendo la existencia de UNA REMISIÓN CONDICIONAL ILEGAL en una norma que no ostenta rango legal suficiente para ello,** lo



cual sólo puede hacerse por Ley, y bajo circunstancias excepcionales, pues se estaría vaciando de contenido no sólo esas Leyes sino el propio mandato constitucional previsto en el artículo 45.1 y 45.3 de la Constitución Española, así como las Directivas Europeas de Aves, Hábitats, y de Responsabilidad Medioambiental. Por tanto, se evidencia la ilegalidad manifiesta de ese párrafo por **vulneración del principio de reserva de ley**, al que nos referimos, por cuanto que la suspensión de la vigencia de tales Leyes o el condicionamiento a determinadas circunstancias excede a todas luces la potestad reglamentaria del Gobierno, y se ha extralimitado el dominio legal (reserva de Ley) que tiene la Ley con esa disposición del Real Decreto 1432/2008; lo que no es admisible en derecho, pues es el reglamento el que se subordina a la Ley. Para que una remisión condicional sea legal se requiere el mismo rango legal y una situación de excepcionalidad para que las especies protegidas dejaran de estar protegidas entre tanto el Estado facilita una financiación; lo cual ni siquiera podría aprobarse ni por el Gobierno por Real Decreto ni tampoco, en una situación ordinaria, por las Cortes Generales con una norma con rango de Ley porque el artículo 45 de la Constitución Española lo prohíbe. Entender otra cosa, significaría que el Gobierno ha dejado sin protección legal a las aves y que, impunemente, pueden seguir siendo electrocutadas sin posibilidad de sancionarse.

A este respecto la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (TSJ-CLM en **Sentencia nº 251 de 14/05/2018**



(Recurso nº 440/2016- Id. Cendoj: 02003330022018100313) calificó de **fórmula meramente "programática"** y de fomento tal anuncio de financiación incorporado en la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1432/2008. Por tanto, no es una verdadera obligación para la Administración establecer un programa de ayudas públicas como sí sería cumplir con las obligaciones de impedir el hecho de la electrocución de avifauna; **"inequívoca la obligatoriedad de las medidas de protección contra la electrocución"**; lo que la Sala puso en **relación con el artículo 9 de la Ley 26/2007. Y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Albacete, en la Sentencia nº 146/2017**, de 26 de junio, refirió que la obligación de reforma es una **"exigencia legal independiente de la disponibilidad de financiación pública para acometer las actuaciones que necesariamente se deberían haber proyectado"**.

Por otro lado, **ya existe una previsión legal de financiación de los costes del sistema eléctrico para las empresas distribuidoras** que sí que se basa en una norma con rango legal (artículo 14 de la Ley 24/2013) que sirve de soporte para que puedan percibir **retribuciones anuales para mantenimiento de las líneas eléctricas por vía del Real Decreto 1048/2013 a través de los Planes Plurianuales** previstos en el artículo 16.4 del mismo por los que ya se reciben aportaciones dinerarias de entre el 75 y el 95% de la inversión. De manera que la previsión de la Disposición Adicional del Real Decreto 1432/2008 llevaría, posiblemente, a que cupiera la posibilidad de



una doble recuperación de costes, dado que no se contempla en ninguno de tales Reales Decretos ni en las Circulares de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previsión legal que pudiera evitar tal circunstancia en su caso con diferenciaciones contables que puedan delimitar las adecuaciones de avifauna; por lo que cabría dudar de su legalidad.

Además, **no resulta aplicable, tampoco, el artículo 59.2 de la Ley 24/2013** del Sector Eléctrico, puesto que no se requiere que la empresa distribuidora demandante varíe la ubicación de los apoyos eléctricos, sino simplemente que adecúe las cruceas, la parte de arriba de los apoyos. En todo caso, **el cumplimiento de las leyes no puede ser objeto de indemnización.**

En todo caso, **que vaya a haber o no "ayuda pública" no es algo que permita posponer sine día, el cumplimiento de obligaciones para con el medioambiente.** En este sentido, la previsión de financiación pública íntegra del 100% del coste de las inversiones de actuaciones de adecuación de las líneas eléctricas recogida en la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1432/2008, en cuanto a que se trate de empresas distribuidoras, incurre en otra eventual ilegalidad porque éstas ya reciben "**retribuciones**" para el mantenimiento de las líneas eléctricas por vía del Real Decreto 1048/2013; sin que este Real Decreto 1048/2013 haya modificado al Real Decreto 1432/2008, pudiéndose dar lugar a que un mismo coste o inversión de adecuación de una línea eléctrica pudiera ser



cobrado/financiado dos veces: una por parte del Ministerio de Industria y otra por parte de la Generalitat Valenciana a través de los fondos provenientes del Ministerio de Transición Ecológica; sin que se tenga oportunidad de discernir cuando la empresa distribuidora lo hace con fondos de uno o de otro, pues no es hasta que se aprueba **la Circular 8-2021 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, sobre Suministro de Información de las empresas distribuidoras eléctricas para Cálculo Retribuciones (Avifauna páginas 18, 59, 63 y 74) cuando se ha exigido por el órgano competente a las empresas distribuidoras la debida separación de la contabilidad a la que obliga el artículo 20.2, segundo párrafo, de la Ley 24/2013.

Así, **la financiación de los costes medioambientales la deben asumir los operadores económicos y profesionales** para cumplir con sus obligaciones de prevención de daños ambientales y de evitación de nuevos daños ambientales, y no puede ser financiada por el Estado ni por otro Organismo o entidad pública, por cuanto que ello va en contra del principio de derecho ambiental europeo "**quien contamina paga**" inserto en el **artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** así como del articulado de la propia Directiva 2004/35/CE de Responsabilidad Medioambiental: **considerandos 2 y 18; y artículo 8.1** de la misma, que señala claramente que las inversiones para cumplir con sus preceptos deben asumirse y financiarse por los operadores económicos y profesionales. Por otro lado, tampoco huelga decir que las subvenciones previstas en el Real Decreto 1432/2008



podrían ser, quizás, también "**ayudas ilegales de Estado**" e incompatibles con el principio europeo de libre competencia. De modo que puede pensarse en la posibilidad remota de modificación en un futuro de los dos Reales Decretos a instancias del propio Gobierno para excluir a los operadores económicos y profesionales, o incluso en una posible anulación en sede judicial nacional o europea previo planteamiento de la oportuna cuestión prejudicial ante el TJUE.

Así, si es el titular de la línea eléctrica quien decide esperar a que se lo financie íntegramente la Administración; asumiendo, en plena consciencia, el riesgo patente e inminente de que pudiera haber electrocuciones de aves al margen de **que exista o no una convocatoria pública de subvenciones**, ello **no exime ni antes, ni durante su tramitación ni después, del cumplimiento de las obligaciones legales de protección ambiental de las aves**. No existe un periodo de dispensa legal en donde dar muerte a avifauna esté permitido y sea excusable porque tenga un derecho a obtener una subvención.

Además, cabe mencionar el **artículo 6 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)**, que **impone la integración de las exigencias ambientales en la definición de las políticas y acciones de la Comunidad Europea**. Sin perjuicio de esa incardinación de lo ambiental en el conjunto de las políticas públicas, por lo que específicamente se refiere a los aspectos competenciales, dentro de la competencia



de protección ambiental han de encuadrarse exclusivamente aquellas actividades encaminadas directamente a la preservación, conservación o mejora de los recursos naturales (STC 102/1995, FJ 3), habida cuenta de que éstos son soportes físicos de una pluralidad de actuaciones públicas y privadas que se han de poner en relación con la exigencia de **la indispensable solidaridad colectiva consagrada en el artículo 45.2 CE** (STC 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 4).

BLASCO, E.; DURÁ, C.J.; PÉREZ-GARCÍA, J.M: Evaluación del estado jurídico de la electrocución de avifauna y formulación de propuestas de mejoras para la efectividad en el cumplimiento de la normativa: *19 de octubre 2020, Actualidad Jurídica Ambiental, n. 105 Sección "Artículos doctrinales"*:

<https://www.actualidadjuridicaambiental.com/articulo-doctrinal-evaluacion-del-estado-juridico-de-la-electrocucion-de-avifauna-y-formulacion-de-propuestas-de-mejoras-para-la-efectividad-en-el-cumplimiento-de-la-normativa/>

(Fecha de último acceso 13/01/2023).

BOOTELLO FERNÁNDEZ, S. Abogado del Estado. El silencio administrativo. Últimas modificaciones: especial incidencia en los procedimientos que puedan afectar al medio ambiente

<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13345-el-silencio-administrativo-ultimas-modificaciones:-especial-incidencia-en-los-procedimientos-que-puedan-afectar-al-medio-ambiente/>



(Fecha de último acceso 13/01/2023).

Canal de Electroclusiones de Avifauna en Telegram:

<https://t.me/electroclusionesavifauna>

(Fecha de último acceso 13/01/2023)

Endesa, en el punto de mira del primer proceso penal abierto por electrocución de avifauna:

<https://www.energias-renovables.com/panorama/endesa-en-el-punto-de-mira-del-20210614>

(Fecha de último acceso 13/01/2023).

ESPAÑA. *Real Decreto 1432/2008, de 29 de agosto, por el que se establecen medidas para la protección de la avifauna contra la colisión y la electrocución en líneas eléctricas de alta tensión.*

Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-14914>

(Fecha de último acceso 13/01/2023).

GREFA, Libro Blanco de las Electroclusiones en España, Análisis y propuestas, dos años después (2020-2022) editado por Grefa:

<https://aquila-a-life.org/index.php/es/de-interes/multimedia/descargas/category/19-campana-de-educacion-ambiental-sobre-la-importancia-del-aquila-de-bonelli?download=503:libro-blanco-de-la-electrocucion-en-espana-analisis-y-propuestas-2022>

(Fecha de último acceso 13/01/2023).



MINISTERIO para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico:

- *Recomendaciones técnicas para la corrección de los apoyos eléctricos del riesgo de electrocución de aves, para la adaptación de las líneas eléctricas al R.D. 1432/2008 junio de 2.018.* España: Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, 2018. Disponible en:

https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-especies/recomendacionesdecorrecciontendidoselectricosjunio2018_tcm30-450037.pdf

(Fecha de último acceso 13/01/2023).

- *Guía interactiva para la protección de la avifauna en líneas de alta tensión.* España: Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Disponible en:

https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-especies/proteccionavifauna_v9_tcm30-478919.pdf

(Fecha de último acceso 13/01/2023)

- *La situación actual de publicación, tanto de las Zonas de Protección como de los listados de líneas.* España: Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Disponible en:

<https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-especies/especies-silvestres/tendidos/ce-silvestres-tendidos-RD-situacion.aspx>

(Fecha de último acceso 13/01/2023).



- *Ensayo para la evaluación de diversas tipologías de cadenas de amarre como zonas de posada de distintos grupos de rapaces.* España: Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, 2019, 63 p. Disponible en:

https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/con-servacion-de-especies/pdfwebpublicacionamarres5marzo2019_tcm30-487691.pdf (Fecha de último acceso 13/01/2023).

MORADELL ÁVILA, J., Fiscal Provincial de Medioambiente de Teruel:

- La Fiscalía de Medioambiente frente al biocidio de aves rapaces electrocutadas en España. *Interjuez.es*. Disponible en: <https://interjuez.es/2020/04/20/la-fiscalia-de-medioambiente-frente-al-biocidio-de-aves-rapaces-electrocutadas-en-espana/> (Fecha de último acceso 13/01/2023).

- Biocidio de aves rapaces electrocutadas en España. <https://interjuez.es/2020/04/15/biocidio-de-aves-rapaces-electrocutadas-en-espana/> (Fecha de último acceso 13/01/2023).

- Nuevas consideraciones sobre el 'biocidio' de aves rapaces en España. <https://intercids.org/fiscal-jorge-moradell-biocidio-aves-rapaces-electrocucion/> (Fecha de último acceso 13/01/2023).

- Biocidio de aves rapaces en España. La labor de los Agentes de Protección Ambiental. Equipos de Información y Protección Ambiental. "EIPROM II". *Interjuez.es*, 2020. Disponible en: <https://interjuez.es/2020/05/10/biocidio-de-aves->



<http://gabilex.castillalamancha.es>

[rapaces-en-espana-la-labor-de-los-agentes-de-proteccion-ambiental-equipos-de-informacion-y-proteccion-ambiental-eiprom-ii/](#)

(Fecha de último acceso 13/01/2023).

- Inacción y acción ineficaz de la Administración. *Interjuez.es*, 2020. Disponible en: <https://interjuez.es/2020/08/24/inaccion-y-accion-ineficaz-de-la-administracion/>

(Fecha de último acceso 13/01/2023).

- Especies protegidas y concepto de "Área de distribución natural"; daños a especímenes protegidos, fuera de los límites de las áreas o zonas delimitadas como hábitats. Directiva 92/43/CEE (Versión Directiva 2013/17/UE). *Interjuez.es*, 2020. Disponible en: <https://interjuez.es/2020/07/30/especies-protegidas-y-concepto-de-area-de-distribucion-natural-danos-a-especimenes-protegidos-fuera-de-los-limites-de-las-areas-o-zonas-delimitadas-como-habitats-directiva-92-43-c/> (Fecha de último acceso 13/01/2023).

- La masacre de aves electrocutadas. *Interjuez.es*. 2020. Podcast disponible en: <https://interjuez.es/2020/06/11/la-masacre-de-aves-electrocutadas/>

(Fecha de último acceso 13/01/2023).

- Protección ambiental y prevaricación omisiva. *Interjuez.es*, 2020. Disponible en: <https://interjuez.es/2020/05/18/proteccion-ambiental-y-prevaricacion-omisiva/>

(Fecha de último acceso 13/01/2023).

MORENO SOLDADO, S. - La responsabilidad medioambiental y sancionadora por las electrocuciones



de avifauna protegida. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n. 15, 2018, pp. 14-154.

Disponible en:

<http://gabilex.castillalamancha.es/articulos/la-responsabilidad-medioambiental-y-sancionadora-por-las-electrocuciones-de-avifauna>

(Fecha de último acceso 13/01/2023).

- La Fiscalía de Medioambiente frente al drama de las electrocuciones de avifauna protegida. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 96, diciembre 2019, pp. 157-158.

Disponible en:

<http://www.actualidadjuridicaambiental.com/actualidad-al-dia-fiscalia-de-medioambiente-aves-electrocuciones-tendidos-electricos/>

(Fecha de último acceso 13/01/2023).

- La Administración de Industria también debe velar por la protección de avifauna frente al riesgo de electrocución en las líneas eléctricas. Breve análisis de los efectos jurídicos de la Sentencia nº 1215/2021 de 7 de octubre (Recurso nº 2020/2020).

Disponible en:

<https://www.actualidadjuridicaambiental.com/comentario-de-jurisprudencia-la-administracion-de-industria-tambien-debe-velar-por-la-proteccion-de-avifauna-frente-al-riesgo-de-electrocucion-en-las-lineas-electricas-breve-analisis-de-los/>

(Fecha de último acceso 13/01/2023).



<http://gabilex.castillalamancha.es>

MORENO SOLDADO, S.; DURÁ ALEMAÑ, C.J., AYERZA, P. ¿Por qué no estamos frenando la electrocución masiva de rapaces? *Quercus*, n. 412, 2020, pp. 64-65.

PÉREZ-GARCÍA, J. M.; BOTELLA, F.; SÁNCHEZ-ZAPATA, J. A. (2015). Modelos predictivos aplicados a la corrección y gestión del impacto de la electrocución en tendidos eléctricos sobre las aves. *Revista Catalana d'Ornitologia*, n. 31, 61-83.

RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA: *Metodología y protocolos para la recogida y análisis de datos de siniestralidad de aves por colisión en líneas de transporte de electricidad*. Sevilla: Clave, 2016, 172 p. Disponible en: https://www.ree.es/sites/default/files/04_SOSTENIBILIDAD/Documentos/Metodologia_y_protocolos_estudio_siniestralidad_v2_Febrero2016.pdf (Fecha de último acceso 13/01/2023).

RIGAU CASTELLS, A.; *et al.*: Estudio sobre la responsabilidad penal de las compañías eléctricas por electrocución de aves. Informe Jurídico Julio 2020. Universitat Rovira y Virgili: <http://www.cedat.cat/media/upload/arxius/clinica/casos/2019-20/Electrocucion%20de%20aves.pdf> (Fecha de último acceso 13/01/2023).

TRAGSATEC. *Estudio de integración de necesidades de financiación impuestas por el R.D. 1432/2008, con el mecanismo previsto a través de un Plan de Impulso al Medio Ambiente*. España: Tragsatec, 2014, 128 p. Disponible en:



https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/con-servacion-de-especies/estudioincidenciatendidoscambioclimatico_tcm30-379323.pdf (Fecha de último acceso 13/01/2023).

SEOBIRDLIFE:

-Aspectos legales y técnicos en procedimientos por actuaciones ilegales contra la biodiversidad:

<https://youtu.be/6zT3gCLX8Tc>

<https://seo.org/tag/tendidos-electricos/>

(Fecha de último acceso 13/01/2023).

SORIA, M.A.; GUIL CELADA, F. *Primera aproximación general al impacto provocado por la electrocución de aves rapaces: incidencia sobre las aves e impacto económico asociado*. España: VII Congreso Forestal Español, 2017.

Enlace de descarga de la Sentencia nº 1215/2021 de 7 de octubre (Recurso nº 202/2020):

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1b7489e52ee3ef1c/20211025>

(Fecha de último acceso 13/01/2023).

Gabilex

Nº 34

Junio 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LA GRATUIDAD DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS ESTATALES EN MÉXICO

D. Hilarino Aragon Matias

Contador Público Certificado.

Profesor Universitario.

Consultor, Asesor y Capacitador de Empresas.

"Las universidades públicas estatales necesitan de sus gobiernos solamente dos cosas: subsidio y autonomía".

Resumen: La educación superior es la base del desarrollo económico, social y humano de un país, al incrementar la productividad, contribuir a la movilidad social y desarrollar el capital humano. En México, la educación superior pública se imparte a través de diversos subsistemas entre los cuales destaca el de universidades públicas estatales, dotadas de autonomía y creadas por decreto de sus gobiernos locales. La reforma al artículo 3º. constitucional del 15 de mayo de 2019, establece que la educación superior deberá ser obligatoria y gratuita, lo cual, en la actualidad no se cumple, debido a que en las 35 universidades públicas



estatales existentes en el país, se cobran cuotas a los estudiantes por los diversos servicios que se le proporcionan, incluso por el mismo servicio de enseñanza como es el caso de los posgrados. El 20 de abril de 2021 se publicó la Ley General de Educación Superior, entre cuyos propósitos estaba el de dar cumplimiento al nuevo precepto constitucional, sin que hasta la fecha se haya logrado avanzar en la conformación del Fondo Federal Especial para la obligatoriedad y gratuidad de la educación superior.

Abstract: Higher education is the basis of a country's economic, social and human development, by increasing productivity, contributing to social mobility and developing human capital. In Mexico, public higher education is provided through various subsystems, among which the state public universities stand out, endowed with autonomy and created by decree of their local governments. The reform to article 3. Constitution of May 15, 2019, establishes that higher education must be compulsory and free, which is not currently fulfilled, due to the fact that in the 35 existing public state universities in the country, fees are charged to students for the various services that are provided, even by the same teaching service as is the case of postgraduate courses. On April 20, 2021, the General Higher Education Law was published, among whose purposes was to comply with the new constitutional precept, without progress being made to date in the formation of the Special Federal Fund for the compulsory and free nature of the higher education.



Palabras clave: gratuidad, educación superior, derecho humano.

keywords: gratuity, higher education, human right.

Sumario: La educación superior en México. La reforma al artículo 3º. Constitucional. La Ley General de Educación Superior. El financiamiento actual de las universidades públicas estatales. Financiamiento ilícito. Gratuidad y calidad. Presupuesto para la gratuidad. El derecho humano a la educación superior. Autonomía universitaria. Conclusiones.

La gratuidad de la educación en México existe desde la Constitución de 1917. Desde entonces, el carácter de gratuidad se ha combinado con el de obligatoriedad. Aunque este último aspecto refiere no a la obligación de los niños de asistir a la escuela, lo cual representa para ellos más bien un derecho, sino a la obligación del Estado de brindar educación a la población.

En el informe: "Situación Educativa de América Latina y el Caribe: Hacia la educación de calidad para todos al 2015", de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, respecto a la educación superior el Objetivo 3 establece: "Velar por que las necesidades de aprendizaje de todos los jóvenes y adultos se satisfagan mediante un acceso equitativo a un aprendizaje adecuado y a programas de preparación para la vida activa", se señala que las universidades han debido redefinirse como espacios institucionales de la



sociedad moderna para la producción y reproducción de su conocimiento más elaborado. La sociedad le exigió a las universidades una mayor apertura social para dar respuesta a la creciente demanda por movilidad social vía estudios.¹

Las nuevas exigencias provocaron también profundos cambios al interior de las universidades... el financiamiento tendió a la diversificación y organización en base a criterios de productividad y calidad...Esto ha obligado a muchas universidades a generar nuevos ingresos, cobrando aranceles a los alumnos, vinculándose con la empresa, y vendiendo servicios.²

Durante los últimos años, entre el fin del siglo XX y el inicio del presente siglo, los gobiernos federal y estatal han descuidado la gratuidad de la educación, permitiendo que las universidades públicas estatales fueran estableciendo cuotas por diversos conceptos a los estudiantes, como si fueran un Estado dentro del Estado. Los gobiernos se fueron haciendo complacientes con las universidades, que no se percataron que así, sus presupuestos fueron mermando en términos reales.

¹ BELLEI, Cristián. Situación Educativa de América Latina y el Caribe: Hacia la educación de calidad para todos al 2015. 2013. Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe. UNESCO. Santiago de Chile. Pág. 131
<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000224559>

² Ibídem. Pág. 132



Como consecuencia de ello, el Gobierno aporta un presupuesto insuficiente que la Universidad complementa con una fuente de ingresos directa, representada en la comunidad estudiantil.

En la segunda década de este siglo, al menos de los que se tuvo conocimiento, algunas universidades públicas estatales fueron utilizadas por diversas dependencias federales como medio para el desvío de recursos a través de contratos que amparaban servicios que no se prestaron. Por otro lado, se le dio importante apertura a las universidades privadas, que fueron ganando matrícula escolar, a partir de los beneficios fiscales que representaba la exención en el Impuesto Sobre la Renta y que sigue vigente para aquellas universidades privadas que cuentan con Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios y obtienen del Servicio de Administración Tributaria la autorización como donatarias para hacer deducibles los donativos que reciben.

Los anterior, ha repercutido en una reducción de la calidad de la enseñanza en las universidades públicas estatales, el deterioro del presupuesto afecta a la plantilla académica cada vez peor pagada, a la vez del rechazo de cientos de miles de jóvenes que no logran acceder a las universidades públicas estatales, debido no solamente a que no aprueban los exámenes de admisión, que sería una razón válida, sino a que no son suficientes los espacios ofertados o que las cuotas para la incorporación a las mismas son demasiado elevadas, que los aspirantes no logran cubrir, en una flagrante violación a sus derechos humanos.



La afectación al presupuesto de las universidades públicas estatales reduce la expectativa del número de profesionales egresados y la calidad de la enseñanza recibida, incrementa potencialmente el riesgo de incursión a la delincuencia, o en el mejor de los casos, la incorporación a una economía informal, en la que no son bien remunerados y tampoco se respetan sus derechos laborales, con lo que difícilmente se alcanzaría la movilidad social que se espera en el caso de un egresado de una carrera universitaria.

Ante esta circunstancia, el presidente Andrés Manuel López Obrador, se comprometió desde el inicio de su gobierno a mejorar las condiciones materiales de las escuelas del país, a garantizar el acceso de todos los jóvenes a la educación y a revertir la reforma educativa impulsada por su antecesor.

El Consejo Nacional para la Coordinación de la Educación Superior (CONACES) con fundamento en lo previsto en los artículos 52, 53 y Décimo Cuarto Transitorio de la Ley General de Educación Superior, tiene como una de sus funciones en sus Lineamientos para la Operación y Funcionamiento, la de proponer políticas y acciones para hacer efectivos los principios de obligatoriedad y gratuidad de la educación superior.

La Educación Superior en México

La Educación superior es base del desarrollo económico de un país, la cual permite el crecimiento de la productividad laboral, al generar capital humano preparado, aumenta la innovación, mediante la creación



de nuevos conocimientos de tecnologías, procesos y productos que facilita la difusión del conocimiento e información para la implementación de tecnologías externas.

Es importante señalar que, para dar cumplimiento al mandato constitucional de obligatoriedad y gratuidad de la educación superior, se destinan recursos para la diversificación de la oferta educativa y ampliación de los espacios educativos y entornos virtuales necesarios para garantizar la gratuidad de la educación.

En el ciclo escolar 2021-2022 ingresó a la educación superior 63.7% de personas egresadas de educación media superior del ciclo escolar anterior. La matrícula escolarizada y mixta (incluye posgrado) para el mismo ciclo fue de 4,004,062 estudiantes que equivalen a 30.6% de la población de 18 a 23 años. A esta cifra debe agregársele 1,064,431 estudiantes registrados en la modalidad no escolarizada. Con esta cifra, la cobertura en la educación superior se eleva a 42%. Para atender a la Educación Superior, se asignaron 62,120.4 millones de pesos para el Programa "Servicios de Educación Superior y Posgrado".

Asimismo, en conjunto, el recurso asignado para el PPEF 2023 a las Universidades Públicas Federales ascenderá a 102,184.5 millones de pesos.³

³ Decreto por el que se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024. Diario Oficial de la Federación. Viernes



INSTITUCIONES FEDERALES DE EDUCACIÓN SUPERIOR
(Millones de pesos)

Universidades	PPEF 2023
Total general	102,184.5
A00 Universidad Pedagógica Nacional	1,014.6
A2M Universidad Autónoma Metropolitana	8,655.2
A3Q Universidad Nacional Autónoma de México	47,659.1
B00 Instituto Politécnico Nacional	20,282.5
K00 Universidad Abierta y a Distancia de México	315.8
L4J Centro de Investigación y de Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional	2,774.8
L8K El Colegio de México, A.C.	729.5
M00 Tecnológico Nacional de México	20,343.2
L3P Centro de Enseñanza Técnica Industrial	363.5
MGC Patronato de Obras e Instalaciones del Instituto Politécnico Nacional	46.3

Nota: La suma de los parciales puede no coincidir con el total, debido al redondeo de las cifras.
Fuente: Secretaría de Hacienda y Crédito Público

La reforma al artículo 3º. constitucional

El 15 de mayo de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 3º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicha reforma constitucional tuvo su origen en la iniciativa presentada a la Cámara de Diputados por parte del Presidente de México Andrés Manuel López Obrador, la cual sustituye la reforma educativa propuesta por su antecesor Enrique Peña Nieto y aprobada en el año 2013, con el argumento

12 de julio de 2019. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Pág. 50
https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5565598&fecha=12/07/2019#gsc.tab=0



de tratarse de una reforma laboral que afectaba los intereses de los docentes y que no constituía una reforma en el ámbito educativo.

El artículo 3º constitucional del 15 de mayo de 2019, establece que el Estado impartirá y garantizará la educación desde el nivel inicial hasta el superior.

En su segundo párrafo, el artículo tercero constitucional establece que: "corresponde al Estado la rectoría de la educación, la impartida por éste, además de obligatoria, será universal, inclusiva, pública, gratuita y laica." De esta manera están conformados los diferentes subsistemas de educación superior dentro de los cuales se encuentran las Universidades Públicas Estatales.

Según el portal de la Subsecretaría de Educación Superior dependiente de la Secretaría de Educación Pública, son 35 universidades las que integran el subsistema de Universidades Públicas Estatales.⁴

La Dirección General de Educación Superior Universitaria e Intercultural, atiende a las universidades públicas estatales mediante el envío de recursos federales para la operación de las mismas, a través del programa Subsidios Federales para Organismos Descentralizados Estatales U006. La Dirección tiene como objetivo ampliar

⁴ Secretaría de Educación Pública, Subsecretaría de Educación Superior.

https://educacionsuperior.sep.gob.mx/publicas_estatales.html



las oportunidades educativas para reducir desigualdades entre grupos sociales, cerrar brechas e impulsar la equidad.⁵

Dichos recursos, como se señaló anteriormente, deben ser destinados exclusivamente para la operación de las universidades, por lo tanto, solo serán utilizados en los capítulos 1,000, 2,000 y 3,000 según el Clasificador por Objeto del Gasto emitido por el Consejo Nacional de Armonización Contable (CONAC), por lo que deben gestionarse recursos de otros programas federales para la atención de infraestructura o equipamiento y desarrollo profesional docente.

Es aquí donde las universidades públicas estatales justifican el cobro de cuotas a los estudiantes, con el argumento de que los recursos federales y estatales que les son ministrados no resultan suficientes para mantener la operación de las instituciones, debido a que las instituciones de educación superior públicas reciben cuotas de los alumnos que van a un fondo que es operado por cada una de las unidades académicas que integran la institución, y que termina siendo un complemento del presupuesto con el que opera para cubrir los gastos de mantenimiento de instalaciones, servicios generales, materiales y suministros y hasta

⁵ Secretaría de Educación Pública. Subsecretaría de Educación Superior. Dirección General de Educación Superior Universitaria e Intercultural. <https://dgesui.ses.sep.gob.mx/programas/subsidios-federales-para-organismos-descentralizados-estatales-u006>



servicios personales de académicos y administrativos, son cubiertos con dichos recursos captados como "recursos propios" de libre disposición para la Institución.

Por su parte, la fracción IV del citado artículo tercero constitucional establece que: "toda la educación que el Estado imparta será gratuita." lo cual resulta contrario a la realidad que viven los estudiantes que se incorporan a los estudios superiores en una universidad pública estatal, debido al cobro oneroso de cuotas las cuales en algunos casos resultan impagables por parte de los aspirantes que no cuentan con recursos económicos suficientes para cubrir cuotas de inscripción de hasta 20 mil pesos o más, dependiendo de la carrera a la que se pretendan inscribir.

Los posgrados son otro tema, la educación pública a costos fijados por la oferta y la demanda, en flagrante violación a la fracción IV citada, que toda la educación que el Estado imparta será gratuita.

En su fracción X, el artículo 3º. constitucional establece: que la obligatoriedad de la educación superior corresponde al Estado. Las autoridades federales y locales establecerán políticas para fomentar la inclusión, permanencia y continuidad, en términos que la ley señale, refiriéndose a la Ley General de Educación Superior. Así mismo, proporcionarán medios de acceso a este tipo educativo para las personas que cumplan con los requisitos dispuestos por las instituciones públicas, lo que les da la facultad a las instituciones educativas de



nivel superior, de establecer libremente sus procesos de admisión.

Por su parte, el artículo décimo cuarto transitorio de la reforma constitucional establece; “la legislación secundaria, en los aspectos que así lo ameriten, determinará la gradualidad para la implementación de lo contenido en este Decreto y, la Cámara de Diputados anualmente, en el Presupuesto de Egresos de la Federación, aprobará las previsiones presupuestarias necesarias para el cumplimiento progresivo de las mismas.”

La Ley General de Educación Superior

El 20 de abril de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Educación Superior, que constituye el marco normativo aplicable a todos los subsistemas de educación superior en México, entre ellos el subsistema universitario, de acuerdo al artículo 28 de la propia ley, mismo que se integra, entre otras, en el ámbito de las entidades federativas, por universidades e instituciones de educación superior autónomas por ley.

Entre las principales innovaciones de la ley resaltan las siguientes: distribución de competencias; gobernanza del sistema; reconocimiento de derechos humanos y perspectiva de género. Además, la norma incorpora la utilización de mecanismos de planeación, evaluación y control del sector privado e incluye disposiciones específicas de financiamiento de las instituciones públicas para lograr los objetivos de obligatoriedad y gratuidad de la educación superior.



La Ley establece en la fracción VI del artículo 1º. como parte de su objeto, establecer criterios para el financiamiento correspondiente al servicio público de educación superior.

En su Artículo 6º. Fracción VIII establece: "Para efectos de la presente Ley, se entenderá por: ...VIII. Gratuidad, a las acciones que promueva el Estado para eliminar progresivamente los cobros de las instituciones públicas de educación superior a estudiantes por conceptos de inscripción, reinscripción y cuotas escolares ordinarias, en los programas educativos de técnico superior universitario, licenciatura y posgrado, así como para fortalecer la situación financiera de las mismas, ante la disminución de ingresos que se observe derivado de la implementación de la gratuidad;"

Por lo tanto, el gran reto de la Nueva Ley General de Educación Superior es establecer las bases para dar cumplimiento a la obligación del Estado de garantizar el ejercicio del derecho a la educación superior que se reconoce como un derecho humano. Como primer paso el Consejo Nacional para la Coordinación de la Educación Superior (CONACES) ha establecido un conjunto de prioridades nacionales para el sistema de Educación Superior en México, entre las cuales se encuentra la de asegurar la obligatoriedad y gratuidad de la educación superior en los términos del artículo 3º Constitucional y de la Ley General de Educación Superior.⁶

⁶ Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca. Plan Institucional de Desarrollo UABJO 2022-2024. Visión 2030.



Según el Plan Institucional de Desarrollo de la Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca, en su dimensión III denominada: Buen gobierno y sostenibilidad financiera. Problemas y necesidades identificadas, existe una insuficiencia presupuestaria para atender las necesidades de expansión y diversificación de la oferta educativa que coadyuven en el cumplimiento de la obligatoriedad y gratuidad de la educación superior según planteamiento del gobierno federal.⁷

El financiamiento actual de las Universidades Públicas Estatales.

Para Santos Boaventura, el estado decidió reducir su compromiso político con las universidades y con la educación en general, convirtiendo a esta en un bien, que, siendo público, no tiene que estar asegurado por el estado, por lo que la universidad pública entró automáticamente en crisis institucional.

La pérdida de prioridad de la universidad pública en las políticas públicas del estado fue, ante todo, el resultado de la pérdida general de prioridad de las políticas sociales (educación, salud, seguridad social) inducida por el modelo de desarrollo económico conocido como neoliberalismo o globalización neoliberal, que se impuso

Pág. 21.

http://www.uabjo.mx/media/1/2022/08/Pid_Uabjo_22-24.pdf

⁷ Ibídem. Pág. 111



internacionalmente a partir de la década de los 80 del siglo pasado.⁸

En el Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2023, dentro del Ramo 11 Subsidios para organismos descentralizados estatales, a cargo de la Secretaría de Educación Pública, hay un presupuesto total aprobado de \$99,858,419,646.00 y modificado por \$103,077,672,557.00, de los cuales \$70,224,648,880.00 corresponden al modificado y pagado por la Dirección General de Educación Superior Universitaria e Intercultural.⁹

Según el portal de transparencia presupuestaria, el monto promedio de recursos radicados por alumno inscrito a organismos descentralizados estatales de Educación Superior Universitaria es de \$50,229.52, considerando un Presupuesto ejercido en el año de \$70,132,571.56 y un total de alumnos inscritos en

⁸ DE SOUSA, Santos Boaventura (2005) La Universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipadora de la universidad. Bolivia. CIDES UMSA. Pág. 24.

https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/universidad_siglo_xxi-.pdf

⁹ Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Subsidios para Organismos Descentralizados Estatales. Educación Pública. <https://nptp.hacienda.gob.mx/programas/jsp/programas/fichaPrograma.jsp?id=11U006>



Organismos Descentralizados Estatales de Educación Superior Universitaria en el año de 1,379,762.

Según el Marco de Referencia denominado "Subsidios Federales para Organismos Descentralizados Estatales (U006)" publicado en la página oficial de la Auditoría Superior de la Federación el pasado 29 de octubre de 2022, correspondiente a la segunda entrega de resultados para la fiscalización a la Cuenta Pública 2021, Los recursos totales ministrados durante el ejercicio fiscal 2021 por medio del programa U006 ascendieron a 99,770.0 mdp, de los que 68,500.7 mdp correspondieron a las Universidades Públicas Estatales (UPES), Interculturales y de Apoyo Solidario.¹⁰

El programa "U006", "Subsidios Federales para Organismos Descentralizados Estatales" apoya principalmente a los niveles medio superior y superior, en sus distintas modalidades, tales como Universidades Públicas Estatales, Universidades Públicas Estatales de Apoyo Solidario, Universidades Interculturales, Universidades Tecnológicas, Universidades Politécnicas, Universidad Aeronáutica y a los Institutos Tecnológicos.

¹⁰ Auditoría Superior de la Federación. Cámara de Diputados. Subsidios Federales para Organismos Descentralizados Estatales (U006) ASF. 2022.

https://informe.asf.gob.mx/Documentos/Auditorias/MR-U006_a.pdf



El programa U006 “Subsidios para organismos descentralizados estatales” de la Secretaría de Educación Pública (SEP) se originó desde el año de 1976, pero a partir del año 2008 se le define con el nombre y clave presupuestaria actuales. A finales de la década de los 80´s se restringió el crecimiento de la oferta de servicios de educación media superior y educación superior en las entidades federativas bajo la responsabilidad exclusiva de la Federación, por lo que en 1991 se creó un programa para atender a la demanda de servicios educativos públicos bajo una modalidad de responsabilidad compartida, que se manifiesta en la firma de convenios “Estado-Federación”, el cual dio como resultado la creación de organismos descentralizados estatales.¹¹

Actualmente, las Universidades Públicas Estatales (UPE) reciben los recursos del subsidio mediante la firma de un Convenio Marco de Colaboración para el Apoyo financiero que suscriben el gobierno federal por conducto de la Secretaría de Educación Pública, el Gobierno Estatal y la Universidad Pública, mediante los cuales las partes acuerdan que los recursos económicos que se asignarán a la universidad serán determinados en los Anexos de Ejecución que suscribieran para cada ejercicio fiscal,

¹¹ Auditoría Superior de la Federación. Cámara de Diputados. Subsidios Federales para Organismos Descentralizados Estatales. MR U006 ASF 2022. Pág. 15.
https://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2021b/Documents/Auditorias/MR-U006_a.pdf



buscando siempre un esquema de financiamiento equitativo ideal, que con el tiempo logre que el ejecutivo estatal aporte hasta un 50% (cincuenta por ciento) de dichos recursos, por lo que la proporción federal no podrá incrementarse respecto al año anterior.

Cabe aclarar, que la condición establecida en los convenios de colaboración, actualmente establecida en el último párrafo del artículo 65 de la Ley General de Educación Superior, consistente en que los gobiernos tanto federal como estatal aporten el 50% cada uno, se cumple en el menor de los casos a nivel nacional, llegando a una proporción en algunas entidades de hasta un 90 por ciento el gobierno federal y solo un 10% el gobierno estatal, como es el caso del Estado de Oaxaca.

En el caso de universidades públicas autónomas, el artículo 66 segundo párrafo de la Ley general de Educación Superior establece que: "a partir de la disponibilidad presupuestaria derivada del financiamiento previsto en esta Ley, con el apoyo de las autoridades educativas federal y de las entidades federativas, propondrán mecanismos para la transición gradual hacia la gratuidad de los servicios educativos, sin que en ningún caso se afecte el cumplimiento de sus fines ni las finanzas institucionales."

Sin embargo, el artículo tercero transitorio de la misma Ley, establece en su fracción II: "La gratuidad de la educación superior se implementará de manera progresiva en función de la suficiencia presupuestal, a partir del ciclo 2022-2023; sin detrimento de las acciones que se realicen con la entrada en vigor del



presente Decreto.” Lo anterior nos hace suponer que los gobiernos federales y estatales ya implementaron los mecanismos necesarios para su aplicación en los ejercicios fiscales 2022 y 2023.

Efectivamente, La gratuidad de la educación superior debió haber iniciado desde el ciclo escolar 2022-2023, que comenzaba en el mes de agosto de 2022, de manera progresiva, en función a la suficiencia presupuestal, entendiéndose ésta como la prioridad que el gobierno federal da a los programas sociales, lo cual, de ser un reto para el gobierno federal, se convirtió en una promesa incumplida, al no disponer del presupuesto para su ejecución. No basta con que esté establecido en la Ley, es necesario implementar los mecanismos necesarios para su cumplimiento.

En el artículo 6 de la multicitada Ley, se establece que para efectos de la presente Ley, se entenderá por: VII. Fondo, al Fondo Federal Especial para la obligatoriedad y gratuidad de la educación superior, cuyo objetivo, es obtener los recursos necesarios para implementar la reforma constitucional y con ello garantizar el acceso y permanencia de los jóvenes en edad universitaria, a una educación superior. Lo anterior implica que sean aceptados todos los aspirantes a cursar una educación superior, en respeto al derecho a la educación.

Financiamiento Ilícito

Según el portal animalpolítico.com, el gobierno federal, a través de 11 dependencias, al revisar las Cuentas



Públicas 2013 y 2014, Animal Político y Mexicanos contra la Corrupción e Impunidad (MCCI) detectaron contratos ilegales por 7 mil 670 millones de pesos y de este dinero no se sabe dónde quedaron 3 mil 433 millones.¹²

Los 7 mil 670 millones de pesos fueron entregados a 186 empresas, pero 128 de ellas no debían recibir recursos públicos, porque no tienen ni la infraestructura ni personalidad jurídica para dar los servicios para los que fueron contratadas, o simplemente porque no existen.

La Secretaría de Desarrollo Social, el Banco Nacional de Obras, y Petróleos Mexicanos son las tres principales dependencias responsables de este mecanismo. El gobierno no entrega los contratos directamente a las empresas, sino que primero los da a ocho universidades públicas y éstas lo dan después a las empresas. Sólo por triangular los recursos, las universidades cobraron mil millones de pesos de "comisión", aunque no hayan dado ningún servicio.¹³

¹² Animal Político. Mexicanos Unidos Contra la Corrupción y la Impunidad. La Estafa Maestra.
<https://www.animalpolitico.com/estafa-maestra/>

¹³ ROLDÁN Sánchez, Nayeli. CASTILLO Molla, Miriam. URESTE Cava, Manuel. La Estafa Maestra. México. Editorial Planeta. 2018. Pág. 18.



Gratuidad y calidad

Definitivamente un dilema que se le agrega a la complejidad de la gratuidad de la educación desde el punto de vista de la percepción social, lo constituye el carácter gratuito, como si todo lo que te dan gratis no es bueno, o al menos no de la calidad deseada. Esto es así desde el enfoque de la sociedad en lo general, que ven en los programas sociales que otorgan diversos apoyos, una forma de justificar el gobierno la aplicación de los recursos públicos, y si la educación se otorga gratuita, entonces a los padres de familia no les cuesta y por tanto no valoran. A diferencia de cuando les implica un desembolso de recursos que desean que se les devuelva en una educación de calidad para sus hijos.

Y es que la finalidad de eliminar el pago de cuotas a que se les obliga a los estudiantes, va implícito el término de universidad pública, que significa que es una educación que provee el Estado, más no que no tenga un costo. Hay que cubrir los sueldos de los académicos, administrativos y funcionarios universitarios, dar mantenimiento a las instalaciones, mejorar e incrementar la infraestructura y el equipamiento, así como mejorar la calidad de la educación que se imparte. Lo que nos hace reflexionar sobre el carácter de universidades pagadas, en las que el alumno ya no cubra un centavo por su educación, porque ya lo cubrió el Estado, o mejor dicho, ya lo cubrimos todos con nuestras contribuciones.



Presupuesto para la gratuidad

En su carta de entrega del Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2023, a la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión Andrés Manuel López Obrador, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, señala que "...durante los gobiernos anteriores se pretendió acabar con la gratuidad de la educación superior. En los hechos, el derecho constitucional a la educación resultó severamente mutilado, situación que no sólo privó al país de un número incalculable de graduados, sino que agravó el auge de la delincuencia y las conductas antisociales; por ello, el Gobierno de México reconoce que la educación superior de calidad es un elemento fundamental en el acceso a mejores empleos y mayor bienestar, por lo que, con la finalidad de fortalecer a las universidades públicas del país, el presupuesto propuesto para el año 2023 para las universidades públicas federales asciende a 102,184.5 millones de pesos." ¹⁴

Cabe aclarar que el sistema de universidades públicas en México se subdivide en universidades públicas federales y universidades públicas estatales. Entre las universidades públicas federales se encuentran la UNAM,

¹⁴ Carta de entrega del PPEF para el Ejercicio Fiscal 2023, a la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. Andrés Manuel López Obrador, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.
<https://www.ppef.hacienda.gob.mx/work/models/8uLX2rB7/PPEF2023/mo2h2PK/docs/carta/Carta.pdf>



la Universidad Autónoma Metropolitana, el Instituto Politécnico Nacional, el Tecnológico Nacional de México, entre otros. Por lo cual, en su carta el Presidente de la República solamente se refiere a las universidades federales, no así a las estatales, que también son financiadas por el propio gobierno federal a través de las entidades federativas en las que se encuentran asentadas.

Si bien la pandemia desfasó el proceso, el gobierno mexicano no está realizando acciones tendientes a la implementación de la gratuidad

Para hacer efectiva la reforma constitucional del año 2019, que consolide la gratuidad de la educación superior, y las universidades públicas estatales dejen de cobrar a los alumnos cuotas de inscripción, reinscripción, apoyo educativo y demás conceptos, el gobierno federal, en conjunto con las entidades federativas del país, debieron destinar desde el ejercicio fiscal 2022, una partida presupuestal de aproximadamente 13 mil millones de pesos anuales, según la propia Dirección General de Educación Superior e Intercultural.¹⁵

¹⁵ RODRIGUEZ Gómez Roberto. 29 de septiembre de 2022. Obligatoriedad y gratuidad de la educación superior ¿cambio de opinión? CAMPUS Suplemento sobre educación superior <https://suplementocampus.com/obligatoriedad-y-gratuidad-de-la-educacion-superior-cambio-de-opinion/#:~:text=A%C3%B1adi%C3%B3%20que%20%E2>



Aunado a lo anterior, los ingresos que obtienen las universidades públicas estatales por los diversos conceptos de cuotas institucionales que determinan de manera unilateral, haciendo uso arbitrario e indebido de la autonomía universitaria, se ejercen de manera discrecional, contribuyen a la opacidad y a la corrupción, debido a que constituyen ingresos de los que no se transparenta su ejercicio y por lo mismo, las universidades públicas estatales no rinden cuentas de los mismos.

El presidente Andrés Manuel López Obrador, durante su conferencia de prensa del 17 de noviembre de 2022, dijo ser respetuoso de la autonomía de las universidades públicas, sin embargo, cuestionó la falta de transparencia que existe en el manejo de los recursos públicos que se les entregan y de los cuales los rectores universitarios deberían rendir informes públicos. Cuestionó que hay universidades en donde grupos tienen el control desde hace 30 o 40 años, pues controlan al Consejo Universitario y a los consejos de facultades para

[%80%9Cen%20el%20proceso,13%20de%20mayo%20de%202019\).](#)



que todo sea legal, pero en realidad se manejan como caciques quienes encabezan esas instituciones.¹⁶

Desde la reforma constitucional en el año 2019, hasta el día de hoy, la sociedad no ha visto avanzar la implementación de la gratuidad, ni la creación del Fondo Federal Especial para la obligatoriedad y gratuidad de la educación superior. En el caso de las entidades federativas, como es usual, esperan que el gobierno federal marque la pauta, además de que, en la mayoría de los Estados, siguen sin dar cumplimiento al Convenio de apoyo financiero que sugiere el incremento gradual de los recursos estatales al subsidio universitario, hasta alcanzar un 50% por parte de los gobiernos locales en el financiamiento de sus universidades.

En el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2023, en el cuadro: Estrategias prioritarias de la reforma del artículo 3º

¹⁶ URRUTIA, Alonso. JIMÉNEZ, Néstor. 17 de noviembre de 2022. La Jornada. Cuestiona AMLO opacidad de universidades públicas en manejo de sus recursos.

<https://www.jornada.com.mx/notas/2022/11/17/politica/cuestiona-amlo-opacidad-de-universidades-publicas-en-manejo-de-sus-recursos/?s=08&fbclid=IwAR1dYGtx15thZNEimMscFzrA52kh0JzUlaQAKUmhEss07uFZi6dMTnOjCk0>



constitucional y leyes secundarias en materia de educación, se contempla:

	Millón pesos
5. Obligatoriedad y Gratuidad de Educación Media Superior	2,666.8
6. Obligatoriedad y Gratuidad de Educación Superior	795.1

Fuente: Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Se propone asignar recursos por 2,666.8 millones de pesos, con la finalidad de alcanzar gradualmente la cobertura universal en educación media superior, mediante políticas basadas en el principio de equidad entre las y los estudiantes.

Se propone asignar recursos por 795.1 millones de pesos, para el Fondo Federal Especial que asegure a largo plazo los recursos económicos necesarios para garantizar la obligatoriedad de los servicios de Educación Superior, así como la plurianualidad de su infraestructura, de conformidad con lo establecido en el artículo décimo quinto transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 3º., 31 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia educativa, publicado el 15 de mayo de 2019 en el Diario Oficial de la Federación.

El Derecho humano a la educación superior

Según el documento denominado: La gratuidad de la educación superior como derecho humano en el sistema



mexicano. Anotaciones de la ANUIES sobre su interpretación y efectividad, la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior, pretende delimitar los alcances de la gratuidad de la educación superior en México: reconocerla, garantizarla y hacerla efectiva como derecho humano.

Para reconocer la gratuidad de la educación superior como derecho humano, es necesario indagar en el artículo 1º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para garantizar la gratuidad de la educación superior, es necesario acudir a la Ley reglamentaria, la Ley General de Educación Superior, atendiendo al principio de igualdad y no discriminación.

Para garantizar el derecho humano al acceso a la educación a toda la población, en cumplimiento a los objetivos de desarrollo sostenible, se requiere por parte de las universidades públicas estatales, del pago de una plantilla de maestros, infraestructura, equipamiento y gastos de operación, que vienen cubriendo con el cobro de cuotas a los alumnos por parte de las instituciones de educación superior, lo cual ha dado lugar a la discrecionalidad en el cobro de las mismas y a la opacidad en el gasto, al no rendir cuentas de estos conceptos ni a la comunidad universitaria ni a las instancias fiscalizadoras. A lo anterior, se le agrega los actos de corrupción que se dan por la disposición de los recursos por parte de los funcionarios universitarios,



amparados por la mala interpretación del principio de autonomía universitaria.

No debe perderse la esencia gratuita la educación superior: dar acceso a un mayor número de alumnos, específicamente de escasos recursos, un mayor número de egresados de una carrera profesional, así como la movilidad social que implica un trabajo calificado. Con la gratuidad, también se pretende que no se provoque una afectación a los objetivos institucionales, considerando que el Fondo destinado a su atención resulte suficiente para sustituir la fuente de ingresos que significa la comunidad estudiantil.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor a partir del 3 de enero de 1976, establece en su artículo 13 que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a la educación, y que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho, tratándose de la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

El derecho a la educación superior está considerado como un derecho social por el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, quién desarrolló un conjunto de contenidos para los derechos sociales, aplicables para el derecho a la educación superior, con criterios mínimos



de cumplimiento, una vez que el Estado los ha reconocido. Estos contenidos son los siguientes: a) disponibilidad; b) accesibilidad; c) aceptabilidad y d) adaptabilidad. Dentro del contenido de accesibilidad se consideran a su vez, tres tipos: 1) accesibilidad sin discriminación; 2) accesibilidad material y 3) accesibilidad económica, dentro del cual se establece la gratuidad.

En la observación general número 13: el derecho a la educación, la característica de accesibilidad consiste en que las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones dentro de la que se encuentra la accesibilidad económica, es decir, que la educación ha de estar al alcance de todos, con la diferencia que mientras la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

El apartado c) del párrafo 2 del artículo 13 - El derecho a la enseñanza superior "debe hacerse accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno". La enseñanza superior no "debe ser generalizada", sino sólo disponible "sobre la base de la capacidad", capacidad que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual.



Autonomía Universitaria

Para el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, debido a que el cuerpo docente y los alumnos de enseñanza superior son especialmente vulnerables a las presiones políticas y de otro tipo que ponen en peligro la libertad académica, el Comité desea hacer hincapié en que el cuerpo docente y los alumnos de todo el sector de la educación tienen derecho a la libertad académica.

Los miembros de la comunidad académica son libres, individual o colectivamente, de buscar, desarrollar y transmitir el conocimiento y las ideas mediante la investigación, la docencia, el estudio, el debate, la documentación, la producción, la creación o los escritos. La libertad académica comprende la libertad del individuo para expresar libremente sus opiniones sobre la institución o el sistema en el que trabaja, para desempeñar sus funciones sin discriminación ni miedo a la represión del Estado o cualquier otra institución...

Para el disfrute de la libertad académica es imprescindible la autonomía de las instituciones de enseñanza superior. La autonomía es el grado de autogobierno necesario para que sean eficaces las decisiones adoptadas por las instituciones de enseñanza superior con respecto a su labor académica, normas, gestión y actividades conexas. Ahora bien, el autogobierno debe ser compatible con los sistemas de fiscalización pública, especialmente en lo que respecta al financiamiento público. Habida cuenta de las considerables inversiones públicas destinadas a la



enseñanza superior, es preciso llegar a un equilibrio correcto entre la autonomía universitaria y la obligación de rendir cuentas. Si bien no hay un único modelo, las disposiciones institucionales han de ser razonables, justas y equitativas y, en la medida de lo posible, transparentes y participativas.¹⁷

Por su parte, el artículo 1º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su párrafo tercero los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Destaca este último porque determina el avance en la instauración del derecho humano en cuestión.

Para acceder a la implementación del derecho humano a la educación superior gratuita, las universidades públicas estatales deben establecer a través de su máximo Órgano Colegiado, el Consejo Universitario, un plan de acción que considere entre otras las siguientes medidas, y que, en muchos de los casos, ya se cuenta con ellas, pero que es necesario formalizar para tener un mejor control sobre las mismas, se transparente el manejo de

¹⁷ Red-DESC. Observación general Nº 13: El derecho a la educación (artículo 13) Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-13-derecho-educacion-articulo-13>



los recursos y se rinda cuentas a la comunidad universitaria.

Lo primero que debe hacerse es congelar las cuotas que actualmente se cobran a los alumnos al iniciar el proceso de admisión, el pago de una ficha para la presentación de un examen, el pago de un curso propedéutico o de inducción, el pago de una inscripción o reinscripción, el pago de una cuota de apoyo didáctico, el pago de un seguro escolar, el pago de la expedición de una credencial, y cualquier otro tipo de cuota. Que ya no se incrementen las cuotas existentes y que no se creen nuevas.

Cuantificar el monto de los recursos obtenidos a través del cobro de cuotas a los estudiantes

Expedición de constancias de estudio, certificados, títulos y cédulas profesionales, sin el cobro de cuotas.

Hacer una depuración de las cuotas que pueden dejar de cobrarse.

Otorgamiento de becas en el pago de las cuotas de inscripción, a partir de los resultados del examen de admisión.

Impartir de manera gratuita los cursos de inducción o propedéuticos

Prohibición de la imposición de cuotas por parte de las unidades académicas.



El derecho humano a la educación superior de excelencia, obligatoria, universal, inclusiva, pública, gratuita y laica, se considera como derecho social, porque impacta tanto al individuo, cuando se le garantiza de acuerdo a sus capacidades, el acceso a una educación de excelencia, sin importar su condición económica, al proveerle de capacidades y habilidades para el ejercicio de una profesión, como a la sociedad, a la que se presta a servir.

Conclusiones

El Estado tiene la obligación de brindar educación superior gratuita. Pero eso no quiere decir que para el Estado no represente un costo, sino que debe establecer los mecanismos para allegarse de los recursos financieros para ello.

La efectividad de la gratuidad de la educación superior requiere de un esfuerzo coordinado entre la Federación, los Estados y las Universidades Públicas Estatales de acuerdo a sus facultades. Esfuerzo que debe verse traducido en la disponibilidad presupuestal y la alineación de sus políticas públicas.

La creación de un fondo federal especial que asegure a largo plazo los recursos económicos necesarios para garantizar la obligatoriedad y gratuidad de los servicios de educación superior que ofrecen las universidades públicas estatales, se logrará a partir de la estimación de una proporción de los presupuestos asignados para cada una de las universidades en la parte que le



corresponde al gobierno federal y estatal, y no con base en lo que cada universidad necesita.

La gratuidad de la educación superior no vulnera la autonomía universitaria, por lo que las universidades públicas estatales deben iniciar con las acciones para la implementación de este derecho humano, cumpliendo con los principios de interdependencia, indivisibilidad y progresividad de la gratuidad, en cumplimiento al mandato constitucional y legal.

Tanto la reforma constitucional, como la ley reglamentaria no precisan un plazo determinado para que el mandato de la gratuidad suceda. Al final del sexenio del Presidente Andrés Manuel López Obrador, quedará como una más de las promesas incumplidas, igual que el mejoramiento del sistema de salud, o de la seguridad pública.

De no tomar las medidas pertinentes para el cumplimiento del precepto constitucional de gratuidad de la educación superior, el efecto esperado podría revertirse en una reducción de la matrícula escolar y la calidad de la educación que se imparte en las universidades públicas estatales.

Referencias

BELLEI, Cristián. Situación Educativa de América Latina y el Caribe: Hacia la educación de calidad para todos al 2015. 2013. Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe. UNESCO. Santiago de Chile.



Pág. 131

<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000224559>

Decreto por el que se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024. Diario Oficial de la Federación. Viernes 12 de julio de 2019. Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Pág. 50

https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5565598&fecha=12/07/2019#gsc.tab=0

Secretaría de Educación Pública, Subsecretaría de Educación Superior.

https://educacionsuperior.sep.gob.mx/publicas_estatales.html

Secretaría de Educación Pública. Subsecretaría de Educación Superior. Dirección General de Educación Superior Universitaria e Intercultural. <https://dgesui.ses.sep.gob.mx/programas/subsidios-federales-para-organismos-descentralizados-estatales-u006>

Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca. Plan Institucional de Desarrollo UABJO 2022-2024. Visión 2030.



http://www.uabjo.mx/media/1/2022/08/Pid_Uabjo_22-24.pdf

DE SOUSA, Santos Boaventura (2005) La Universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipadora de la universidad. Bolivia. CIDES UMSA. https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/universidad_siglo_xxi-.pdf

Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Subsidios para Organismos Descentralizados Estatales. Educación Pública.

<https://nptp.hacienda.gob.mx/programas/jsp/programas/fichaPrograma.jsp?id=11U006>

Auditoría Superior de la Federación. Cámara de Diputados. Subsidios Federales para Organismos Descentralizados Estatales (U006) ASF. 2022. https://informe.asf.gob.mx/Documentos/Auditorias/MR-U006_a.pdf

Auditoría Superior de la Federación. Cámara de Diputados. Subsidios Federales para Organismos Descentralizados Estatales. MR U006 ASF 2022. Pág. 15. https://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2021b/Documentos/Auditorias/MR-U006_a.pdf

Animal Político. Mexicanos Unidos Contra la Corrupción y la Impunidad. La Estafa Maestra.

<https://www.animalpolitico.com/estafa-maestra/>



ROLDÁN Sánchez, Nayeli. CASTILLO Molla, Miriam. URESTE Cava, Manuel. La Estafa Maestra. México. Editorial Planeta. 2018.

Carta de entrega del PPEF para el Ejercicio Fiscal 2023, a la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. Andrés Manuel López Obrador, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

<https://www.ppef.hacienda.gob.mx/work/models/8uLX2rB7/PPEF2023/mo2h2PK/docs/carta/Carta.pdf>

RODRIGUEZ Gómez Roberto. 29 de septiembre de 2022. Obligatoriedad y gratuidad de la educación superior ¿cambio de opinión? CAMPUS Suplemento sobre educación superior

[https://suplementocampus.com/obligatoriedad-y-gratuidad-de-la-educacion-superior-cambio-de-opinion/#:~:text=A%C3%B1adi%C3%B3%20que%20%E2%80%9Cen%20el%20proceso,13%20de%20mayo%20de%202019\).](https://suplementocampus.com/obligatoriedad-y-gratuidad-de-la-educacion-superior-cambio-de-opinion/#:~:text=A%C3%B1adi%C3%B3%20que%20%E2%80%9Cen%20el%20proceso,13%20de%20mayo%20de%202019).)

URRUTIA, Alonso. JIMÉNEZ, Néstor. 17 de noviembre de 2022. La Jornada. Cuestiona AMLO opacidad de universidades públicas en manejo de sus recursos. <https://www.jornada.com.mx/notas/2022/11/17/politica/cuestiona-amlo-opacidad-de-universidades-publicas-en-manejo-de-sus-recursos/?s=08&fbclid=IwAR1dYGtx15thZNEimMscFzrA52kh0JzUlaQAKUmhEss07uFZi6dMTnOjCk0>

Gabilex

Nº 34

Junio 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



**EL INCUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE
PRESCRIPCIONES TÉCNICAS POR
PARTE DE LA OFERTA DEL LICITADOR
NO SUPONE UNA EXCLUSIÓN
AUTOMÁTICA**

**NON-COMPLIANCE WITH THE
TECHNICAL SPECIFICATIONS BY THE
TENDERER'S BID DOES NOT
AUTOMATICALLY LEAD TO EXCLUSION.**

Dr. Jaime Pintos Santiago

Socio-Director del Despacho Jaime Pintos Abogados &
Consultores

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
en UDIMA

Funcionario de Carrera en Excedencia

Orcid: 0000-0002-1622-5162

D^a. María Dolores Fernández Uceda

Abogada Senior en Jaime Pintos Abogados &
Consultores

Especialista en Contratos Públicos



Resumen

Análisis amplio de la doctrina concordante al Acuerdo nº 454/2022, de 1 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Recurso nº 438/2022), que desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la Resolución de la Gerente de la Universidad Carlos III de Madrid, de fecha 3 de octubre de 2022, por el que se dispone la adjudicación de la contratación del "Suministro de cluster de cómputo para el Proyecto React-Predcov-Cm (Multi-source and multi-method prediction to support COVID-19 policy decision making)" (expediente nº 2022/0006148), dejando sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP, y no apreciando la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

Abstract

Comprehensive analysis of the concordant doctrine to Agreement no. 454/2022, of 1 December, of the Administrative Tribunal for Public Procurement of the Community of Madrid (Appeal no. 438/2022), which rejects the special appeal in procurement matters lodged against the Resolution of the Manager of the Carlos III University of Madrid, dated 3 October 2022, by which the award of the contract for the "Supply of computing cluster for the React-Predcov-Cm Project (Multi-source and multi-method prediction to support COVID-19 policy decision making)" (file no. 2022/0006148) was ordered, leaving without effect the automatic suspension provided for in article 53 of the LCSP, and not appreciating the



concurrency of bad faith or recklessness in the lodging of the appeal.

Palabras clave

Acceso al expediente – Lex contractus – Prescripciones técnicas – Discrecionalidad técnica – Exclusión

Keywords

Access to the dossier – Lex contractus – Technical specifications – Technical discretion – Exclusion

Sumario

- I.- Motivos de la impugnación
- II.- Consideraciones del Tribunal
- III.- Conclusiones: doctrina vinculante

I. MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

Recurrió el acuerdo de adjudicación la empresa cuya oferta resultó segunda mejor clasificada por considerar que los equipos ofertados por la empresa adjudicataria no cumplía con los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas, por lo que debió haber sido objeto de exclusión.

Los pliegos de la licitación no contemplaban la aportación de la documentación técnica de los equipos ofertados, si



bien la Mesa de Contratación la requirió a ambos licitadores con carácter previo a la celebración de la sesión de apertura de ofertas basadas en cifras o porcentajes, aunque en el acta de la misma no se mencionaba dicha circunstancia.

La recurrente, a los efectos de fundamentar su derecho de defensa a través de un eventual recurso contra el acuerdo de adjudicación, solicitó le fuese facilitada copia de la ficha técnica del equipo ofertado por la adjudicataria, siéndole compartida a través de Google drive un documento que no era una ficha técnica sino una reproducción de las características del equipo ofertado en relación a los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas, y del que no se indicaba su procedencia.

En el recurso especial interpuesto se fundamentó desde el punto de vista técnico que los equipos ofertados por la adjudicataria no cumplían con los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas, por lo que debió ser objeto de exclusión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, antes entrar en el fondo del asunto, hace una llamada de atención al órgano de contratación sobre el hecho de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no incluyera la obligación de presentar cualquier tipo de documentación acreditativa



del cumplimiento de las prescripciones técnicas, algo que, a su juicio, genera indefensión a los licitadores y es contraria al interés público.

Señala, además, que ello no es excusable por el hecho de que en la licitación no se contemplasen criterios dependientes de juicios de valor, ya que lo único que determinaría en ese caso es el sobre en el que incluir dicha documentación técnica, como explicita la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid en su informe 1/2020, de 1 de marzo.

Y trae a colación su Resolución 434/2022 de 17 de noviembre, en la que desarrolla en qué medida tal omisión genera indefensión. En dicha resolución el Tribunal pone de manifiesto que *"el diferimiento a la recepción del suministro del examen del cumplimiento de todas las prescripciones técnicas en este suministro vulnera los principios y normas de la contratación pública, y es causa de nulidad de pleno derecho, no convalidada por la no impugnación de los pliegos. Es causa de nulidad de pleno derecho, porque deja fuera del control de los licitadores un elemento fundamental de la adjudicación, causando indefensión, vulnerando los principios de concurrencia, igualdad y publicidad, y prescindiendo del procedimiento legalmente previsto para la adjudicación."*

El diferimiento a la ejecución del contrato del estudio de todas las prescripciones técnicas deja el cumplimiento de las mismas fuera del procedimiento de contratación, y con ello del control por la Mesa, por los técnicos del órgano de contratación, y eventualmente su fiscalización



y control por los licitadores y órganos administrativos y judiciales. Por lo mismo, es contrario al interés público que se difiera a tal momento el control de un suministro de esta naturaleza. En la recepción del suministro, como se configura en el pliego, solo cabe o hacerse cargo del mismo, aunque incumpla, o resolver el contrato.

Supone que se va a llegar a la formalización, y por tanto perfección, del contrato sin determinación precisa de su objeto”.

Añade el Tribunal que, una cosa es que las prescripciones técnicas rijan la ejecución de la prestación y otra bien distinta que se prescindiera de cualquier control en fase de licitación y adjudicación, dejando la entera comprobación de la conformidad del equipo a la ejecución del contrato.

En el caso objeto del presente comentario el Tribunal de Madrid considera, no obstante, que la actuación de la mesa de contratación solicitando la ficha técnica, pese a que el pliego no requería nada, subsana esta deficiencia de los pliegos.

Entrando en el fondo del asunto, el Tribunal recuerda que la mera presentación de la proposición presume el cumplimiento por el licitador de las prescripciones técnicas y que sólo cabe concluir incumplimientos de declaraciones expresas contrarias a los pliegos técnicos en la documentación o la oferta técnica, no del silencio sobre documentación no requerida.

A continuación, el Tribunal apela a la doctrina de la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas, recogida en muchas de sus resoluciones, como las nº



269/2022 de 7 de julio; 1039/2015, de 30 de octubre; 21/2014, de 17 de enero. Y también trae a colación la doctrina mantenida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que el TACP de Madrid comparte, referente a la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos. Así, por ejemplo, la resolución del TACRC nº 980/2019, 6 de septiembre, afirma que *“es doctrina reiterada del Tribunal la que atribuye a los informes técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo pueda ser desvirtuada con una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados”*.

La valoración de las ofertas tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el Tribunal considera que carece de la competencia adecuada, al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos.

Por otro lado, pone de manifiesto que para excluir a un licitador por incumplimiento de las prescripciones técnicas, como concluye el TACRC en su resolución nº 1564/2021, de 11 de noviembre, es preciso que se trate de un incumplimiento claro, palmario y evidente, que conste en la documentación. En el caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas. Si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos pero admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, ésta es la que debe imperar. Únicamente procede la exclusión cuando el incumplimiento sea expreso, de



modo que no quepa duda de que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego.

III. CONCLUSIONES: DOCTRINA VINCULANTE

Analizamos, en consecuencia, dos aspectos relevantes en lo que se refiere a la valoración de las ofertas.

Por un lado, las **consecuencias del incumplimiento de las condiciones técnicas establecidas en los pliegos**. Así, debemos tener en cuenta, como destaca el TACRC en su Resolución nº 551/2014, de 18 de julio, citada en la nº 474/2019, de 30 de abril, cuya doctrina es recordada en la Resolución nº 973/2019, de 9 de septiembre, que *“es innegable que **la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión del licitador**, porque ello supondría la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones previamente fijadas por la Administración y aceptados por el licitador al presentar su oferta”*.

No obstante, el Tribunal aclara que la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión del licitador, **siempre y cuando** concurren las premisas que la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales han ido fijando: *“que **tal incumplimiento sea expreso** (no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone*



abiertamente a las exigencias mínimas técnicas) y claro (debe referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el PPT y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos)”.

Por otro lado, debemos referirnos también a la **discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas**. Señala el TACRC en la Resolución nº 282/2022 de 3 de marzo que *“los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos, de que vulneran el ordenamiento jurídico vigente o que se han dictado en clara discriminación de los licitadores (Resolución TACRC nº 153/2020, de 6 de febrero, entre otras)”*

La doctrina de la discrecionalidad técnica ha experimentado una evolución en los últimos años. Debemos recordar que no es absoluta, sino que debe respetar los límites que condicionan su ejercicio. Como ponía de manifiesto el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la misma, la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están “dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados”.



Como señalaba el propio TACP de Madrid en la Resolución nº 049/2020, de 5 de febrero, *"si lo que se está revisando es el cumplimiento de las prescripciones técnicas por el licitador (que constituye una obligación legal ex artículo 139 de la LCSP) existen dos términos de comparación asequibles cuales son el Pliego de Prescripciones Técnicas y la documentación aportada por el licitador, y sí es revisable por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública la actuación del órgano de contratación, en tanto es una cuestión de legalidad, el cumplimiento de las prescripciones y su afectación a otros principios como el de igualdad de trato de los licitadores, y en cuanto no concierna al núcleo de la discrecionalidad técnica propiamente dicho"*.

Por tanto, la valoración del cumplimiento de las prescripciones técnicas por parte de la oferta del licitador efectuada por el órgano de contratación, en cuanto que se trata de una cuestión de legalidad, es revisable por parte de los Tribunales de Recursos Contractuales y no olvidemos tampoco que el juicio de veracidad y acierto se sustenta en dos premisas indisociables, cuales son, la competencia para ello y la cualificación idónea y necesaria.



**CUANDO LA DISCRECIONALIDAD SE
VUELVE ARBITRARIEDAD NO ES
CONTROLABLE A TRAVÉS DEL RECURSO
ADMINISTRATIVO ORDINARIO.**

**WHEN DISCRETION BECOMES
ARBITRARINESS IT IS NOT
CONTROLLABLE THROUGH ORDINARY
ADMINISTRATIVE APPEAL.**

Dr. Jaime Pintos Santiago

Socio-Director del Despacho Jaime Pintos Abogados &
Consultores

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
en UDIMA

Funcionario de Carrera en Excedencia

Orcid: 0000-0002-1622-5162

D^a. María Dolores Fernández Uceda

Abogada Senior en Jaime Pintos Abogados &
Consultores

Especialista en Contratos Públicos



Resumen

Análisis amplio de la doctrina concordante al Decreto nº 2022/6783, de 21 de abril de 2022, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Marbella, que desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto por el segundo licitador mejor clasificado contra el Decreto de adjudicación de la Concesión demanial del uso privativo de una superficie de 1.032,82 m² de zona verde publica en el Sector URP-AN-8 "La Pepina" en Marbella, para la explotación y gestión de pistas de pádel existentes en la misma (Expediente: BPAT 6/21), de fecha 16 de marzo de 2022, así como la solicitud de medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación.

Abstract

Extensive analysis of the doctrine concordant with Decree no. 2022/6783, dated 21 April 2022, of the Local Government Board of the Marbella Town Hall, which rejects the appeal for reconsideration lodged by the second best-ranked bidder against the Decree awarding the Concession for the private use of an area of 1.032.82 m² of public green area in the Sector URP-AN-8 "La Pepina" in Marbella, for the operation and management of paddle tennis courts existing in the same (File: BPAT 6/21), dated 16 March 2022, as well as the request for a provisional measure to suspend the bidding procedure.



Palabras clave

Discrecionalidad - Variantes – Subsanación – Exclusión – Lex contractus

Keywords

Discrecionality – Variants – Correction – Exclusion – Lex contractus

Sumario

I.- Motivos de la impugnación

II.- Consideraciones del órgano que resolvió el recurso

III.- Conclusiones: doctrina vinculante

I. MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

Se licitaba la concesión demanial del uso privativo de una parcela municipal para la explotación y gestión de pistas de pádel existentes en la misma. La recurrente, que aportó informe pericial, alegó en primer lugar la inviabilidad tanto física como urbanística de la propuesta del licitador propuesto como adjudicatario, incluida en la “Memoria justificada y presupuestada de reforma y mejora de las instalaciones”, que debió ser valorada con cero puntos.

A continuación, la recurrente argumentó que en la valoración de criterios sometidos a juicio de valor, hecha por el Técnico de la Delegación de Deportes, se había



excedido de la discrecionalidad técnica porque no se habían respetado las disposiciones del pliego de cláusulas administrativas, valorándose con la máxima puntuación una propuesta que, al incluir una cuarta pista de pádel y la construcción de una caseta cerrada con tala de doce árboles, en realidad estaba desnaturalizando el objeto del contrato, consistente en la concesión del uso privativo de una superficie para la explotación y gestión de tres pistas de pádel existentes en dicha superficie, puesto que en dicha licitación no se admitían y además el pliego sólo permitía al concesionario realizar a su costa las obras necesarias para mejorar, completar y poner en funcionamiento las instalaciones entregadas por el Ayuntamiento de Marbella con el objeto de adecuarlas al destino y actividades que resultan de la concesión.

El licitador propuesto como adjudicatario no cumplimentó adecuadamente el requerimiento de acreditación de las circunstancias relativas a capacidad de obrar, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar, en los términos previstos por el artículo 150.2 LCSP. Sostenía la recurrente que el licitador propuesto como adjudicatario no había cumplimentado adecuadamente el requerimiento de acreditación de las circunstancias relativas a capacidad de obrar, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar, en los términos previstos por el artículo 150.2 de la LCSP, por lo que se debió entender que había retirado su oferta y proceder a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que habían quedado clasificadas las ofertas, lo que habría supuesto la adjudicación a la recurrente.



La recurrente había tenido acceso al expediente y pudo comprobar tanto el contenido del requerimiento de aportación de documentación como la documentación aportada por el licitador propuesto como adjudicatario. Llamaba la atención, en primer lugar, que la documentación aportada no lo había sido, pese a indicarlo así el requerimiento, a través de la plataforma de contratación del sector público, ni tan siquiera a través de la sede electrónica municipal, y tampoco aparecía presentada a través del registro municipal físico, de manera que no podía comprobarse si había sido aportada dentro del plazo conferido para ello, lo que ya de por sí era una muestra de que en la adjudicación efectuada no se estaba cumpliendo escrupulosamente con la legalidad. Únicamente habían sido presentadas a través de la sede electrónica municipal dos cartas de pago que completaban el importe de la garantía definitiva constituida.

Por otro lado, la adjudicataria no había aportado documentación acreditativa de la solvencia económica conforme a lo estipulado en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que permitía acreditarla mediante las cuentas anuales o mediante un justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales.

En lo que respecta a la solvencia técnica, concretada en la experiencia del licitador en la gestión de, al menos, un equipamiento deportivo similar durante, al menos, los tres últimos años, la misma se podía acreditar, bien mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario fuese una entidad



del sector público, o bien, cuando el destinatario fuese un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañada de los documentos obrantes en poder del mismo que acreditasen la realización de la prestación. Pues bien, el adjudicatario aportaba una declaración manifestando disponer de esa solvencia por haber dirigido un club de pádel pero no la acompaña de documentos acreditativos de la realización de la prestación, convirtiendo la admisión de esa pretendida acreditación en un auténtico acto de fe. Y, como los "milagros" existen, un informe del mismo Técnico que valoró su propuesta relativa a criterios sometidos a juicio de valor, dio por buena esa acreditación declarando que dicho licitador había manifestado disponer de la solvencia técnica y profesional contrastada en base a la dirección de diversos centros deportivos del municipio, y que ello podía entenderse *"como una declaración del empresario, acompañado de documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización participación en competiciones oficiales"*, evacuando por ello informe favorable. Dejamos a la interpretación del lector la calificación de esta actuación.

De los certificados de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, la recurrente comprobó que el adjudicatario había presentado certificados caducados. Por otro lado, no había aportado un certificado de estar al corriente de las obligaciones tributarias expedido por la Administración local con la que se iba a contratar, como exigía el pliego de la licitación, sino un Informe



positivo del Patronato Provincial de Recaudación constatando la ausencia hasta la fecha de deudas en vía ejecutiva con el Ayuntamiento. Por tanto, tampoco en este aspecto se atendió debidamente el requerimiento.

Por último, la póliza de responsabilidad civil aportada por el licitador propuesto como adjudicatario no cumplía con el importe mínimo a garantizar requerido por el pliego, de manera que tampoco atendió en este aspecto el requerimiento de acreditación. El pliego establecía que el concesionario estaba obligado a contratar una póliza que cubriera a todo riesgo las instalaciones y la responsabilidad civil frente a terceros, incluidos los daños por incendio, por un importe mínimo que garantizase la cobertura de la totalidad de la explotación.

El propio pliego de cláusulas administrativas particulares establecía, respecto a la presentación de la documentación acreditativa de la constitución de la garantía definitiva, la relacionada con la acreditación de la circunstancia de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, y la relativa póliza de responsabilidad civil, que no sería concedido plazo de subsanación alguno, de manera que, de no cumplimentarse adecuadamente dicha documentación, se entendería que el licitador había retirado su oferta, procediendo a exigirle el importe del 3% del presupuesto base de licitación, en concepto de penalidad, procediéndose a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas.



II. CONSIDERACIONES DEL ÓRGANO QUE RESOLVIÓ EL RECURSO

Desde la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas han incrementado las resoluciones expresas de los recursos de reposición, no por voluntad de los órganos resolutorios sino para evitar que la falta de resolución expresa de la solicitud de medidas cautelares que los pueda acompañar tenga efectos estimatorios. No obstante, se siguen resolviendo y desestimando sistemáticamente dichos recursos con la "tranquilidad" que ofrece al órgano administrativo la posibilidad de abocar al administrado a la vía contencioso-administrativa, que en muchas ocasiones tiene efectos disuasorios.

En el caso objeto del presente comentario, el órgano administrativo resolvió el recurso, desestimándolo.

En relación a la inviabilidad urbanística de la propuesta técnica de la adjudicataria que alegaba la recurrente, se limitó a señalar que se verificaría en el momento que la adjudicataria solicitase la correspondiente licencia de obras. Es decir, viene a reconocer que se valoró con la máxima puntuación una propuesta cuya viabilidad se difiere a un momento posterior a la adjudicación del contrato. Nos queda el interrogante de saber qué haría el órgano de contratación si, llegado ese momento, comprobase que la propuesta era inviable, pues ya no podría excluirla. ¿Resolvería en este caso el contrato o le



permitiría modificar su propuesta a posteriori? Ahí lo dejamos.

Respecto a la desnaturalización del objeto del contrato y no admisibilidad de variantes alegadas de contrario, el órgano de contratación considera que la construcción de una nueva pista de pádel no incluida en el objeto del contrato, que recordemos era la concesión del uso privativo de una superficie para la explotación y gestión de instalaciones tres pistas de pádel existentes en la misma, pudiendo el concesionario realizar a su costa las obras necesarias para mejorar, completar y poner en funcionamiento las instalaciones entregadas por el Ayuntamiento, con el objeto de adecuarlas al destino y actividades que resultan de la concesión, *"no resulta contrario al interés público, ni al servicio que se supone que ha de prestar la instalación deportiva que se proyecta, sino todo lo contrario"*. Entiende que *"dotar a una instalación deportiva de 4 pistas de pádel nuevas supone, evidentemente, una mejora, y en ningún caso una variante, pues no hay nuevas soluciones técnicas en la prestación, como sería el caso de construir una cancha de baloncesto u otro deporte, o destinar la superficie a un restaurante, por ejemplo"*.

Finalmente, en lo que concierne a la alegación de la recurrente relativa a que la adjudicataria no cumplimentó adecuadamente el requerimiento de aportación de documentación acreditativa en los términos del artículo 150.2 de la LCSP, el órgano de contratación considera que sí cumplió.



Señala dicho órgano que, respecto a la solvencia económica, la adjudicataria aportó póliza de responsabilidad civil por riesgos profesionales mediante el mismo documento de póliza de responsabilidad civil de la explotación, de manera que con el mismo documento cumplía tanto con la cobertura de la actividad como con la solvencia económica.

En cuanto a la solvencia profesional, señalaba que constaba en el expediente declaración del adjudicatario en el sentido de disponer de dicha solvencia pero que no se le había requerido documentación acreditativa de la experiencia en la gestión "*por ser opcional a tenor del art.90.1 a) segundo párrafo*" y que, en cualquier caso, constaba el informe favorable del Técnico de la Delegación de Deportes al que se ha hecho mención con anterioridad, y que venía a equiparar la sola declaración de disponer de solvencia al hecho de venir también acompañada de los documentos acreditativos de la misma, convirtiéndola en acto de fe. Es decir, el órgano de contratación interpreta la ley a su antojo, incumpléndola y justificando de esa manera la falta de acreditación de la solvencia técnica del licitador. La solvencia técnica consistente en la experiencia del licitador en la ejecución de contratos de igual o similar naturaleza se acredita, bien mediante certificados de ejecución, si el destinatario de los servicios es público, o bien, tratándose de un destinatario privado, mediante certificado expedido por éste o, en su defecto, mediante una declaración del empresario acompañada de los documentos que acrediten la realización de la prestación, de manera que la acreditación no es opcional.



Por último, los certificados de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, el órgano de contratación indica que constan en el expediente otros certificados vigentes y correctos – de fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas en dicha licitación y posteriores también a la finalización del plazo de atención del requerimiento formulado con arreglo al artículo 150.2 de la LCSP -, pero que la recurrente no solicitó copia de ellos. Parece querer olvidar el órgano de contratación que en la diligencia municipal de entrega a la recurrente de copia de la documentación se relacionaba la documentación solicitada por la misma y en ella no se especificaba la fecha de dichos certificados.

III. CONCLUSIONES: DOCTRINA VINCULANTE

Analizamos, en consecuencia, la doctrina vinculante que incide sobre dos de los aspectos relevantes del caso objeto de comentario.

En primer lugar, según el artículo 145.7 LCSP, las mejoras son las prestaciones adicionales a las definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.

Como ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdos 8/2012, de 7 de febrero y 45/2015, de 16 de abril) en aquellos años en los que sus resoluciones suponían un importante elemento pedagógico de la contratación pública: "*por*



mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias."

La diferencia entre mejoras y variantes. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos (TACP) de la Comunidad de Madrid, en sus Resoluciones 43/2011, de 28 de julio y 39/2013, de 6 de marzo ha diferenciado del siguiente modo ambas figuras: *"Las variantes son propuestas alternativas que incorporan otras soluciones técnicas a la prestación objeto de licitación y se concretan en una proposición alternativa u opcional para el órgano de contratación respecto de la exigida en los Pliegos de condiciones, las mejoras son aquellas aportaciones extras sobre la prestación que han sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta del licitador y determinar la adjudicación a través de los criterios de valoración"*.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en su Resolución 592/2014, de 30 de julio, ha entendido que *"las variantes son ofertas que incorporan soluciones técnicas diferentes a la prestación objeto de licitación y que, manteniendo la identidad o reconocibilidad de la prestación originaria, se concretan en una proposición alternativa u opcional para el órgano de contratación respecto de la exigida en los Pliegos"*.



Por ello, según la Resolución 76/2014, de 31 de julio, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco (OARC), la variante se caracteriza por proporcionar al poder adjudicador diferentes soluciones técnicas en modo alternativo de modo que puede elegir una cualquiera de entre ellas.

Respecto de la oportunidad de utilización de las variantes es algo que obedece a la pura casuística, a la praxis, a una suerte de circunstancias, a las necesidades del órgano de contratación, a los objetivos a satisfacer con esa contratación y a un largo etcétera, pero es algo que ha de figurar expresamente recogido en el PCAP, al igual que las mejoras y ni unas ni otras podrán ser tenidas en cuenta si no son expresamente recogidas.

La forma de definir y valorar las mejoras es cumpliendo todos los requisitos legales y doctrinales a los que nos hemos referido y para ello la única forma es su valoración como criterio evaluable de forma automática, no sometidas por tanto a juicio de valor, pues resulta imprescindible formular los requisitos y condiciones a los cuales deben ajustarse tales mejoras, con el fin de que los licitadores conozcan en todo momento los parámetros en los cuales se pueden mover para la elaboración y presentación de sus ofertas. Asimismo, es evidente que las mejoras y variantes son figuras jurídicas distintas.

En segundo lugar, la **discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas**, respecto a la que la doctrina es unánime, pudiéndose traer a colación la Resolución nº 189/2012 del Tribunal Administrativo Central de



Recursos Contractuales, que señalaba que la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor por parte de la Mesa de contratación, constituye una manifestación particular de la denominada "discrecionalidad técnica" de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las Mesas de contratación al valorar criterios subjetivos o dependientes de juicios de valor.

Por su parte, la Resolución 159/2012 de ese mismo Tribunal manifestaba que *"sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental cabe entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación -seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar "un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos"*.

Y en la Resolución 368/2016, de 13 de mayo de 2016, declaraba dicho Tribunal que *"los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad,*



precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores; en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias, de modo que, fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Recordemos que la motivación suficiente del informe técnico de valoración de ofertas lo convierte en inatacable. La debida motivación¹ del informe técnico de valoración garantiza que el juicio emitido haya sido fundado en elementos de carácter eminentemente técnico², conforme con los criterios y

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2015 (Roj 3391)2015): *"la motivación del acto no nos permite examinar la entraña de la decisión técnica, producto de la indicada discrecionalidad técnica, y sustituir ese juicio técnico por el que expresa el recurrente o el propio tribunal. Lo que nos permite la motivación, en definitiva, es controlar que efectivamente se ha puesto de manifiesto, de forma comprensible, las razones de la puntuación expresada, y además, que esa decisión no es arbitraria, no incurre en desviación de poder, no se opone a los principios generales del derecho, o incurre en defectos de índole formal”.*

² Resolución 93/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco: *«el control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de*



subcriterios establecidos tanto en el pliego de condiciones como en el de prescripciones técnicas, sin que se advierta indicio alguno de arbitrariedad, dolo, ilegalidad o error manifiesto de ningún tipo, que operarían como límites a la discrecionalidad técnica y en cuyo incumplimiento podría basarse un eventual recurso.

El control de la motivación debe comenzar analizando si la misma es suficiente³. La motivación debe dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción del acto; sus elementos básicos, cuando el acto motivado es la adjudicación, son la descripción de los aspectos de las ofertas sobre los que se emite la valoración, el juicio valorativo que éstos merecen y la puntuación que, en consecuencia con todo ello, corresponde a cada proposición, de acuerdo con los criterios de adjudicación previamente establecidos en los Pliegos⁴. Una vez satisfechos estos requisitos mínimos, no hay obligación de que la motivación se sujete a un esquema formal

*control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina "**núcleo material de la decisión**", esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos».*

³ Resoluciones 52/2013 y 93/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁴ Resolución 130/2015 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.



concreto⁵. Pensemos pues si en el informe del expediente en cuestión objeto de análisis se cumple si quiera alguno de los anteriores hitos.

⁵ Resolución 72/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.



Gabilex

Gabilex

Nº 34

Junio 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

BASES PARA LA PUBLICACIÓN



**BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS
Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX,
REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA
JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA
MANCHA**

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

**II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS
INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES**



En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.



También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en



orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.



- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS



Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.



Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana⁶. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

⁶ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

**IX. CITA DE REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS**

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:



Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el



<http://gabilex.castillalamancha.es>

libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación "*op. cit.*," de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura "pág." el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura "págs." se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.



X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen:(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)



Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) Tercer nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

