

Nº 15
Tercer trimestre 2018

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

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

Número 15. Septiembre 2018

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

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

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 Araceli Muñoz de Pedro

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

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

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. David Larios Risco

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

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.



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 Alvarez*".

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 del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

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

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción 9

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LOS SUPUESTOS DE COOPERACIÓN VERTICAL COMO EXCEPCIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: LOS ENCARGOS A LOS MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS.

D^a Beatriz Montes Sebastián 15

LA REFORMA DEL REGLAMENTO DE SUBVENCIONES DE CASTILLA-LA MANCHA POR EL DECRETO 49/2018, DE 10 DE JULIO: UN ANÁLISIS CRÍTICO.

D. Carlos María Rodríguez Sánchez 77

LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL Y SANCIONADORA POR LAS ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA PROTEGIDA.

D. Salvador Moreno Soldado 113

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL AGUA Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

D. Antonio Maniatis 263



COMENTARIO DE LEGISLACIÓN

COMENTARIO AL REAL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

D. Leopoldo Gómez Zamora 281

COMENTARIO DE SENTENCIA

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA Nº 268 DE 28 DE MAYO DE 2018. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO núm.: 598/2016. APLICACIÓN NO AUTOMÁTICA DE UN COEFICIENTE CORRECTOR EN FUNCIÓN DEL TIPO DE CULTIVO (TIPO DE CAPITALIZACIÓN R2 DEL REGLAMENTO DE VALORACIONES DE LA LEY DE SUELO).

D^a Ana María Rodríguez Martín 333

BASES DE PUBLICACIÓN363

EDITORIAL

El pasado 4 de septiembre se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y lucha contra el terrorismo, y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros con el objetivo de atraer talento a los países de la UE.

Centramos nuestra atención en uno de los aspectos de este Real Decreto-ley que modifica la Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, introduciendo un nuevo artículo 26 bis que se refiere a los Procedimientos Internos de comunicación de potenciales incumplimientos en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, es decir, introduce la obligación de implantar canales de denuncia.

Así, se exige a los sujetos obligados que establezcan procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos de esta ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento, cometidos en el seno del sujeto obligado.



Resulta plausible que desde Europa se está impulsando la implantación de canales de denuncia como herramienta para frenar la corrupción como lo demuestra la Directiva ahora transpuesta así como el reciente anuncio (el pasado 23 de abril) de la Comisión sobre la propuesta de Directiva aprobada por el Parlamento Europeo para la protección de aquellas personas que decidan denunciar actividades ilegales o cualquier abuso de derecho.

La Directiva pretende dar protección a todas aquellas personas que dentro de una organización (pública o privada) quieran denunciar una actividad ilegal relacionada con las siguientes materias: (i) contratación pública; (ii) servicios financieros, blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo; (iii) seguridad del producto; (iv) seguridad del transporte; (v) protección del medio ambiente; (vi) seguridad nuclear; (vii) seguridad de alimentos y piensos, salud y bienestar animal; (viii) salud pública; (ix) protección del consumidor; (x) protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información.

También se aplica a las infracciones de las normas de competencia de la UE, las vulneraciones y el abuso de las normas relativas al impuesto sobre sociedades y el daño a los intereses financieros de la UE. La Comisión alienta a los Estados miembros a superar estas normas mínimas y a establecer normativas exhaustivas basadas en los mismos principios en materia de protección de los denunciantes de irregularidades.

Con esta Directiva la Comisión reconoce que proteger a los denunciantes de irregularidades contribuye a defender la libertad de expresión y la libertad de los

medios de comunicación, y es esencial para preservar el Estado de Derecho y la democracia en Europa. Debemos recordar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene consagrando la denuncia de irregularidades como una forma de libertad de expresión protegida en virtud del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del que todos los países de la UE son partes.

Sin lugar a dudas, la propuesta de Directiva constituye una buena noticia para la tutela de los derechos de los ciudadanos frente a las irregularidades de las Administraciones y una herramienta fundamental en la lucha contra la corrupción y confirma la estela marcada.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

**“LOS SUPUESTOS DE
COOPERACIÓN VERTICAL COMO
EXCEPCIÓN EN LA APLICACIÓN DE
LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA: LOS ENCARGOS A LOS
MEDIOS PROPIOS
PERSONIFICADOS”**

**“THE CASES OF VERTICAL
COOPERATION AS AN EXCEPTION IN
THE APPLICATION OF THE PUBLIC
PROCUREMENT RULES: ORDERS TO
THE PERSONIFIED THEIR OWNMEANS”**

D^a Beatriz Montes Sebastián

Directora de Asesoría Jurídica de la
Fundación Universidad-Empresa de Valencia

RESUMEN:

La Doctrina In house Providing desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como supuesto de excepción en la aplicación de la normativa de contratación pública, ha sido positivizada en la Directiva 2014/24/UE de Contratación Pública y posteriormente en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público con la finalidad de dar seguridad jurídica



a un régimen cada vez más extendido y que planteaba no pocos problemas jurídicos, en especial por la llamada “huida del derecho administrativo” y la proliferación de entidades de naturaleza jurídico-privada que actuando como entes instrumentales permitían a los poderes públicos realizar determinadas actuaciones sin aplicar la normativa de contratación pública, aplicando los mismos normas mucho más laxas que las aplicables a la propia Administración. Dichas prácticas en ocasiones generaban problemas de competencia al otorgar ventajas competitivas a entidades que actuando en el mercado, eran financiadas por la propia Administración. En atención al nuevo régimen jurídico en el presente trabajo se pretende analizar el régimen jurídico de los medios propios y los requisitos exigidos para su aplicación.

Palabras clave:

Medios propios, encargo, cooperación vertical, control análogo, control conjunto, contratación pública.

Abstract:

The Directive “In- House Providing”, developed and passed by the Court of Justice of the European Union as an assumption of exception in the application of the regulations of public procurement, has been set out in the Directive 2014/24/EU on public procurement and reviewed and updated in 9/2017, as of 8th November on contracts regarding the public Sector with the purpose of giving legal certainty to an increasingly extended regime. This posed a number of legal problems, having regard to the so-called “Escape from administrative law” and the number of high profile cases of a legal-private nature, acting as a medium,

allowed the public authorities to perform certain actions without directly applying the rules of public procurement, as stated. In this way the same rules would be applied in order to enable procurors to make better use of public procurement. Such practices sometimes generated competition problems by allowing unknown bodies to gain an unfair advantage over other bodies acting on the market, and were financed by the administration itself. In view of the new and current legal regime, the aim is to analyse the legal system independently (or from a fresh prospective...), and the requirements required for its application.

Keywords:

In house providing, order, vertical cooperation, control which is similar to that which it exercises over its own departments, joint control, public procurement.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento general
2. Antecedentes en España
3. La doctrina in house providing del TJUE como excepción en la aplicación de la normativa de contratación pública
4. Problemas planteados en relación a dicha figura

II. POSITIVACIÓN DE LA DOCTRINA IN HOUSE: LOS ENCARGOS A LOS MEDIOS PROPIOS

1. La 4ª generación de las Directivas de Contratación Pública
2. La Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector



Público

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

4. Comparativa con la regulación anterior

III. ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS ENCARGOS A LOS MEDIOS PROPIOS

1. Requisitos para ser medio propio

A. Entidad perteneciente al Sector Público y reconocimiento de la condición del medio propio en sus estatutos

B. Control análogo al que se tiene a sus propios servicios

C. Más del 80% por ciento de la actividad del medio propio debe ser realizada para la entidad que realiza el encargo

D. El medio propio no debe tener participación privada

E. Tener medios suficientes para realizar el encargo

2. Régimen de funcionamiento

A. Requisitos de forma y publicidad

B. Normas de contratación

C. Límites a la subcontratación

3. Control previo y posterior de los encargos a los medios propios

A. Informe de intervención y otros controles

B. Informe de los Auditores de Cuentas

C. Recurso especial en materia de contratación

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El objeto del presente estudio es analizar el nuevo régimen jurídico de los medios propios personificados como supuestos de cooperación vertical, tras su positivación.

La Constitución Española (en adelante "CE") establece que las Administraciones Públicas deben perseguir el interés general y someterse a la Ley y al Derecho en el ejercicio de sus funciones y competencias, cumpliendo, entre otros el principio de eficacia. Asimismo, en materia de gasto público, la CE en su artículo 31 prevé la necesidad de cumplir con criterios de eficiencia y economía en su programación y ejecución. Cumpliendo con dichos principios, la Administración tiene discrecionalidad para llevar a cabo sus fines, teniendo potestad de autoorganización en el ejercicio de sus competencias¹.

Una de las actuaciones a desarrollar por las Administraciones Públicas para el aprovisionamiento de bienes y servicios es la contratación pública, suponiendo la misma en la Unión Europea (en adelante "UE") casi un 20% del PIB y en España alrededor de un 18,5%².

¹ La potestad de autoorganización de los poderes públicos ya se reconoció por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante "TJUE") en la sentencia de 11 de enero de 2005, Asunto C-26/03 Stadt Halle (apartado 48) y en la sentencia de 9 de junio de 2009 del TJUE, en el caso Comisión contra Alemania.

² Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante "CNMC"): *"Análisis de la Contratación Pública en*



Además de los principios de eficacia, eficiencia y economía, tras la entrada de España en la Comunidad Económica Europea (actualmente Unión Europea), la normativa aplicable en materia de contratación pública tuvo que atender con carácter prioritario a otros principios fundamentales. Así, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante "TFUE"), tenía por finalidad el establecimiento de un mercado único, reconociéndose la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y mercancías en la UE, siendo aplicables para conseguir dicha finalidad, los principios generales de la Contratación Pública³ de aplicación transversal en todas las fases de la contratación.

La existencia de derecho nacional con una amplia tradición administrativista, unido a la necesidad de aplicar el derecho comunitario, tuvo como consecuencia una normativa de contratos cada vez más compleja y restrictiva, con no pocos problemas de aplicación práctica. En este contexto en el que por un lado las Administraciones deben desarrollar su cometido con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho pero con potestad de autoorganizarse, y deben ser eficaces pero también eficientes, es donde se enmarca el tema a tratar como veremos a continuación.

Las encomiendas, así como los Convenios eran figuras

España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia" de 5 de febrero de 2015, citado en el Módulo II.- Tema 5 del Máster.

³ El principio de igualdad de trato y prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de publicidad y transparencia y el principio de libre competencia, entre otros.

que quedaban fuera de la normativa de contratación pública y que por tanto, permitían a las Administraciones Públicas conseguir los objetivos perseguidos sin necesidad de acudir al mercado y de realizar un procedimiento de licitación pública.

La complejidad de la normativa administrativa y la ausencia de una definición clara de encomienda de gestión, encargo y convenio contribuyeron a que en España y en otros países de la UE se produjera la llamada "*huida del derecho administrativo*", creando las Administraciones Públicas con la finalidad de conseguir un funcionamiento ágil, entes instrumentales que a través de los convenios o las encomiendas de gestión desarrollaban el cometido público que les habían encomendado.

Dicho fenómeno se produjo asimismo por la ausencia de una definición y de un régimen jurídico claro de tales figuras, así como por las limitaciones de las Administraciones públicas para contratar personal debido a las restricciones presupuestarias que existían, en especial, en época de crisis.

Todo ello generó desde la perspectiva de la competencia un elemento distorsionador que era necesario clarificar. La finalidad perseguida en este estudio es analizar los aspectos más novedosos de la figura de los medios propios personificados, distinguiéndola de las otras figuras de cooperación administrativa (las encomiendas de gestión y los convenios). Para ello, en este trabajo se analizará el régimen jurídico anterior, los problemas ocasionados en la práctica con su uso y las medidas introducidas tanto por el legislador comunitario como estatal para solucionar tales problemas y clarificar dicha figura.



2. ANTECEDENTES EN ESPAÑA

La falta de regulación clara en relación con las encomiendas de gestión, fue uno de los factores que provocó un uso excesivo e inadecuado de esta figura. Así, la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante "LRJPAC"), ya derogada⁴, contemplaba en su artículo 15⁵ la figura de las "encomienda de gestión".

En relación con el objeto de la encomienda, el citado artículo hacía referencia a una actividad de carácter material, técnico o de servicios competencia de la entidad que la otorgaba. Según la Circular 6/2009 de 14 de julio de la Abogacía General del Estado hasta la entrada en vigor Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (el 30 de abril de 2008) en adelante "LCSP 2007"), se venía entendiendo que las encomiendas de gestión contempladas en la Ley 30/92 podían incluir prestaciones características de un contrato, no

⁴ Derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común (Disposición Derogatoria Única, 2. a).

⁵ "15.1. LRJPAC.- *La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.*"

permitiéndose dicho objeto a partir de la citada fecha⁶. Respecto a las razones que podían justificar su otorgamiento, el artículo 15 hacía referencia a la eficacia en la actuación de la Administración o bien a la ausencia de medios técnicos idóneos para su desempeño en la propia Administración encomendada. Así, las encomiendas de gestión se configuraban en la LRJPAC como una figura de cooperación interadministrativa, que no suponía la cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, no permitiéndose su uso cuando la entidad encomendada fuera una persona física o jurídica sujeta al derecho privado, haciendo la Ley una remisión en ese caso a la propia normativa de contratos del Estado.

Hasta el año 2005 con la Ley 5/2005 de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública por la que se modificó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000, no se hizo referencia expresa a la figura de las encomiendas en la normativa de contratación. Así la citada norma modificó su artículo 3.1 para excluir del ámbito de aplicación de la contratación pública *“las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedad cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública.”* Posteriormente, la Ley 42/2006, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2007 modificó nuevamente el artículo 3.1 incorporando los requisitos establecidos por la jurisprudencia existente, en especial del TJUE sobre la

⁶ PALOMAR OLMEDA, ALBERTO. Director. “Encomienda de Gestión. Gestión Pública Actual: Régimen jurídico y mayor eficacia”, Editorial Aranzadi, S.A. 2013, página 122.



doctrina in house. No obstante, es en la LCSP 2007 donde se introduce el término de “medio propio” o “servicio técnico” de la Administración.

Así, existían dos conceptos de encomienda de gestión. El previsto en la Ley 30/92 que contemplaba la encomienda como un instrumento de cooperación administrativa y el previsto en la normativa de contratos que contemplaba la encomienda de gestión como un supuesto de exención de la normativa de contratos, siendo en consecuencia considerado un instrumento de gestión de la Administración para la realización de obras y la prestación de servicios y suministros.

El artículo 4.1. n) y 24⁷ de la LCSP 2007 contempló por

⁷ *“Están excluidos del ámbito de la presente ley: n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 26.4, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta ley [...]”*

El artículo 24.6 *“los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad, cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.”* En todo caso se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios *si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública*

primera vez los encargos que un poder adjudicador podía realizar a un ente, organismo o entidad del sector público que ostentara la condición de medio propio o servicio técnico de aquél, incorporando la doctrina del TJUE.

En efecto, la LCSP 2007 contemplaba como supuesto excluido de su ámbito de aplicación aquellos negocios jurídicos realizados entre un poder adjudicador y otra entidad, siempre que dicha entidad cumpliera los siguientes requisitos: (i) reconocimiento de la condición de medio propio en sus estatutos o norma de creación, (ii) Control análogo, (iii) desarrollo de la parte esencial de la actividad a favor de la entidad encomendada y (iv) titularidad pública de la totalidad del capital de la sociedad.

Este es el régimen que se mantiene en el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.- Artículo 4.1.n y 24.6 y hasta la Ley de Contratos actual en la que sí existe una regulación exhaustiva y mucho más restrictiva con la finalidad de reducir su uso por parte de las Administraciones

de las que dependen". "La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberá determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en las que podrán adjudicárseles contratos y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas."



Públicas.

3. LA DOCTRINA IN HOUSE PROVIDING DEL TJUE COMO EXCEPCIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Tras analizar el régimen jurídico existente en España, procede analizar la doctrina desarrollada por el TJUE sobre la “contratación doméstica” o “in house providing”, doctrina que fue incorporada en la normativa de contratos española a partir del año 2005, tal y como hemos mencionado anteriormente.

Debemos partir en este sentido de que la doctrina desarrollada por el TJUE en su condición de garante del cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario y en especial de los Tratados constitutivos de la UE, parte del principio de aplicación de la normativa de contratación pública como regla general para cumplir el principio de concurrencia y garantizar la competencia en el mercado. Así, la doctrina de contratos domésticos o in house se configura como una excepción a la aplicación de la normativa de contratación pública que como tal debe ser interpretada de forma restrictiva.

La primera sentencia relacionada con esta doctrina es la denominada Sentencia Teckal de 18 de noviembre de 1999, Asunto C-107-98. En dicha sentencia el Tribunal resolvió una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal Italiano, entre la empresa TECKAL, el municipio de Viano y la entidad AGAC (Mancomunidad constituida por varios municipios entre ellos el municipio de Viano) sobre la adjudicación por parte del municipio a la AGAC de la gestión del servicio de calefacción y el suministro de gas a determinados municipios. Ante dicha adjudicación realizada sin seguir ningún procedimiento

de adjudicación, la empresa TECKAL interpuso un recurso en los Tribunales Italianos, al entender que el municipio de Viano debería haber realizado el correspondiente procedimiento de licitación. El TJUE analizó el supuesto y concluyó que con carácter general los contratos entre dos poderes adjudicadores debían respetar las directivas de contratación y por tanto, era necesario realizar el correspondiente procedimiento de licitación, estableciendo, no obstante, una excepción a dicha regla general cuando la entidad adjudicadora ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan.

Por tanto, surge así la primera delimitación de la doctrina in house, exigiendo el Tribunal la concurrencia de dos requisitos: (i) control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios y (ii) desarrollo de la parte esencial de la actividad.

Otra de las sentencias reseñables sobre la Doctrina in house es la STJCE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/2003, Stadt Halle y RPL Lochau. En esta ocasión el supuesto de hecho planteado era la adjudicación directa de un contrato de servicios de tratamiento de residuos otorgado por la Stadt Halle, una ciudad de Alemania a una sociedad dedicada al tratamiento de residuos (RPL Lochau) ante el recurso interpuesto por otra sociedad (la sociedad TREA Leuna). Cabe destacar que la mayoría del capital social de la sociedad que resultó adjudicataria pertenecía a la Stadt Halle, existiendo no obstante una participación privada en el capital social de dicha sociedad. En este caso, el Tribunal consideró que *“En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva, con una sociedad*



jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva".

Por tanto, se completa la doctrina in house al considerar el Tribunal necesario para su aplicación que en el caso de que la entidad a la que se contrata sea una sociedad, el cien por cien del capital sea de titularidad pública.

Otra sentencia importante es la STJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/2003, Parking Brixen. El litigio se planteó sobre la adjudicación sin licitación pública del municipio de Brixen de la gestión de dos aparcamientos ubicados en dicho municipio por la sociedad Stadtwerke Brixen AG. El Tribunal concluyó que la gestión de un apartamiento público de pago en el que la contrapartida eran las cantidades a abonar por los usuarios de dicho aparcamiento estaba excluida de la aplicación de las directivas de contratación, al ser una concesión de servicios públicos. Si bien la no aplicación de las citadas directivas no impedía la aplicación de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. El Tribunal vuelve a incidir en el requisito de la titularidad del capital que debe ser público, sin que se pueda abrir a empresas privadas y contempla un aspecto adicional que es el ámbito de aplicación. El Tribunal considera que dado que el objeto de la sociedad es muy amplio y su ámbito de actuación no se circunscribe al de la entidad adjudicadora, teniendo el Consejo de Administración amplias facultades, no se cumplen los requisitos de control y actividad esencial y por tanto, no cabe la aplicación de la doctrina in house en dicho supuesto.

Otra de las sentencias relevantes es la sentencia de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, Asemfo vs.Tragsa. Tragsa era una sociedad participada un 99% por el

Estado y un 1% por Comunidades Autónomas que cumplía servicios esenciales en materia de desarrollo rural y conservación de medioambiente. Dentro de su régimen jurídico se contemplaba la obligación de realizar las prestaciones que le encomendaran el Estado o las Comunidades Autónomas en el ámbito de las actividades que constituyeran su objeto social, fijándose como contraprestación las tarifas fijadas por el Estado. Asemfo presentó una denuncia contra Tragsa dado que no se seguían los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas. El TJUE analizó el supuesto de hecho y respecto del requisito de control análogo consideró que cumplía dicho requisito al estar compuesto el accionariado el 99% por el Estado y el 1% por las Comunidades Autónomas participantes y estar obligada a cumplir el encargo al precio establecido por el Estado. Asimismo afirmó que Tragsa no podía establecer ningún tipo de condición en la prestación de los servicios al estar regulado su régimen jurídico en sus propios Estatutos. Por otra parte, respecto al requisito de la parte esencial de la actividad, Tragsa realizaba por término medio más del 55 % de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35 % con el Estado, concluyendo el Tribunal que también cumplía este requisito.

Finalmente, cabe destacar la STJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto 573/07, SEA y Municipio de Ponte Nossa. Se plantea un litigio entre Sea y el municipio de Ponte Nossa sobre la adjudicación por este último de un contrato relativo al servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos urbanos a Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA, sociedad en la que el Municipio tiene una participación minoritaria en el capital social. En esta sentencia, se vuelve a reiterar los principios mencionados en las sentencias de Stat Halle,



Parking Brixen y la Sentencia de la Comisión contra Austria.

A modo de recapitulación, la Doctrina desarrollada por el TJUE en materia in house permitía tales supuestos no siendo aplicable las directivas, siempre que se cumplieran los siguientes requisitos: (i) Control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, considerándose que se cumple dicho requisito cuando se puede ejercer una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad. La entidad a la que se adjudica el servicio no puede negarse a realizarlo y la determinación de las tarifas se realiza por parte de la entidad adjudicadora; (ii) Parte esencial de la actividad. En la sentencia de Tragsa se habla del 90%; y (iii) cuando se trate de sociedades, la totalidad de la participación debe ser pública.⁸.

4. PROBLEMAS PLANTEADOS EN RELACIÓN A DICHA FIGURA

La exclusión de la normativa de contratación de los encargos a medios propios, así como la falta de un régimen jurídico claro, provocó un uso abusivo de esta figura, detectándose por parte del Tribunal de Cuentas y de los órganos de control externo de las Comunidades

⁸ Existen otras sentencias en las que se han tratado supuestos in house o similares, tales como; (i) STJCE de 13 de enero de 2005, asunto C-84/2003, Comisión contra España, (ii) STJCE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/2004, Carbotermo., (iii) STJCE de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, Coditel, (iv) STJCE de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06 Comisión vs Alemania, (v) STJCE de 19 de julio de 2012, asunto C-182/1, Econord, entre otras.

Autónomas los siguientes problemas⁹: (i) falta de justificación en el expediente del recurso a la encomienda, (ii) falta de cumplimiento de los requisitos exigidos a los medios propios, (iii) atribución de actividades que implicaban el ejercicio de potestades administrativas que por ley solo podían ejercerse por funcionarios públicos, (iv) no determinación de las tarifas por parte de la entidad encomendante y (v) falta de seguimiento y control por parte de la entidad encomendante a su medio propio una vez concedida la encomienda.

Todo ello, según la opinión del Tribunal de Cuentas podía constituir un uso fraudulento de esta figura, que iba en detrimento de la libre concurrencia en el mercado. Así, el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las distintas Comunidades Autónomas consideraban necesaria una nueva regulación más completa y sistemática de la figura con un cambio en su denominación legal para evitar posibles confusiones¹⁰, la planificación de la

⁹ Informe de fiscalización de las encomiendas de gestión 30 de abril de 2015 y el Informe de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013, de 22 de diciembre de 2016, entre otros.

¹⁰ Informe de fiscalización sobre encomiendas de gestión de la Administración del Principado de Asturias y sus organismos dependientes correspondiente al ejercicio 2013, Informe de fiscalización de las encomiendas de gestión de la Generalitat Valenciana ordenadas en el ejercicio 2013 y ejecutadas en 2013 y 2014, el Informe 30/2016, relativo a las encomiendas de gestión del ejercicio 2013 de la Administración y sus organismos dependientes de la Generalitat de Catalunya, entre otros.



organización administrativa, la justificación de las necesidades a satisfacer y la mayor idoneidad del empleo de la encomienda frente a otras formas posibles de suplir las necesidades a cubrir, así como que la retribución de la encomienda fuera fijada mediante la aplicación de las correspondientes tarifas y que dichas tarifas se ajustaran a los costes reales de la prestación.

Además de las recomendaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas y por los órganos de control externo, cabe destacar, el Informe de la Comisión Nacional de Competencia elaborado en el año 2013¹¹ sobre las encomiendas de gestión y su impacto en la competencia.

En dicho Informe, la Comisión consideró que el uso de este instrumento podía suponer una pérdida de eficiencia derivada de la ausencia de la tensión competitiva a la hora de fijar las condiciones de ejecución de las encomiendas que sí está presente en los procedimientos de contratación pública y la afectación al sector de actividad donde opera el medio propio, dada la importancia de las Administraciones como demandantes de bienes y servicios, la generalización de este fenómeno instrumental, y el tamaño considerable de buena parte de estos medios propios. Por ello, recomienda al legislador establecer modificaciones en la normativa en vigor en línea con lo también demandado por el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas.

Así, los problemas planteados entorno a dicha figura, así como la distorsión que su abuso podía ocasionar a

¹¹ Informe de la Comisión Nacional de Competencia "Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia" de 2 de junio de 2008.

la competencia y los numerosos casos planteados ante los Tribunales de Justicia, provocaron que el legislador tanto comunitario como nacional legislara contemplando muchas de las cuestiones planteadas.

II. POSITIVACIÓN DE LA DOCTRINA IN HOUSE: LOS ENCARGOS A LOS MEDIOS PROPIOS

1. LA 4ª GENERACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El 26 de febrero de 2014 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la cuarta generación de Directivas¹² sobre contratos públicos que entraron en vigor el 18 de abril de 2016. La Directiva 2014/24/UE contempló por primera vez en el ámbito comunitario los supuestos de cooperación horizontal y vertical entre poderes adjudicadores como supuestos de exclusión, siguiendo la doctrina in house del TJUE, si bien flexibilizando alguno de los requisitos exigidos por la misma.

Así, en relación con dicha doctrina, los considerandos 31 y 32 de la Directiva 2014/24/UE hacen referencia a los problemas de inseguridad jurídica en la aplicación

¹² La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.



de la doctrina del TJUE y la necesidad de regular en qué supuestos es posible no aplicar la normativa de contratación pública. Asimismo, mencionan la aplicación de las normas de contratación pública como regla general, si bien reconociendo la *"libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos"*. Con la cautela de que dicha cooperación entre entidades públicas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados.

En cuanto al contenido normativo, el artículo 12 de la Directiva contempla varios supuestos de cooperación entre poderes públicos (cooperación vertical y horizontal), supuestos que conllevan la no aplicación de las Directivas de contratación. En el apartado 1 se prevén los supuestos de cooperación vertical clásicos propios de la doctrina in house. Así, se prevé la posibilidad de que un poder adjudicador adjudique a otra persona jurídica de derecho público o privado un contrato sin aplicar los procedimientos previstos en la directiva cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

(i) *Control análogo*.- La Directiva considera, siguiendo la doctrina del TJUE, que una persona jurídica ejerce el control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios cuando *ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada*. Dicho control puede ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador (*"relación hermana"*¹³ o *"relación abuela-*

¹³ La relación "hermanas" no ha sido aceptada por el TJUE en su sentencia de 8 de mayo de 2014, asunto C15/2013.

nieta”). El considerando 34 de la Directiva 2014/24/UE establece que para que exista control análogo la entidad debe tener obligación de cumplir las instrucciones recibidas sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. El requisito del control análogo se cumple cuando *“la entidad controlada carece efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio”* respecto de la entidad que la controla¹⁴.

El TJUE¹⁵ considera que *existe un «control análogo» cuando la entidad de que se trate esté sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de aquélla. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control (sentencias, antes citadas, Parking Brixen, apartado 65, Coditel Brabant, apartado 28, y Sea, apartado 65). En otros términos, la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control estructural y funcional (sentencia*

“Datenlotsen Informationssysteme”, si bien el Tribunal en este caso entendió que no había control análogo por la circunstancia de que el Estado Alemán no controlaba totalmente a la Universidad, gozando ésta de una amplia autonomía.

¹⁴ MADRIGAL ESTEBAN, M^a JESÚS, “La positivación de la doctrina “in house” y con ella, la de la “Colaboración horizontal” entre poderes públicos para la realización en común de tareas de servicio público”, Actualidad jurídica Uría y Menéndez / 36-2014, página 129.

¹⁵ Apartado 27 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2012, Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese.



Comisión/Italia, antes citada, apartado 26). El Tribunal de Justicia exige también que dicho control sea efectivo (sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 46). Así, si bien la Directiva ha aplicado la Doctrina del TJUE, ha flexibilizado los requisitos permitiendo el control análogo indirecto. Tampoco ha establecido como requisito que las tarifas se ajustaran a los costes reales, algo que si estaba contemplado en las propuestas de Directiva anteriores y era exigido por el TJUE.

(ii) Parte esencial de la actividad. La Directiva define qué se considera parte esencial de la actividad y lo fija en un 80% de las actividades que realiza la entidad encomendada en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados. Otra cuestión que se ha flexibilizado respecto de las propuestas anteriores que exigían al menos un 90%, tal y como exigía el TJUE por ejemplo en la sentencia de Tragsa. Así, la entidad controlada debe realizar para el poder adjudicador que la controla o para otras personas controladas a su vez por dicho poder adjudicador más del 80% de sus actividades, pudiendo desarrollar en el mercado otras actividades hasta un máximo de un 20%. Con ello se pretende que dicha cooperación no falsee la competencia con respecto a los operadores privados, tal y como se contempla en el Considerando 31 anteriormente citado. El artículo 12, en el apartado 5 regula cómo realizar el cálculo de dicho 80%, tomando en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con sus servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato, y establece que cuando la entidad controlada es de nueva creación o ha realizado una reorganización de actividades que no permite

considerar los tres últimos ejercicios, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponda con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

(iii) No participación directa de capital privado. - Con carácter general se contempla la no participación directa del capital privado en la entidad controlada, siguiendo la propia doctrina del TJUE, si bien, la Directiva establece una excepción a dicha regla, permitiendo la participación privada en la entidad controlada en aquellos casos en los que la legislación nacional lo permita, si bien sin capacidad de control mayoritario, ni minoritario y sin que pueda ejercer una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada. En ese sentido, el considerado 32 justifica dicha excepción debido a la particularidad de las distintas legislaciones nacionales, en las que pueden existir supuestos en los que la participación privada resulta obligatoria para la prestación de determinados servicios públicos. En todo caso, la participación privada no debe suponer controlar ni bloquear a la persona jurídica, ni otorgar una influencia decisiva en las decisiones. Así, al contrario de lo que venía declarando el TJUE en su doctrina, la Directiva sí permite esa participación privada si bien de forma totalmente residual y siempre que no conlleve ningún tipo de control ni influencia en la entidad controlada. Esta opción no ha sido contemplada en la legislación española, que prohíbe dicha posibilidad, tal y como luego se explicará.

El apartado segundo, del artículo 12 contempla los supuestos "*de cooperación vertical inversa*", en los que la entidad controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona



jurídica a la que se adjudica el contrato, con la excepción de las formas de participación privada sin capacidad de decisión mencionadas anteriormente. En el apartado tercero se regulan los supuestos de control conjunto, en los que varios poderes adjudicadores controlan a una misma entidad, como por ejemplo Tragsa. En estos casos, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) Control análogo conjunto¹⁶: existirá siempre que se den a su vez los siguientes requisitos: a) Que los Órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por los distintos poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos; b) Que los poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona controlada y c) Que la persona controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan¹⁷. (ii) Parte

¹⁶ Apartados 28 a 33 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2012, Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese, citada ya anteriormente.

¹⁷ Dichos requisitos son los que ya venía exigiendo la doctrina del TJUE. Así, en la Sentencia Econord, el Tribunal afirmaba "en el supuesto de que se recurra a una entidad que posean en común varias administraciones públicas, el «control análogo» puede ser ejercido conjuntamente por tales administraciones, sin que sea indispensable que cada una de ellas lo ejerza individualmente (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Coditel Brabant, apartados 47 y 50, y Sea, apartado 59). (Sentencia Sea, antes citada, apartado 63). En estas circunstancias, si bien es verdad que en caso de que varias administraciones públicas utilicen una entidad común para llevar a cabo una

esencial de la actividad: Se exige el 80% de la actividad, en los mismos términos explicados anteriormente y (iii) No participación privada, salvo excepciones. En los mismos términos que los explicados en el apartado anterior.

Así, del análisis de la Directiva 2014/24/UE y en especial de su artículo 12 cabe concluir que el legislador comunitario ha positivizado la doctrina del TJUE si bien introduciendo más flexibilidad, clarificando su régimen jurídico y dando seguridad jurídica a los poderes públicos para su aplicación¹⁸.

2. LA LEY 40/2015 DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

La Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante "LRJSP") entró en vigor con carácter general el 2 de octubre de 2016 y se aprobó junto con la Ley 39/2015, de 1 de octubre sobre

misión común de servicio público no es desde luego indispensable que cada una de las administraciones públicas tenga por sí sola un poder de control individual sobre la entidad de que se trate, no es menos cierto que el control que se ejerce sobre ésta no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad en cuestión, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto. (Véase, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartado 24)";

¹⁸ Véase el Informe 2/2015, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación pública de Navarra, sobre la interpretación del artículo 12 de la directiva 24/2014 de contratación pública.



Procedimiento Administrativo Común. Con ambas leyes se derogó, entre otras, la Ley 30/1992.

La LRJSP regula con carácter individualizado tanto las encomiendas de gestión administrativas que anteriormente se regulaban en el artículo 15 de la Ley 30/1992, contemplándose en el artículo 11, los Convenios que se regulan en los artículos 47 y siguientes y los medios propios estatales que se regulan en el artículo 86.

Respecto del régimen de *los medios propios*, el artículo 86¹⁹ de la Ley regula la figura de los medios propios

¹⁹ Artículo 86. Medio propio y servicio técnico. "1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la [Ley de Contratos del Sector Público](#), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. 2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes: a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica, b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico. Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos. En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M.P.». 3. A la propuesta de declaración de

estatales. Dicho precepto si bien no tiene carácter básico, es de aplicación general a todas las entidades del sector público, estatal, autonómico y local al tener carácter supletorio según la LCSP²⁰.

En primer lugar, cabe destacar la remisión que hace la propia ley a la normativa de contratación pública. Si bien se remite al TRLCSP, dicha remisión debe entenderse realizada tras su entrada en vigor a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante "LCSP"). Así las entidades pertenecientes al sector público instrumental podrán ser medio propio o servicio técnico de otra entidad siempre que cumplan los requisitos establecidos en la LCSP que será objeto de análisis en el apartado siguiente.

Cabe destacar en relación con la LRJSP que la nueva regulación ha tomado en consideración las recomendaciones realizadas tanto por el Tribunal de Cuentas como por la CNMC y así establece que para poder utilizar dicha figura los medios propios deben

medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico".

²⁰ *Disposición final cuarta. Normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley y a los medios propios personificados.*

3. En relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.



disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, algo que siendo obvio no se cumplía correctamente tal y como constataron el Tribunal de Cuentas y los Órganos de control externo en sus informes.

Respecto de las circunstancias que permiten acudir a dicha figura, el legislador ha concretado las dos causas que pueden fundamentar dicho recurso y que son: (i) que sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica o (ii) que resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico. La concurrencia de dichas circunstancias será una de las cuestiones a analizar en el control de eficiencia que deben realizar las entidades que recurren a dicho instrumento. Vemos así, que al contrario de las causas previstas para otorgar una encomienda de gestión administrativa, en el caso de los encargos lo que se exige es o bien justificar que es una opción más eficiente o bien que existen razones de urgencia para ello. Por tanto, no será necesario acreditar la carencia de medios de la entidad que realiza el encargo, requisito exigido en las encomiendas de gestión administrativa (artículo 11 de la LRJSP) o en la contratación de servicios (artículo 116 de la LCSP). Los encargos a los medios propios no se consideran contratos de acuerdo con el artículo 32 de la LCSP, siendo esta una relación interna, dependiente y subordinada por lo que al no tratarse de un contrato, tampoco es exigible que figure en el expediente la justificación de la entidad que realiza el encargo de carecer de medios para poder acudir a dicha figura.

3. LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El pasado 8 de noviembre se aprobó la LCSP, que fue publicada en el BOE el 9 de noviembre y que ha entrado en vigor el 9 de marzo de 2018. Además de transponer la directiva de concesiones y de contratación pública y en particular lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, introduce algunas novedades importantes que reflejan aspectos que venían siendo reclamados tanto por el Tribunal de Cuentas como por la CNMC.

La citada norma excluye de su ámbito de aplicación en su artículo 6²¹ a los convenios y las encomiendas de

²¹ Artículo 6. *Convenios y encomiendas de gestión.*

1. *Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.*

Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) *Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que*



gestión administrativa, regulados los primeros en los artículos 47 y siguientes de la LRJSP y las segundas en el artículo 11 del mismo texto legal.

En relación con la cooperación administrativa, el artículo 31²² de la LCSP contempla la Potestad de auto

constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

2. Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

3. Asimismo, quedan excluidas del ámbito de la presente Ley las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público.

²² Artículo 31. Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal.

1. Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual:

organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal. Así, contempla la cooperación vertical con medios propios personificados en el artículo 32 cuando tales entidades tengan la condición de poder adjudicador y en el artículo 33, cuando sean entidades del sector público que no tengan la condición de poder adjudicador.

Respecto a los supuestos de cooperación vertical con medios propios, el artículo 32 realiza una remisión a la LRJSP y en la medida en la que el encargo consiste en una relación interna de dependencia y subordinación no los considera contratos, tal y como ya hemos mencionado anteriormente. En el apartado siguiente analizaremos en concreto los requisitos exigidos por la norma para ser medio propio, así como su régimen jurídico concreto.

En el apartado 3 del artículo 32, se contempla la denominada cooperación vertical inversa, en los términos regulados en el artículo 12.2. de la Directiva 2014/24/UE y en el apartado 4 del artículo 32, los supuestos de control conjunto, trasladando igualmente lo regulado en el artículo 12.3 de la Directiva 2014/24/UE ya explicado anteriormente.

a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo.

b) Mediante sistemas de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios, en las condiciones y con los límites que se establecen en el apartado 1 del artículo 6.



Así, con la LCSP se transponen las exigencias contempladas en la Directiva 2014/24/UE si bien siendo la Ley más restrictiva en cuanto a los requisitos exigidos y se incluyen novedades principalmente relacionadas con las recomendaciones que tanto el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo como la CNMC venían realizando.

4. COMPARATIVA CON LA REGULACIÓN ANTERIOR

Tras analizar los cambios normativos introducidos en las distintas normas, vemos que la normativa en vigor ha clarificado el régimen jurídico de las encomiendas de gestión, los Convenios y en especial los encargos a medios propios, incorporando la doctrina del TJUE y muchas de las recomendaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas, los órganos de control externo y la CNMC, dando seguridad jurídica a los poderes públicos que pretendan utilizar alguna de estas figuras, si bien estableciendo un régimen mucho más restrictivo y exigente.

Así, las encomiendas de gestión previstas en el artículo 11 de la LRJSP, se configuran como un supuesto de cooperación interadministrativa en las que no se contemplará ninguna prestación propia de un contrato. Algo similar ocurre con los Convenios contemplados en el artículo 47 y siguientes de la LRJSP en los que se contempla su contenido, duración y extinción con carácter básico y por tanto aplicable a todas las Administraciones públicas (incluidas la autonómica y la local). Ambos supuestos, se configuran como supuestos de cooperación interadministrativa que quedan fuera de la normativa de contratación pública (artículo 6 de la LCSP).

Finalmente y respecto a los encargos a medios propios,

se cambia su denominación legal "*nomen iuris*" para evitar, tal y como ocurría anteriormente, la confusión entre esta figura y la regulada en la Ley 30/92 y se regula de forma más detallada los requisitos y exigencias necesarios para poder usar dicho mecanismo.

Por tanto, se puede concluir que "*los convenios se diferencian de las encomiendas de gestión en que los primeros son consecuencia de la manifestación de la libre voluntad de las partes, que no tienen por qué pertenecer a la misma esfera pública, como sí ocurre en las encomiendas de gestión, derivada de un acuerdo de voluntades en pie de igualdad que busca un interés común, mientras que en las encomiendas de gestión, no existe un acuerdo de voluntades en condiciones de igualdad*²³". Respecto de la diferencia entre las encomiendas y los encargos, las encomiendas no pueden tener por objeto prestaciones características de un contrato, ni realizarse a favor de entidades sujetas al derecho privado, siendo su causa la eficiencia o la falta de medios propios de la entidad encomendada. En los encargos por su parte el objeto es una prestación de carácter contractual, se pueden realizar a favor de entidades sujetas al derecho privado, si bien es necesario que la entidad que recibe el encargo sea un medio propio, siendo la causa la eficiencia o la seguridad y urgencia.

²³ PINTOS SANTIAGO, JAIME, "¿Por qué le llaman convenios administrativos cuando quieren decir contratos públicos y viceversa? Distinción entre estas figuras y otras afines. Revista de Derecho Administrativo, número 103, Editorial ABELEDOPERROT, S.A., 2016, página 177.



III. ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS ENCARGOS A LOS MEDIOS PROPIOS

1. REQUISITOS PARA SER MEDIO PROPIO

A. Entidad perteneciente al Sector Público y reconocimiento de la condición del medio propio en sus Estatutos

El artículo 86 de la LRJSP prevé que *"las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos previstos en la normativa de contratos. Así, el primer requisito que debe cumplir un medio propio para recibir un encargo es ser una entidad perteneciente al sector público²⁴. Dicha exigencia no constituye ninguna novedad al estar ya contemplada en la normativa anterior.*

Adicionalmente, y de acuerdo con el mismo precepto, será necesario incluir en la denominación social del medio propio, tal condición, bien con la denominación "medio propio" o bien con las siglas "m.p."

Asimismo, en los Estatutos del medio propio deberá figurar tal condición, así como el poder adjudicador²⁵

²⁴ Ver Informe de la Sindicatura de Cuentas de Asturias sobre los medios propios de 12 de noviembre de 2015, <http://www.sindicatur.es/upload/informes/IDEncomiendas135517.pdf>. Página 31.

²⁵ O entidad del Sector Público que no tenga la condición de poder adjudicador en el caso del artículo 33 de la LCSP.

respecto del cual tiene esa condición, el régimen jurídico y administrativo aplicable a los encargos y la imposibilidad de participar en licitaciones aprobadas por la entidad de la que depende el medio propio, salvo que éstas se quedaran desiertas.

Como novedad en la LCSP se establece la obligatoriedad con anterioridad al reconocimiento de la entidad como medio propio del cumplimiento de dos requisitos: (i) La conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y (ii) la verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con los medios materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social, requisito que también se encuentra contemplado en el artículo 86 de la LRJSP. Así, el juicio de idoneidad debe realizarse por parte de la entidad que apruebe el encargo con carácter previo a su otorgamiento.

En este sentido cuando el medio propio se encuentre clasificado en el grupo, subgrupo y categoría de las actividades comprendidas en el encargo se presumirá que éste cumple el requisito de idoneidad exigido. Respecto al cumplimiento de dicho requisito, la Ley en su disposición transitoria cuarta, otorga un plazo de seis meses (hasta el 9 de septiembre de 2018) para adecuar sus Estatutos Sociales.

B. Control análogo al que se tiene sobre los propios servicios

Respecto al requisito de control análogo, el artículo 32²⁶

²⁶ Dado que el régimen jurídico de los encargos a medios propios cuando la entidad no tenga la condición de poder



regula la necesidad de que la entidad que aprueba el encargo ejerza un Control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas. En todo caso se entenderá que ostenta sobre el medio propio un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo. Por otra parte, la compensación se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado, aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización. En este sentido, la Ley ha cerrado la puerta que quedaba abierta por la Directiva, en cuanto a la posibilidad de que los medios propios percibieran una cantidad superior a los costes reales como retribución por la realización del encargo.

Respecto al control análogo indirecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de mayo de 2014, en el Asunto “Technische Universität Hamburg-Harburg y Hochschul-Informationssystem GmbH contra Datenlotsen Informationssysteme GmbH” analizó

adjudicador previsto en el artículo 33 es coincidente con el régimen jurídico del artículo 32, no entraré a analizar el artículo 33 de forma individualizada, haciendo mención expresa del artículo únicamente en aquellos casos en los que exista alguna diferencia.

la adjudicación de un contrato in house sin aplicar la Directiva 2004/18 por parte de la Technische Universität Hamburg-Harburg (Universidad Politécnica de Hamburgo) a Hochschul-Information-System GmbH (HIS), con el fin de adquirir un sistema de gestión informático para la enseñanza superior.

De los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que HIS es una sociedad de responsabilidad limitada de Derecho privado, cuyo capital está controlado en una tercera parte por el Estado Federal alemán y en dos terceras partes por los 16 *Länder* alemanes, correspondiendo a la Ciudad de Hamburgo un 4,16% de dicho capital. HIS no estaba participada por la Universidad, si bien ambas entidades estaban parcialmente controladas por el Estado alemán.

El TJUE en este caso consideró que *"el control ejercido por la Ciudad de Hamburgo sobre la Universidad sólo se extiende a una parte de la actividad de esta última, a saber, únicamente en materia de adquisiciones, pero no en los ámbitos de la enseñanza y de la investigación, en los que la Universidad dispone de una amplia autonomía. Reconocer la existencia de un «control análogo» en una situación de control parcial como ésa sería contrario a la jurisprudencia citada en el apartado 26 de la presente sentencia"* Así, en este caso el TJUE no consideró un supuesto de contratación in house el encargo realizado a HIS por la Universidad Alemana al considerar que la misma no ejercía un control análogo sobre HIS.

C. Más del 80 por ciento de la actividad del medio propio debe ser realizada para la entidad que realiza el encargo



La Ley en el mismo sentido que la Directiva 2014/24/UE establece como requisito que más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.

A estos efectos, para calcular el 80% de las actividades del ente destinatario del encargo se fijan los parámetros definidos en el artículo 12.5 de la Directiva.

Así, a estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo, la norma establece que se tendrá en consideración *el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.*

Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador que hace el encargo, o debido a la reorganización de las actividades de este, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio."

A la vista de las alternativas mencionadas, y de que tal y como luego se dirá es necesario que el auditor de

cuentas del medio propio verifique el cumplimiento de dicho requisito y que dicha verificación conste en su informe de auditoría, será necesario consensuar con éste alguna de las fórmulas empleadas de cálculo del 80%, debiendo responder en todo caso a un indicador de actividad de la entidad.

En relación con dicho requisito cabe destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2016, en el Asunto "Undis Servizi Srl contra Comune di Sulmona" en la que el Tribunal considera *"Dado que una autoridad pública tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, apartado 48), el Tribunal de Justicia ha justificado el reconocimiento de la excepción por lo que respecta a las adjudicaciones denominadas «in house» por el vínculo interno que existe, en ese caso, entre el poder adjudicador y la entidad adjudicataria, incluso si ésta es una entidad jurídicamente distinta del primero. En esos casos, puede considerarse que el poder adjudicador recurre, en realidad, a sus propios medios y que la entidad adjudicataria forma casi parte de los servicios internos de aquél"*.

D. El medio propio no debe tener participación privada

En relación con la limitación de la participación privada en el capital del ente controlado exigido por la Directiva, la LCSP contempla en su artículo 32.2.c) que



cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

Vemos así que la Ley no ha contemplado la posibilidad de que pueda existir una participación privada en el capital, sí prevista en la Directiva. Asimismo, además de imponer el cumplimiento de dicho requisito a las sociedades de capital, lo ha ampliado a otras entidades, como las asociaciones y las fundaciones del sector público, positivizando de este modo la doctrina del TJUE en esta materia, en la que no solo hacía referencia a las sociedades de capital, sino también consideró su aplicación a asociaciones sin ánimo de lucro²⁷.

En este sentido, en relación con las fundaciones y teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, en nuestra opinión el requisito de patrimonio de titularidad pública, se cumple con independencia de que la entidad que realice la aportación sea pública o privada, al convertirse dicho patrimonio en público desde el momento de la aportación, sin que el propio régimen de las Fundaciones conceda al aportante ningún derecho sobre las aportaciones, ni sobre el patrimonio de la

²⁷ Ver Sentencia del TJUE de 19 de junio de 2014, asunto C-574/12 asunto "Centro Hospitalar de Setúbal y SUCH", en la que el Tribunal consideró: "Cuando la entidad adjudicataria de un contrato público es una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro que, al adjudicarse ese contrato, cuenta entre sus socios no sólo con entidades pertenecientes al sector público, sino también con instituciones privadas de solidaridad social que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, no se cumple el requisito relativo al «control análogo», establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que la adjudicación de un contrato público pueda considerarse una operación «in house», por lo que resulta de aplicación la Directiva 2004/18/CE".

propia Fundación.

E. Tener medios suficientes para realizar el encargo

Otro de los requisitos exigidos para que una entidad tenga la condición de medio propio es que éste tenga medios técnicos y humanos suficientes para realizar el encargo. Dicho requisito era una de las demandas más reiteradas por parte del Tribunal de Cuentas, que en sus informes reclamaba la necesidad de que el medio propio contara con medios suficientes para poder ejecutar el encargo. El recurso a la subcontratación por parte del medio propio por no tener medios suficientes constituía según el Tribunal de Cuentas un fraude de ley, dado que, el medio propio actuaba frecuentemente como intermediario en la contratación, aplicando reglas más laxas en las contrataciones de los bienes y servicios que la propia entidad que aprobaba el encargo. En este sentido se pronunciaba el Tribunal de Cuentas en su informe sobre las encomiendas de gestión de la Administración General del Estado y sus organismos y entidades del año 2015: *"El empleo de esta figura tiene solo sentido, [...] cuando se seleccione un medio propio que cuente con medios especialmente cualificados o especializados, idóneos para el desempeño de las actividades que constituyen su objeto, es decir la realización de la prestación en que aquella consiste.[...] no hay establecido un límite general a la subcontratación. El riesgo derivado de esta situación consiste en definitiva en que la administración encomendante pueda realizar el encargo a un ente instrumental que carece de medios o de disponibilidad para llevarlo a cabo, a pesar de lo cual se encontraría obligado a realizarlo en virtud del art. 24.6 del TRLCSP,*



estando por ello abocado a la subcontratación, sin aplicar en este caso la legislación reguladora de la contratación pública con la misma extensión y rigurosidad que la prevista para el caso de que las AAPP fueran el órgano de contratación, configurándose la encomendaria como una mera entidad intermediaria con cuyo concurso se habilita un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público²⁸.

2. RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO

A. Requisitos de forma y publicidad

Dispone la LCSP que los encargos que reúnan los requisitos exigidos por la norma no tendrán la consideración de contrato²⁹, debiendo cumplir no

²⁸ Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas del año 2015, página 29.

²⁹ Conclusiones del Abogado General en el asunto C- 567/15 en el que se afirma "*Bajo el régimen in house la entidad adjudicadora no contrata, desde una perspectiva funcional, con otra entidad distinta, sino que lo hace, en realidad, consigo misma, dada la vinculación que mantiene con la entidad formalmente diferente. En puridad, no puede hablarse de adjudicación de un contrato, sino de un mero encargo o encomienda, no rechazable por la otra «parte». La inexistencia de una verdadera relación de alteridad justifica que una entidad adjudicadora no esté obligada a someterse a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuando emplea medios propios para realizar sus cometidos, esto es, cuando se vale de empresas que, más allá de su*

obstante reglas relacionadas con la publicidad del encargo. Así, el artículo 32, apartado 6º letra a) exige la publicación del medio propio en la Plataforma de Contratación del Sector Público, indicando respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.

Por otra parte, la letra b) del citado artículo obliga a formalizar el encargo, debiendo publicarse en la Plataforma de Contratación cuando el importe del encargo fuera superior a 50.000 euros, IVA excluido.

En todo caso, según el artículo 63, apartado 6º de la LCSP *“La información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros deberá publicarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de encargos será, al menos, su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio”*.

B. Normas de Contratación

El apartado 7 del artículo 32 regula el régimen de contratación de los medios propios. Así, impone la obligación al medio propio de someter su contratación a la normativa de contratación en atención a su naturaleza jurídica y el tipo y valor estimado de los contratos que celebre. La obligación de someter su

dispar personalidad jurídica, se confunden materialmente con ella”.



contratación a la normativa de contratación pública no constituye novedad al estar ya contemplado en la normativa anterior, si bien en la actualidad, con la supresión de las Instrucciones de Contratación y la equiparación del régimen jurídico de los poderes adjudicadores no Administración Pública, al propio régimen jurídico de las Administraciones Pública se ha producido una unificación en la aplicación de normas jurídicas, muy relevante desde la perspectiva de la transparencia y el respeto de los principios de igualdad de trato y no discriminación, concurrencia y publicidad.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, un medio propio generalmente tendrá la condición de poder adjudicador³⁰. No obstante, la LCSP ha contemplado en

³⁰ Véase Conclusiones del Abogado General. M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 27 de abril de 2017 en el asunto C-567/15, UAB, LitSpecMet“contra UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas, con intervención de: UAB “Plienmetas”: *a) una sociedad cuya vinculación material y funcional con un poder adjudicador justifica la excepción in house para sus operaciones internas está sometida a aquellas Directivas cuando contrata con terceros obras, suministros o servicios, a fin de cumplir la encomienda que le hubiera confiado aquel poder adjudicador y b) en todo caso, dicha sociedad debe calificarse como organismo de derecho público cuando, estando dotada de personalidad jurídica y sometida al control de un poder adjudicador, desarrolla la parte esencial de su actividad para suministrar, sin la presión de eventuales competidores y en condiciones ajenas a las del mercado, material ferroviario a ese otro poder adjudicador, para que este preste el servicio de transporte de personas y mercancías que tiene asignado*”. La Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2017, en el asunto C-567/15 concluye: “El artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18/CE debe interpretarse en el sentido de que una sociedad que, por una parte, pertenece en su totalidad a un poder adjudicador cuya actividad consiste en satisfacer necesidades de interés general y que, por otra parte, lleva a

el artículo 32.7.a) una excepción a dicha regla, contemplando la posibilidad de que un medio propio no sea un poder adjudicador, si bien es difícil en la práctica que un medio propio que cumpla todos los requisitos exigidos no tenga la condición de poder adjudicador.

C. Límites a la Subcontratación

La limitación a la subcontratación también es una de las cuestiones en las que más ha incidido tanto el Tribunal de Cuentas como la CNMC, siendo en la actualidad la idoneidad del medio propio un requisito de legalidad del encargo. Esto es, el medio propio debe tener recursos técnicos y humanos suficientes y contar con un grado de especialización adecuado para cumplir correctamente el encargo y que el recurso a dicha figura sea más eficiente que acudir al mercado a través de un procedimiento de licitación.

Uno de las anomalías detectadas en el análisis de los encargos era precisamente la falta de idoneidad de los medios propios utilizados, de tal forma que en muchas ocasiones se subcontrataba la práctica totalidad del encargo realizado, actuando en consecuencia el medio propio como un mero intermediario.

cabo tanto operaciones para dicho poder adjudicador como operaciones en el mercado competitivo, debe calificarse de «organismo de Derecho público» en el sentido de esta disposición, siempre que las actividades de dicha sociedad sean necesarias para que ese poder adjudicador pueda ejercer su actividad y que, para satisfacer necesidades de interés general, la referida sociedad se guíe por consideraciones que no sean económicas, extremo que ha de verificar el órgano jurisdiccional remitente.»



La LCSP, en su artículo 32.7.b) ha limitado el importe de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros al 50% de la cuantía del encargo. Dicha limitación, no obstante, no es aplicable a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios, ni tampoco en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe bien mediante la creación de una entidad de derecho público destinada a tal fin, bien a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Adicionalmente cabe destacar que dicha norma ha sido modificada recientemente, en la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, concretándose algunos supuestos que no suponen subcontratación y a los que por tanto no son aplicables los límites previstos. Así, el nuevo artículo 32.7.b) establece *"El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo. No se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.*

No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en

que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Tampoco será aplicable a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, así como la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información.

Excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución. La justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste.

Así, por tanto la modificación del precepto contempla algunos supuestos que no serán considerados subcontratación a los efectos del límite del 50%, flexibilizándose con ello el régimen jurídico aplicable.

3. CONTROL PREVIO Y POSTERIOR DE LOS ENCARGOS A LOS MEDIOS PROPIOS

A. Informe de Intervención y otros controles

Otro de los aspectos en los que incide tanto la LRJSP



como la LCSP es la necesidad de controlar el cumplimiento de los requisitos objetivos en cuanto al objeto del encargo, como subjetivos en cuanto al medio propio a favor del cual se otorga. Así, dentro del expediente del encargo deberá figurar una memoria en la que se justifique tanto el cumplimiento del requisito de idoneidad del medio propio como la concurrencia de alguna de las causas que justifican el recurso al medio propio, existiendo la obligación de que la Intervención General correspondiente se pronuncie sobre los mismos. Pese a que no queda claro en la normativa el carácter del informe de Intervención General, en nuestra opinión el mismo tiene carácter preceptivo pero no vinculante de tal forma que deberá constar en el expediente, si bien su contenido no vinculará a la entidad que vaya a otorgar el encargo.

Por otra parte, para los medios propios estatales, la LRJSP contempla la necesidad de autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo sea igual o supuesto a doce millones de euros o cuando se pretenda aprobar una modificación de los encargos ya autorizados por Consejo de Ministro, cuando dicha modificación exceda del 20% del importe del encargo.

Dicha autorización deberá obtenerse con carácter previo a la aprobación del encargo. Para ello, el órgano que pretenda formalizar un encargo deberá remitir la siguiente documentación: (i) El texto del encargo, (ii) El informe del servicio jurídico y (iii) el certificado de la existencia de crédito o tratándose de poderes adjudicadores con presupuesto estimativo, los documentos equivalentes que acrediten la existencia de financiación.

B. Informe de los Auditores de Cuentas

La normativa aplicable al régimen de los medios propios como novedad exige como mecanismo de control del encargo, la incorporación en la Memoria de las Cuentas Anuales del medio propio, la constancia del cumplimiento del requisito del 80% de actividad a realizar por éste a favor de la entidad que lo controla.

El cumplimiento de dicho requisito debe ser verificado por el auditor de cuentas de la entidad. Así, se establece un mecanismo de control ex post que obliga al medio propio a pronunciarse en las Cuentas sobre el cumplimiento del requisito y a que sus auditores verifiquen anualmente dicho cumplimiento. En caso de que como consecuencia de dicho análisis se verificara que el medio propio no cumple los requisitos necesarios para serlo, la LCSP también contempla las consecuencia de dicho incumplimiento, regulando en el apartado 5º del artículo 32, la pérdida de la condición de medio propio y en consecuencia la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada, sin perjuicio de la conclusión de los encargos que estuvieran en fase de ejecución.

C. Recurso Especial en materia de contratación

Finalmente, otro de los mecanismos de control que se ha contemplado dentro del régimen jurídico de los encargos a medios propios, es la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Recursos contractuales que en cada caso corresponda.

Así, el artículo 40 de la LCSP contempla como causa de anulabilidad de derecho administrativo, entre otras, *"Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores*



para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio”.

Por su parte, el artículo 44 establece que podrán ser objeto de recurso especial *“la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales”*. Vemos que en relación con el supuesto que permite interponer recurso especial en materia de contratación no se establece ninguna cuantía, por lo que quedarán abierta a la revisión de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales todos los encargos realizados, cualquiera que sea la cuantía de los mismos.

Veremos si ésta circunstancia unida al aumento de causas que permiten acudir a este recurso, provocará o no un colapso en los citados Tribunales que sin duda requerirán a medio plazo de una mayor dotación de medios tanto técnicos como sobretodo de personal, si se pretende que los mismos sigan realizando la labor de control administrativo de la contratación que actualmente llevan a cabo.

La obligación de publicar la condición de medio propio y la formalización del encargo en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y la posibilidad de que cualquier interesado pueda interponer recurso especial permitirá un mayor control, obligando tanto a las entidades que aprueben los encargos como a los medios propios personificados, a ser más escrupulosos en el cumplimiento de los requisitos establecidos.

IV CONCLUSIONES

Como conclusiones sobre el estudio realizado cabe afirmar:

- (i) Se ha clarificado el régimen jurídico de las figuras de cooperación entre los poderes públicos: las encomiendas de gestión, los Convenios y los encargos a medios propios, permitiendo ello una mayor seguridad jurídica en su aplicación.
- (ii) Se reconoce la libertad de los poderes públicos para autoorganizarse, pudiendo utilizar mecanismos de cooperación vertical para ello, que en cuanto relaciones internas y subordinadas y en la medida que no constituyen contratos públicos, no están afectos al régimen jurídico previsto en la normativa de contratación pública.
- (iii) No obstante, si bien tanto la normativa comunitaria como la nacional reconocen a los poderes públicos libertad de autoorganización, es necesario que la misma no falsee la competencia otorgando ventajas competitivas a una entidad respecto de operadores económicos privados, por lo que es muy relevante que el medio propio realice más del 80% de su actividad para la entidad que la controla o para entidades a su vez controladas por ésta, sin que pueda realizar actividades en el mercado en más de un 20%.
- (iv) Por ello, será necesario utilizar cada uno de estos mecanismos cumpliendo todos y cada uno de los requisitos y condiciones exigidos por la norma, siendo necesario que los poderes públicos justifiquen sus decisiones y atendiendo a sus necesidades, planifiquen la contratación bien externa o bien interna o in house, a través de los encargos a medios propios y cumplan las exigencias de publicidad y control actualmente exigidas.



- (v) Con ello, si bien el régimen previsto para los medios propios es más restrictivo y exigente, con mayores controles, la existencia de un régimen jurídico más claro permitirá una mayor seguridad jurídica y que los poderes públicos que pretendan utilizar dicha figura conozcan las reglas a aplicar.
- (vi) Un ejemplo de adecuado uso de medio propio que ha sido confirmado por el TJUE es Tragsa, confirmándose hasta la fecha la legalidad de los encargos recibidos tanto por parte del Estado como por parte de la Comunidades Autónomas.

BIBLIOGRAFÍA

- AMOEDO SOUTO, CARLOS ALBERTO, “Una valoración urgente sobre el régimen de los encargos a medios propios en la Ley 9/2017”, publicado el 12 de febrero de 2018, Consultado en: http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem_detalle/id.334/recategoria.208/reلمenu.3/chk.c46009f0f07a26e5e70a81dd733b322f
- DURVAL TIAGO, FERREIRA, “El régimen de la contratación in house según las nuevas directivas de contratación pública: El triunfo de los Estados sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”
- GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA, “El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos”
- LOZANO CUTANDA, BLANCA y FERNÁNDEZ PUYOL, IRENE, “Hacia una nueva regulación de la contratación in-house en la transposición de la nueva Directiva sobre contratación pública y en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, Análisis GA&P, febrero 2016.
- MADRIGAL ESTEBAN, M^a JESÚS, “La positivación de la doctrina “in house” y con ella, la de la “Colaboración horizontal” entre poderes públicos para la realización en común de tareas de servicio público”, Actualidad jurídica Uría y Menéndez / 36-2014, páginas 128 a 136.
- NOGUERA DE LA MUELA, BELÉN, “Los encargos in house en la ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 182, Madrid, mayo-agosto



(2010), págs. 159-190, consultado en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/em.descargar/fichero.documentos_Belen%232E%23Noguera%232E%23de%232E%23la%232E%23Muela%232E%23RAP182_2714ea58%232E%23pdf/chk.9473b96976b074fb684b97784d102c9b

- PALOMAR OLMEDA, ALBERTO "Encomienda de Gestión. Gestión Pública Actual: Régimen jurídico y mayor eficacia", Editorial Aranzadi, S.A. 2013, páginas 111 a 212.
- PINTOS SANTIAGO, JAIME, "¿Por qué le llaman convenios administrativos cuando quieren decir contratos públicos y viceversa? Distinción entre estas figuras y otras afines. Revista de Derecho Administrativo, número 103, Editorial ABELEDOPERROT, S.A., 2016, páginas 175 a 193.
- SANTACANA GÓMEZ, J. M^a, "El "iter" procedimental de los expedientes de encomiendas de gestión tramitados por la Administración General del Estado", en la Revista nº 25, diciembre 2010 "Cuenta con IGAE", Intervención General de la Administración del Estado.

JURISPRUDENCIA DEL TJUE:

- STJCE de 10 de noviembre de 1998, asunto C-360/96.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6c60925b1a9754c92aacbcf8157ef664c.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMbx90?text=&docid=44198&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=537665>
- STJCE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/1998, Teckal.

- <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionId=9ea7d2dc30d6c60925b1a9754c92aacbcf8157ef664c.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMbx90?text=&docid=44198&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=537665>
- STJCE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/2003, Stadt Halle y RPL Lochau.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=49805&doclang=ES>
 - STJCE de 13 de enero de 2005, asunto C-84/2003, Comisión contra España.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionId=9ea7d2dc30d6d2be970b85a945c88008f9ab92cbdb6e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMbNr0?text=&docid=49826&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=436290>
 - STJCE de 21 de julio de 2005, asunto C-231/2003, CONAME
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=60617&pageIndex=0&doclang=SV&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=85112>
 - STJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/2003, Parking Brixen.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionId=9ea7d2dc30d540f0547dc4074436b7a2b23070444184.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKa Nz0?text=&docid=60258&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=43583>
 - STJCE de 10 de noviembre de 2005, asunto C-29/2004, Comisión contra Austria.
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionId=9ea7d2dc30d59275e13f0c2d484eaa57bfc2471ccf01.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSchv0?text=&docid=55602&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=342616>
 - STJCE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/2004,



Carbotermo.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=56810&doclang=ES>

- STJCE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, Asemfo vs. Tragsa.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=60926&doclang=ES>
- STJCE de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, Coditel.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=68431&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=85815>
- STJCE de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, Comisión vs Alemania.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76261&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86049>
- STJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, SEA y Municipio de Ponte Nossa.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78184&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86098>
- STJUE de 29 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, Econord SpA.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0182>
- STJUE de 19 de diciembre de 2012, asunto C159/11, "Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros."
- STJUE de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11 "Piepenbrock"
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0386>
- STJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-15/2013, "Technische Universität Hamburg-Harburg,"
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=151964&pageIndex=0&doclang=es&>

- [mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86149](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153811&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86149)
STJUE de 19 de junio de 2014, asunto C-574/12
"Centro Hospitalar de Setúbal y SUCH"
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153811&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86435>
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2016, en el Asunto "Undis Servizi Srl contra Comune di Sulmona"
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186061&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86482>

INFORMES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

- Informe nº 1088 de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa.
[file:///C:/Users/limia/Downloads/I1088%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/limia/Downloads/I1088%20(4).pdf)
- Informe de fiscalización nº 1.197 sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013.
[file:///C:/Users/limia/Downloads/I1197%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/limia/Downloads/I1197%20(1).pdf)

INFORMES DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO

- Informe de fiscalización sobre encomiendas de gestión de la Administración del Principado de



Asturias y sus organismos dependientes correspondiente al ejercicio 2013 de 12 de noviembre de 2015.
<http://www.sindicastur.es/upload/informes/IDEncomiendas135517.pdf>

- Informe de fiscalización de las encomiendas de gestión de la Generalitat Valenciana ordenadas en el ejercicio 2013 y ejecutadas en 2013 y 2014 de 14 de diciembre de 2015.
[https://www.sindicom.gva.es/web/informes.nsf/0/0EF6F5420FCE4A7BC1257F400032D977/\\$file/ENCOMIENDAS.pdf](https://www.sindicom.gva.es/web/informes.nsf/0/0EF6F5420FCE4A7BC1257F400032D977/$file/ENCOMIENDAS.pdf)
- Informe de fiscalización de los encargos o encomiendas contractuales a medios propios formalizados por la administración de la Comunidad Autónoma de Aragón en 2013.
<http://www.camaracuentasaragon.es/download/informes/informe2015/Informe-de-Fiscalizacion-de-los-Encargos-o-Encomiendas-Contractuales-a-Medios-Propios-Formalizados-por-la-Administracion-de-la-Comunidad-Autonomade-Aragon-en-2013.pdf>
- El Informe 30/2016, relativo a las encomiendas de gestión del ejercicio 2013 de la Administración y sus organismos dependientes de la Generalitat de Catalunya de 13 de diciembre de 2016, entre otros.
http://www.sindicatura.cat/reportssearcher/download/2016_30_es.pdf

INFORMES DE LA CNMC

- Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia de 2008.
<http://www.sindicatura.cat/reportssearcher/download/>

[ad/2016_30_es.pdf](#)

- Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia de 2013.
<https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2014/02/130701-Informe-CNC-Medios-Propios.pdf>

INFORMES DE LAS JUNTAS CONSULTIVAS DE CONTRATACIÓN

- Informe 2/2015, de la comisión permanente de la Junta de contratación pública de Navarra, sobre la interpretación del artículo 12 de la directiva 24/2014 de contratación pública.
<https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/D58D582A-D7D3-4323-B6FF-5DDB3EA7FC3F/319236/INFORME22015Sobremediospropiosyencargos.pdf>
- Informe 26/17, de 13 de julio de 2017 "Posibilidad de que el Tribunal de Cuentas realice encargos a medios propios de la Administración General del Estado".
<http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2017/Web%2026-17.pdf>
- Informe 19/2016, de 28 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Delegación por un ayuntamiento a un consorcio de la gestión del servicio de limpieza de las instalaciones municipales.
<https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdm>



[inistrativa/Areas/02 Informes Actuaciones/192016.pdf](#)

- Informe 6/2017, de 16 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente) Asunto: Supuestos de exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública de las relaciones jurídicas, que integran la prestación de determinados servicios, entre un consejo comarcal y los ayuntamientos de la comarca. Posibilidad de que los consejos comarcales participen en licitaciones de contratos del sector público.
<file:///C:/Users/limia/Downloads/Informe%206-2017-CP-cast.pdf>

INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (página 87 a 91)

https://acobur-static.s3.amazonaws.com/archivos/0/0/3000/3561_310721478-Dictamen-Consejo-Estado-Ley-Contratos-2016.pdf

RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES

- Recurso nº 790/2017, Resolución nº 865/2017 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
[http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200790-2017%20\(Res%20865\)%2003-10-2017.pdf](http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200790-2017%20(Res%20865)%2003-10-2017.pdf)

- Recurso nº: 870 / 2017 C.A. Illes Balears 51/2017
Resolución 892/2017 DEL TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS
CONTRACTUALES
[http://www.minhfp.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200870-2017%20%20IB-51-2017%20\(Res%20892\)%2005-10-2017.pdf](http://www.minhfp.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202017/Recurso%200870-2017%20%20IB-51-2017%20(Res%20892)%2005-10-2017.pdf)
- Resolución del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN. Acuerdo
75/2017, de 4 de julio de 2017 por el que se
resuelve el recurso especial por la aprobación de
una encomienda de gestión del servicio de limpieza
viaria del municipio de Huesca al Consorcio para la
Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la
Agrupación núm. 1 de Huesca, a través de su medio
propio, la empresa pública GRHUSA.
http://obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.de.scargar/fichero.documentos_TACPA_75_2017_bed0ff31%232E%23pdf/chk.6ba30133ea515cd73524ac255db7ac17

“LA REFORMA DEL REGLAMENTO DE SUBVENCIONES DE CASTILLA-LA MANCHA POR EL DECRETO 49/2018, DE 10 DE JULIO: UN ANÁLISIS CRÍTICO.”

Carlos-M^a. Rodríguez Sánchez.

Técnico Superior JCCM.

Fecha finalización: 3 de septiembre de 2018.

RESUMEN:

La reforma del Reglamento de Subvenciones de Castilla-La Mancha por el Decreto 49/2018 permite al autor de estas líneas reflexionar, en primer lugar, sobre las dificultades de entender adecuadamente un concepto como el de *“fundación de sector público”*, en cuya definición afirman sus competencias tres ordenamientos jurídicos distintos y no siempre compatibles: el de la Unión Europea, el estatal español y los autonómicos.

En segundo lugar, se pone de manifiesto la discutible adaptación que en el Decreto 49/2018 se ha hecho de la Disposición Adicional 16^a de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y, por último, se citan dos ejemplos de preceptos de dicho Reglamento que, pese a haber sido modificados por el



citado Decreto, siguen presentando, a juicio del autor, contradicciones con la legislación básica estatal.

PALABRAS CLAVE:

Subvenciones públicas, entregas dinerarias sin contraprestación, fundaciones de sector público, bases, convocatoria, norma jurídica, acto administrativo y procedimiento administrativo común.

ABSTRACT

The reform of the Regulation of Public Subsidies of Castilla-La Mancha by Decree 49/2018 allows the author of these lines to reflect, first of all, on the difficulties of understanding a concept such as the "*foundation of the public sector*", in whose definition their competences are affirmed by three different legal systems that are not always compatible: those of the European Union, the Spanish State and the Autonomous Governments.

Secondly, the controversial adaptation that in Decree 49/2018 has been made of the 16th Additional Provision of Law 38/2003, of November 17, General of Public Subsidies, is commented. And, finally, two examples are cited of precepts that, despite having been modified by Decree 49/2018, continue to present, in the author's opinion, contradictions with the basic state legislation.

KEY WORDS:

Public Subsidies, cash deliveries without consideration, foundations of the public sector, bases, call, legal norm, administrative act and common administrative procedure.

SUMARIO:

I.- INTRODUCCIÓN

II.- UNA CUERSTIÓN PREVIA: EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN DE LAS FUNDACIONES DE SECTOR PÚBLICO REGIONAL EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA.

A) RAZONES PARA UNA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL.

B) EL DERECHO AUTONÓMICO DE CASTILLA-LA MANCHA.

III.- SUBVENCIONES Y ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN FUNDACIONALES EN EL DECRETO 49/2018.

IV.- OTRAS CUESTIONES SUSCEPTIBLES DE CRÍTICA DEL DECRETO 49/2018.

A) EL ARTÍCULO 15 RSCM.

B) EL ARTÍCULO 28.5 RSCM.

I.- INTRODUCCIÓN

La originaria regulación de las subvenciones a nivel estatal careció de un régimen jurídico diferenciado del genéricamente presupuestario y, como manifestación de lo anterior, las únicas menciones legales a las subvenciones se hicieron en el ya derogado Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria que, respecto exclusivamente a las subvenciones concedidas por la AGE, se limitaba a



exigir su concesión en un régimen de publicidad, concurrencia y objetividad (art. 81), imponiendo a la administración estatal la escrupulosa exigencia al beneficiario del deber de justificación de la aplicación de las cantidades obtenidas por éste (art. 82)³¹.

Derogados los anteriores preceptos por la letra a) del número 2 de la disposición derogatoria única de la vigente Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en lo sucesivo, LGS), se abrió camino en nuestro país un régimen jurídico radicalmente distinto, en el que la legislación estatal tiene pretensiones de aplicarse con carácter básico a todas las Administraciones Públicas.

A pesar de todo – y al margen de los conflictos que un giro tan copernicano ha suscitado y seguirá suscitando con las sensibilidades de las Comunidades Autónomas por las frecuentes extralimitaciones de los títulos competenciales estatales – la entrada en vigor de la LGS, no supuso en Castilla-La Mancha un cambio de perspectiva sobre la regulación de las subvenciones con carácter autónomo en una ley especial y, por tanto, dicha regulación ha estado siempre, en esta Comunidad Autónoma, huérfana de sustantividad propia. A nivel legal, esta materia se incluyó en el capítulo IV del Título

³¹ Estos preceptos fueron desarrollados por el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas. Esta norma, en coherencia con el carácter instrumental de las subvenciones, concretaba su aplicación a las subvenciones concedidas en materias que fueran de la competencia normativa estatal plena o, con independencia de este criterio, a las gestionadas total o parcialmente por la AGE o por sus entidades públicas vinculadas o dependientes.

II de la Ley 6/1997, de 10 de julio, de Hacienda de Castilla-La Mancha y mantuvo su ubicación de título, capítulo y artículos con la sustitución de esta norma por el actual Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha (en lo sucesivo, TRLHCM). A lo máximo que pudo llegarse fue a la elevación a “título” de los preceptos que, en esta norma, regulaban las subvenciones, con la reforma introducida por la Ley 9/2006, de 21 diciembre, de modificación del texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones.

Este simple hecho me parece suficientemente expresivo del predominio que en la legislación de subvenciones de Castilla-La Mancha han tenido siempre las opiniones de sus órganos de fiscalización interna. Así, cuando, en fase del dictamen del anteproyecto de ley por el ya extinto Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha³², se le preguntaba al entonces Interventor General –que acudió a este órgano a defender el texto de la futura Ley 9/2006– la razón por la que no se aprobaba una ley autonómica exclusivamente destinada a subvenciones como habían hecho otras Comunidades Autónomas, la contestación fue que su ubicación en la Ley de Hacienda seguía teniendo más sentido, por el matiz particularmente presupuestario y de política de gasto que tiene esta materia. Argumento cuya inanidad es evidente, pues también podría servir para justificar, por ejemplo, la no regulación separada respecto de la materia hacendística de los contratos de las

³² Órgano en el que quien suscribe estas líneas estuvo prestando sus servicios profesionales desde los años 2002 hasta 2011 y que, por tanto, fue testigo presencial del hecho que a continuación se apunta, únicamente documentado en su memoria.



administraciones públicas, que presentan mucha mayor relevancia en términos de gasto público.

En el plano legal sigue siendo prioritario, por tanto, no sólo superar ese *“pecado original”* que implica la confusión de las subvenciones en el marco regulatorio de la hacienda regional, sino también suprimir de una buena vez ese engendro –contrario de forma palmaria a la legislación estatal básica– del que inicialmente se denominó *“procedimiento de evaluación individualizada”* y, en la actualidad, a partir de la reforma del artículo 75.1 TRLHCM por el apartado dos del artículo segundo de la Ley 9/2013, de 12 diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2014, con la eufemística fórmula de *“procedimiento simplificado de concurrencia”*, en el que, por no seguirse para su resolución otro criterio que el de la prelación temporal de las solicitudes, en realidad se produce la exclusión radical y absoluta de toda eventual concurrencia.

El presente trabajo, sin embargo, se limitará a realizar un estudio crítico exclusivamente de la reforma que del Decreto 21/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre (en lo sucesivo, RSCM), ha realizado el Decreto 49/2018, de 10 de julio. Sin duda esta modificación tiene aspectos enormemente positivos que para ser honestos intelectualmente no pueden ser ignorados. Tales son los casos, por ejemplo, de la limitación de la inaceptable discrecionalidad que antes tenían los órganos convocantes para incrementar la cuantía máxima o estimada de la subvención sin necesidad de

proceder a una nueva convocatoria; del incremento de la transparencia asociado al hecho de que estas modificaciones de cuantía tengan que comunicarse a la Base de Datos Nacional de Subvenciones; o, en fin, la previsión de unas Bases reguladoras tipo de aceptación voluntaria que, sin duda, agilizará la labor de los órganos gestores en el procedimiento de elaboración de las mismas, al no exigirse el informe de la Inspección General de Servicios para el caso de que se decida respetar su contenido.

Sin embargo, entre los aspectos negativos que hemos de tratar en este trabajo apreciamos que el Decreto 49/2018 ha generado nuevas dudas interpretativas sobre la distinción entre “*subvenciones*” y “*entregas dinerarias sin contraprestación*”, particularmente en el marco de las fundaciones de sector público y, en concreto, respecto del órgano competente para el ejercicio de las funciones administrativas sobre aquéllas.

Aunque, con carácter previo, habría que reflexionar sobre el propio concepto de “*fundaciones de sector público regional*”, haciendo algunas consideraciones sobre la, a mi juicio, evidente extralimitación de las competencias estatales en que incurre el artículo 129 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), y, por otra parte, la contradicción del propio TRLHCM en la adaptación del derecho de la Unión Europea, por la necesidad de integrar en el subsector de las administraciones autonómicas el propio concepto europeo de fundaciones de sector público, coincidente por otra parte con el del citado artículo 129 LRJSP, cuya aplicación, sin embargo, ha tratado de eludir esta Comunidad Autónoma introduciendo un nuevo apartado 4 al artículo 4 TRLHCM, en la reforma operada por la



Ley 7/2017, 21 diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2018.

Por otro lado, creo que se ha desaprovechado la reforma para corregir lo que, en mi particular opinión, siguen siendo normas manifiestamente contrarias a la legislación básica sobre procedimiento administrativo y régimen jurídico de las administraciones públicas. Aludiremos en este caso a reglas como la de que, por protocolo o convenio, se pueda encomendar a una consejería la redacción de las bases reguladoras en aquellas subvenciones en las que el crédito está repartido entre ellas (art. 15 RSCM), o el sinsentido de que, en los supuestos de terminación convencional del procedimiento, el acuerdo deba materializarse en los 15 días siguientes a la resolución de concesión (art. 28.5 RSCM). Ambos preceptos, han sido curiosamente objeto de reformas menores por el Decreto 49/2018 sin alterar el fondo de estas prescripciones, y sin que nada haya advertido tampoco el propio Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Por elementales razones de espacio dejaremos para otra ocasión el comentario a los artículos 32 a 34 RSCM, que desarrollan el denominado "*procedimiento simplificado de concurrencia*", de cuya incompatibilidad con la LGS ya hemos hablado. Y, en fin, tampoco nos detendremos en el hecho de que pervivan en el RSCM reglas procedimentales excesivamente complejas que el Decreto 49/2018 ni siquiera ha cuestionado, en las que, trámites que parecen más propios de un particular tipo de subvenciones, se extienden indebidamente al procedimiento ordinario de concurrencia competitiva, en contra pues de los principios de necesidad, eficacia o proporcionalidad que han de presidir toda buena regulación. Pues, aunque, la STC 55/2018, de 24 de

mayo, deje sin efecto los principios de aquélla contenidos en el artículo 129 LPACAP en tanto pretenden extenderse a los gobiernos autonómicos³³, parece que su necesaria observancia por el gobierno central debe repercutir también en la labor normativa de los gobiernos autonómicos, aunque sólo sea por la vía de la supletoriedad. En cualquier caso, los criterios del artículo 129 LPACAP deberían ser simplemente respetados en virtud del principio más humano del sentido común que, a la vista del panorama normativo más reciente, parece resultar hoy el menos común de los sentidos³⁴.

³³ Aunque esta sentencia declara contrario al principio constitucional de distribución de competencias la mayor parte del artículo 129 LPACAP, en tanto pretende aplicarse también a los gobiernos autonómicos, lo considera vigente para el gobierno estatal, y así en su FJ 7 b) se dice literalmente: *“Tal declaración, sin embargo, tampoco conlleva en este caso la nulidad de los artículos 129, 130, 132 y 133 de la Ley 39/2015. Según acabamos de ver, tales preceptos se refieren también a las iniciativas legislativas del Gobierno nacional, lo que no ha suscitado controversia alguna en este proceso. De modo que, para remediar la invasión competencial señalada, basta declarar que estos preceptos son contrarios al orden constitucional de competencias y que, en consecuencia, no son aplicables a las iniciativas legislativas de las Comunidades Autónomas...”*.

³⁴ El grado de despropósito e intemperancia alarmante al que estamos llegando en el plano normativo puede comprobarse en la Ley aragonesa nº 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón, en cuya DF 1ª se insta a la Diputación General de Aragón a dirigirse al Gobierno español *“... para que este derogue formalmente el Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707, que, dictado por el derecho de conquista, supuso la abolición de los fueros y libertades de que gozaba Aragón antes de Felipe V”*. Y continuando con ese inalterable mantra, establece la



II.- UNA CUERSTIÓN PREVIA: EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN DE LAS FUNDACIONES DE SECTOR PÚBLICO REGIONAL EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA.

A) RAZONES PARA UNA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL.

Aunque supere el marco de la crítica al Decreto 49/2018, es conveniente detenerse un momento en las dificultades que la legislación vigente nos impone para la delimitación de un concepto como el de *“fundación de sector público regional”* que no está ni mucho menos claro en el ordenamiento jurídico de Castilla-La Mancha. Y todo ello, porque el citado concepto ha sido reformulado de manera sorpresiva y sorprendente por el artículo 129.2 LRJSP que, con carácter básico, dispone ³⁵:

“De acuerdo con los siguientes criterios, ordenados por prioridad en su aplicación, referidos a la situación en el

entrada en vigor de la *“norma”* en su DF 4^a: *“... el día 29 de junio de 2018, fecha en la que se cumplen trescientos once años desde la aprobación del primer Decreto de Nueva Planta que abolió, por derecho de conquista, el Derecho público y las instituciones propias del Reino de Aragón”*. Con este sentimiento de algunas Comunidades Autónomas de haber sido conquistadas, no parece vislumbrarse el mejor futuro al vigente Estado autonómico.

³⁵ El carácter básico se deriva de la Disposición final decimocuarta, apartado 2, letra c) LRJSP, donde los únicos preceptos del capítulo VII del Título II que no se consideran básicos en materia de fundaciones son los artículos 128, 130, 131, 132, 133, 135 y 136.

primer día del ejercicio presupuestario, la fundación del sector público quedará adscrita, en cada ejercicio presupuestario y por todo este periodo, a la Administración Pública que:

- a) Disponga de mayoría de patronos.
- b) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos.
- c) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo.
- d) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del patronato.
- e) Financie en más de un cincuenta por ciento, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por la fundación, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año.
- f) Ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial"

Se trata de un precepto que, sin embargo, se me antoja de dudosa constitucionalidad. Desde el punto de vista de las fundaciones – que carecen de la condición de administraciones públicas en la propia LRJSP – la prescripción contenida en el artículo 129.2 LRJSP nunca podría resultar amparada por el título competencial del artículo 149.1.18ª sobre “bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”. Y si busca ampararse por la vía de unificar la administración de adscripción, habrá que reconocer que, forzosamente, las Comunidades Autónomas se quedan sin margen regulatorio alguno en un título competencial que ya ha



sido asumido como exclusivo en sus respectivos Estatutos de Autonomía y en el que, además, no pueden entenderse comprendidas sino funciones de derecho público, ya que las relaciones fundacionales de derecho privado resultan de competencia exclusiva estatal, en virtud del título competencial exclusivo del artículo 149.1. 8ª CE³⁶.

Hay razones de derecho europeo, no obstante, para que el Estado intente imponer a las Comunidades Autónomas criterios unánimes de adscripción de las fundaciones a sus respectivos sectores públicos. En concreto, desde el punto de vista de las cuentas públicas que es donde se ve la influencia y relevancia del Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (en lo sucesivo, SEC 2010).

El SEC 2010 en su Anexo A I.34 clasifica las entidades económicas en cinco sectores institucionales: a) hogares; b) administraciones públicas; c) sociedades (financieras y sociedades no financieras); d) instituciones sin fines de lucro (ISFL) y e) el resto del mundo.

³⁶ Así el Estatuto de Autonomía de Aragón, en su artículo 71, nº 40, reconoce a la Comunidad Autónoma competencias exclusivas sobre *“Asociaciones y fundaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial, deportivo y similares que desarrollen principalmente sus funciones en Aragón”*. En el caso del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, su artículo 31.1.25ª, reconoce a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha competencia exclusiva sobre *“Fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma”*.

Para lo que aquí importa, la inclusión de una unidad económica en el sector administraciones públicas determina que sus resultados económicos computen a efectos de deuda y déficit en el conjunto de la administración pública en cuestión, lo cual tiene una gran relevancia, entre otras cosas para el control que deben hacer las instituciones europeas sobre las medidas presupuestarias de los diversos Estados miembros.

Pues bien, el SEC 2010, cuando en el Anexo A, capítulo 20, regula las cuentas de las Administraciones Públicas, dispone en el apartado 20.13 que las ISFL controladas por las administraciones públicas son unidades del sector, en su consideración de productores no de mercado. Pero lo importante es que se considera que una Administración tiene el control de una ISFL (Anexo A, capítulo 20.15):

"...cuando se puede determinar la política general o el programa de la misma. La intervención pública en forma de normas generales aplicables a todas las unidades que trabajan en la misma actividad resulta irrelevante para decidir si las administraciones públicas tienen el control de una unidad individual. Para determinar si una ISFL está controlada por las administraciones públicas, deben tenerse en cuenta los cinco indicadores de control siguientes:

- a) nombramiento de responsables;*
- b) otras disposiciones del instrumento habilitante, como las obligaciones establecidas en el estatuto de la ISFL;*
- c) acuerdos contractuales;*
- d) grado de financiación;*



e) *exposición al riesgo.*

Un solo indicador puede ser suficiente para determinar si existe el control, pero si una ISFL que está financiada principalmente por las administraciones públicas mantiene la capacidad para definir su política o programa en una medida significativa siguiendo las líneas mencionadas en los demás indicadores, entonces no se consideraría controlada por las administraciones públicas. En la mayoría de los casos, una serie de indicadores conjuntamente señalan el control. (...)”.

Parece, por tanto, que los criterios de adscripción establecidos en el artículo 129.2 LRJSP no son sino transposición de los exigidos por la normativa europea y que anteriormente se han expuesto.

Ahora bien, esto no puede significar, en mi opinión, que el legislador estatal pudiera haber actuado al amparo de algún otro de los títulos competenciales expresamente previstos en el apartado 1 de la Disposición final 14^a LRJSP (que son el del artículo 149.1.13^a CE, relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, o el del artículo 149.1 14 CE, sobre hacienda pública general).

En efecto, la reciente STC 55/2018, de 24 de mayo, ha puesto coto a la interpretación extensiva de estos títulos competenciales estatales, si bien en referencia a idénticos títulos esgrimidos por el Estado en la Disposición Final 1^a LPACAC, cuando al considerar la viabilidad de la adhesión voluntaria de las Comunidades Autónomas y los entes locales a las plataformas y registros electrónicos del Estado prevista en la DA 2^a LPACAC, el Alto Tribunal advierte la inanidad de estos títulos sobre el que específicamente ha de considerarse

que ampara la regulación básica estatal (es decir, el 149.1.18ª CE).

Así, respecto del título competencial del artículo 149.1.13ª CE dice el Tribunal Constitucional:

“... a) El artículo 149.1.13 CE, respecto del que hay que evitar «una lectura excesivamente amplia» que pudiera «constreñir de contenido o incluso vaciar las competencias sectoriales legítimas de las Comunidades Autónomas» [por todas, STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 2 c)], «tiene como objeto característico la actividad económica privada, más que la racionalización de las estructuras administrativas» [STC 41/2016, FJ 3 c)]...

En aplicación de esta doctrina, hemos descartado la entrada en juego del artículo 149.1.13 CE al examinar regulaciones orientadas a estos fines, por lo general en respuesta a la crisis económica...”³⁷.

Y, por su parte, respecto del artículo 149.1.14 CE, subraya el citado órgano:

“... b) La materia «hacienda general» (art. 149.1.14 CE) abarca las relaciones entre las distintas haciendas: estatal, autonómicas y locales (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 4 y 5) y el sistema de ingresos públicos: tributarios o de otro tipo (STC 192/2000, de 13 de julio, FJ 6). Se trata de cuestiones por completo externas a la Ley 39/2015 y a las concretas previsiones que su disposición final primera, apartado segundo, entiende amparadas en aquel título competencial...

³⁷ FJ 3º, letra a).



Ciertamente, la doctrina constitucional ha admitido que el artículo 149.1.14 CE puede llegar a dar cobertura a normas estatales relativas a la hacienda pública desde la perspectiva del gasto. Ahora bien, lo ha hecho con cautela para considerar amparadas en ese título competencial regulaciones sobre «la actividad financiera de las distintas haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales que, conforme a nuestra Constitución, han de regir el gasto público: legalidad (art. 133.4 CE); eficiencia y economía (art. 31.2 CE); asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE); subordinación de la riqueza nacional al interés general (art. 128.1 CE); estabilidad presupuestaria (art. 135 CE; STC 134/2011, de 20 de julio); y control (art. 136 CE)» [SSTC 130/2013, FJ 5, y 41/2016, FJ 3 b)]...»³⁸.

Con esta interpretación difícilmente, por tanto, podrán ser útiles títulos competenciales ajenos al del artículo 149.1.18^a CE para imponer la obligatoria adscripción de las fundaciones a la administración pública que ejerza el control sobre aquéllas. Y mucho menos tomando como excusa la necesidad de adaptar una norma de derecho de la Unión Europea, pues es sobradamente conocida, unánime y reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁹, según la cual la integración de España en la Unión Europea no afecta a la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁴⁰.

³⁸ FJ 3º, letra b).

³⁹ ORTIZ VAAMONDE, S: "El Tribunal Constitucional ante el Derecho Comunitario (1)". En "Revista española de Derecho Constitucional". Núm. 61. Enero-abril, 2001. Págs. 301- 347.

⁴⁰ Este criterio ha supuesto el rechazo de títulos competenciales estatales a través de los que la Abogacía del

Por tanto, en mi opinión, la circunstancia de que las fundaciones públicas tengan que computar a efectos de deuda y déficit en un determinado sector público administrativo por imperativo del derecho de la UE, no justifica que el legislador estatal distorsione, hasta casi hacerlos irreconocibles, títulos competenciales exclusivos suyos, para imponer a las CCAA o a otras AAPP el cumplimiento obligado de unas normas que, precisamente por la primacía del derecho comunitario y la aplicabilidad directa de los Reglamentos europeos, ya se les tienen que entender impuestas, sin labor alguna de intermediación estatal.

Por otra parte, con la generosa configuración con que se ha desarrollado el principio de responsabilidad –que permite ejercer a la AGE de juez y parte para valorar los incumplimientos autonómicos de sus deberes internacionales, detrayendo incluso recursos de las Comunidades Autónomas que han generado esa responsabilidad⁴¹– parece que el Estado tiene

Estado defendía una cierta competencia del Estado para ejecutar el Derecho comunitario; en concreto, los relativos al comercio exterior y a las relaciones internacionales. Véanse, por todas: SSTC 252/1988, 76/1991, 115/1991, 146/1996, 128/1999, 208/1999 ó 235/1999.

⁴¹ La LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera recoge en su Disposición Adicional 2ª la denominada “*responsabilidad por incumplimiento de normas del derecho comunitario*”, desarrollada por el RD 515/2013, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades del Dº de la UE. En este procedimiento es juez y parte la AGE pues, conforme al artículo 7.1 del RD “*La Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas es el*



suficientes mecanismos adecuados para garantizar el cumplimiento de esa norma europea sin forzar la interpretación de títulos competenciales del artículo 149 CE.

B) EL DERECHO AUTONÓMICO DE CASTILLA-LA MANCHA.

En el caso de Castilla-La Mancha, el concepto de “*fundación de sector público regional*”, se encuentra en el artículo 4.3 TRLHCM, que les impone los siguientes requisitos:

“... a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos o demás entidades integrantes del sector público regional.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos o demás entidades integrantes del sector público regional”.

órgano encargado de iniciar e instruir el procedimiento, correspondiendo al Consejo de Ministros, mediante acuerdo, la resolución del procedimiento”. Y en cuanto a las medidas que pueden adoptarse, el RD prevé incluso en su artículo 17.1 “... la adopción de medidas de compensación, deducción o retención de la deuda con las cantidades que deba satisfacer el Estado a la Administración o entidad responsable por cualquier concepto presupuestario y no presupuestario”.

Ha de observarse que este precepto se encuentra hoy en abierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 129.2 LRJSP, pues toma como único criterio para configurar las fundaciones de su sector público el mero aspecto económico de la aportación o el de los bienes que integran el patrimonio fundacional, ignorando por tanto el concepto más amplio de “control” exigido por dicho precepto estatal.

Ello, sin embargo, no significa que en este ordenamiento autonómico se ignore la existencia de estas otras fundaciones a las que se extiende el SEC 2010, sino que simplemente el legislador ha prescindido del carácter básico formalmente expresado del artículo 129.2 LRJSP, conectando directamente con el derecho de la UE. Y ello ha determinado que se añada un nuevo apartado 4 al artículo 4 del TRLHCM, introducido por el número Uno de la Disposición final primera de la Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2018, que se ha redactado así:

“... 4. La presente ley será de aplicación, asimismo, a las Universidades públicas de Castilla-La Mancha y al resto de entes adscritos que, sin formar parte del sector público regional a los efectos de esta ley, estén incluidos en el sector Administraciones públicas, subsector Comunidades Autónomas, o en el subsector sociedades no financieras públicas, de acuerdo con la definición y delimitación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, a los efectos del seguimiento de lo establecido en la normativa vigente en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y del cumplimiento de los principios y obligaciones contables que se deriven de lo establecido en el título VI.”



A tal efecto, se consideran Universidades públicas de Castilla-La Mancha a las financiadas mayoritariamente por esta última”.

A tenor de lo anteriormente expuesto, en Castilla-La Mancha estos preceptos obligan a distinguir, por tanto, entre *“fundaciones de sector público”* (las del apartado 3 del artículo, definidas estrictamente con criterios económicos) y *“fundaciones adscritas a la Administración regional”* (que, sin ser fundaciones de sector público, cumplen los requisitos de control definidos por SEC 2010)⁴². La diferenciación se nos antoja artificiosa. Dicho de otra manera, el legislador autonómico pretende que distingamos allí donde no hay cabida a distinción alguna, porque no es imaginable que pueda existir una fundación adscrita a la Administración regional que, sin embargo, no forme parte de su sector público. Se incurre, pues, en una antinomia en la que, en mi opinión, el régimen de las subvenciones les es aplicable a todas ellas (es decir, las del apartado 3 y 4 del artículo 4 TRLHCM), interpretación que resulta reforzada por el inciso inicial del artículo 4.4 cuando dispone que *“La presente ley será de aplicación, asimismo...”*, al formar parte las subvenciones de dicho texto normativo, concretamente de su Título III.

⁴² Obsérvese, sin embargo, que esta distinción parece contraria al tenor literal del artículo 129.2 LRJSP, en la que la adscripción determina la pertenencia de la fundación al sector público regional, cuando se dispone que *“... la fundación del sector público quedará adscrita, en cada ejercicio presupuestario y por todo este periodo, a la Administración Pública que...”*.

III.- SUBVENCIONES Y ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN FUNDACIONALES EN EL DECRETO 49/2018.

La distinción entre “*subvenciones*” y “*entregas dinerarias sin contraprestación*” ha sido objeto ya de un magnífico artículo publicado en esta misma revista por mi compañero DÍAZ-MAROTO MAQUEDA cuyas conclusiones comparto sustancialmente y que han servido de soporte teórico para la modificación del RSCM efectuada por el Decreto 49/2018. En el citado artículo su autor calificaba la concreción del concepto de “*entregas dinerarias sin contraprestación*” como de “*cuestión pendiente de resolución*”⁴³. No es, por tanto, mi propósito ahora ni enmendar ni añadir nada a las impecables opiniones que allí se vierten; ni siquiera teorizar en la diferencia entre ambos conceptos, sino simplemente reflexionar sobre su forma de materialización práctica en la norma publicada. Con las salvedades que apunté en el epígrafe anterior, es decir, que el ámbito subjetivo de aplicación no puede quedar circunscrito a las fundaciones de sector público regional que se definen estrictamente en el apartado 3º del artículo 4 TRLHCM, sino también a las que, de forma más enigmática, se contemplan –literalmente como sujetos no integrantes del sector público autonómico– en el apartado 4º del citado artículo 4 TRLHCM, por las razones que también se han argumentado con anterioridad.

⁴³ DÍAZ-MAROTO MAQUEDA, J: “Las entregas dinerarias sin contraprestación tras la modificación de la DA 16ª de la Ley General de Subvenciones por la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público: una cuestión pendiente de resolución”. En *GABILEX*, Nº 8. Toledo, diciembre, 2016. Págs. 109-147.



El primer párrafo del número 1 de la DA 16^a LGS⁴⁴, en la redacción que le da el apartado dos de la DF 7^a de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, señala lo siguiente:

“1. Las fundaciones del sector público únicamente podrán conceder subvenciones cuando así se autorice a la correspondiente fundación de forma expresa mediante acuerdo del Ministerio de adscripción u órgano equivalente de la Administración a la que la fundación esté adscrita y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10.2”.

Las entregas dinerarias sin contraprestación que carezcan, pues, de la naturaleza de subvenciones, se han de regir, en consecuencia, por lo dispuesto en el artículo 3.2, párrafo 2º LGS, conforme al cual:

“Serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta ley y los de información a que se hace referencia en el artículo 20 al resto de las entregas dinerarias sin contraprestación, que realicen los entes del párrafo anterior que se rijan por derecho privado. En todo caso, las aportaciones gratuitas habrán de tener relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos”.

De estos preceptos, parece razonable deducir, con el carácter de legislación básica, que cuando las fundaciones de sector público estén autorizadas para ello, concederán subvenciones que se regirán íntegramente por la normativa estatal y autonómica que las regula. En el caso contrario, las entregas

⁴⁴ Toda esta Disposición Adicional tiene carácter básico, conforme advierte la DF 1^a, apartado 1 LGS.

dinerarias sin contraprestación se regirán por el derecho privado, con la salvedad de que les resultarán aplicables simplemente los principios de gestión e información del artículo 20 LGS. Ahora bien, decir que son aplicables *“principios”* no equivale a afirmar que sean extrapolables, sin más, los correspondientes *“preceptos”*.

Sorprendentemente, sin embargo, la DF 18ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, ha introducido una nueva disposición adicional (la nº 26ª), en la LGS, en la que hace decir a esta norma que: *“Las entregas dinerarias sin contraprestación que otorguen las entidades de derecho público del sector público estatal que se rijan por el derecho privado, tendrán siempre la consideración de subvenciones”*, con lo que el propio Estado se desvincula del régimen que pretende imponer con carácter básico para el resto de administraciones públicas y sencillamente borra la diferenciación entre *“subvenciones”* y *“entregas dinerarias sin contraprestación”* en el caso de las fundaciones del sector público estatal, por mor de la asimilación de su régimen jurídico, asimilación, sin embargo, que en un ejercicio de notoria incongruencia, no autoriza para el resto de administraciones públicas.

La respuesta dada a esta cuestión por el Decreto 49/2018, al reformar el RSCM no podía ser otra que, en escrupuloso respeto de la legislación básica estatal, mantener la diferencia entre *“subvenciones”* y *“entregas dinerarias sin contraprestación”*.

Pues bien, para ello se mantiene la diferencia conceptual y de régimen jurídico, considerando aplicables a las *“entregas dinerarias sin contraprestación”* exclusivamente *“...los principios de*



gestión e información establecidos en la legislación básica en materia de subvenciones". Pero tanto en aquéllas como en las subvenciones, el Decreto 49/2018 exige la autorización por Consejo de Gobierno y el informe favorable previo de la Intervención General⁴⁵. Me parece discutible, sin embargo, que estas *"entregas dinerarias sin contraprestación"*, en las que el régimen de derecho privado debiera ser prevalente, se impregnen también de los mismos requisitos formales de derecho público exigidos a las subvenciones, haciendo así más difusa todavía la diferencia teórica entre ambas técnicas.

La única aportación sustantiva del Decreto 49/2018 para efectuar la distinción – pues la exigencia de que las entregas dinerarias han de guardar relación directa con el fin fundacional se infiere de la legislación básica, como hemos tenido oportunidad de ver – es la que se deriva del nuevo artículo 5.2 b) RSCM, donde se exige: *"Que las actividades o proyectos a los que se dirijan las aportaciones dinerarias no tengan relación directa con los fines de utilidad pública o interés social a cuya satisfacción se encaminen directamente las competencias atribuidas a la consejería u organismo público de adscripción, o, en su caso, a otras consejerías u organismos sujetos a derecho público integrantes del sector público regional"*.

La conclusión es que, para que las entregas dinerarias no tengan la consideración de subvenciones, aquéllas, a pesar de guardar relación directa con el fin fundacional, han de tener solamente una relación indirecta con los

⁴⁵ Véase, al respecto, la modificación que se hace en su artículo único, apartados Uno y Dos, por la que se introduce un artículo 4 bis y se da una nueva redacción al artículo 5 RSCM.

finés del órgano o institución pública en la que se encuadran las fundaciones, criterio que nos parece escasamente operativo o discernible en la práctica. El propio DÍAZ-MAROTO MAQUEDA lo reconoce cuando afirma que *"... es lo cierto que estas diferencias pueden resultar de muy difícil percepción práctica, dada la lógica proximidad, cuando no el mimetismo, entre los fines sociales y fundacionales de las entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas sujetas al derecho privado ... y aquellos fines a los que sirven estas mismas Administraciones Públicas"*⁴⁶.

Más me importa destacar que, en realidad, con este precepto se vuelve a poner de manifiesto el protagonismo muchas veces injustificado que cobra el órgano autonómico de fiscalización interna, que relega incluso el propio papel del Consejo de Gobierno al de una autorización formal, en tanto que el Decreto no se contenta con la mera emisión del informe por la Intervención General, sino que además exige que éste sea *"favorable"*. Tal protagonismo me parece excesivo, porque la interpretación de cuáles son los fines públicos directos o indirectos que ha de cumplir una fundación de sector público excede con mucho del mero control de los actos de naturaleza económica de la administración regional y, en ese sentido, hubiera sido deseable contemplar también un espacio para los servicios jurídicos autonómicos que, razonablemente, también algo deberían poder decir sobre el particular.

Pero, con ser relevante la crítica anterior, la principal objeción que debe hacerse a estos preceptos (los actuales artículos 4 bis y 5 RSCM) es la defectuosa transposición que, a mi juicio, hacen del segundo

⁴⁶ DÍAZ-MAROTO MAQUEDA, J: *"Op. cit"*. Pág. 119.



párrafo del apartado 1 de la DA 16ª LGS, cuyo tenor literal, recordemos, es el siguiente:

“La aprobación de las bases reguladoras, la autorización previa de la concesión, las funciones derivadas de la exigencia del reintegro y de la imposición de sanciones, así como las funciones de control y demás que comporten el ejercicio de potestades administrativas, serán ejercidas por los órganos de la Administración que financien en mayor proporción la subvención correspondiente; en caso de que no sea posible identificar tal Administración, las funciones serán ejercidas por los órganos de la Administración que ejerza el Protectorado de la fundación”.

Obviamente este precepto, por su carácter básico, quiere resolver el problema del ejercicio de potestades administrativas en aquellos casos en que financien la subvención administraciones públicas con personalidades jurídicas y potestades normativas diferenciadas. Por eso entiendo que no era necesario interiorizar este mandato en el seno de la propia Administración regional como han hecho los redactores del Decreto 49/2015, al considerarlo aplicable también a la distribución competencial doméstica de los propios órganos y entes de la Administración de Castilla-La Mancha.

De hecho, la redacción que se hacía en el Proyecto original del apartado 5 del artículo 4 bis era: *“La aprobación de las bases reguladoras, el ejercicio de las funciones correspondientes a la exigencia del reintegro, la imposición de sanciones, y demás que conlleven el ejercicio de potestades administrativas, serán ejercidas por la Consejería u órgano equivalente de adscripción de la Fundación...”*.

Esta redacción, sin embargo, fue criticada por la Secretaría General de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo, por su falta de sintonía con la DA 16ª LGS, objeción que encontró una tibia respuesta por parte de la Intervención General que, después de dar la razón al órgano que puso de manifiesto la discrepancia, fundamenta la utilidad del texto en fútiles razones extrajurídicas al afirmar que: *“...lo cierto es que se antoja contrario a la lógica operativa más elemental que sea una Administración (la de adscripción) la que autorice la concesión de subvenciones por la fundación (...) y pueda ser otra distinta (...) la que ejerza las facultades que se relacionan en el párrafo segundo del mismo apartado 1. Circunstancia que apunta hacia una aparente antinomia entre ambos párrafos del apartado 1 de la DA 16ª de la LGS...”*.

Planteado el debate en estos términos, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha acabó apoyando a la Consejería de Economía, Empresas y Empleo, incluyendo la necesidad de corregir este presunto “desajuste” como observación esencial en su Dictamen 203/2018, de 13 de junio, tras advertir que no podía compartir el criterio de la Intervención General *“...pues con independencia de la interpretación que efectúa el órgano propulsor de la iniciativa reglamentaria que se examina, también discutible pues no está exento de lógica que el órgano que financie mayoritariamente la subvención a conceder por la fundación sea a quien se atribuya en primer término la aprobación de sus bases reguladoras así como el ejercicio de las restantes facultades que se relacionan en el precepto, es lo cierto que el artículo 4 bis, en su apartado 5 contraviene lo establecido por el legislador estatal con carácter de norma básica, por lo que ha de procederse o bien a su modificación con respeto a la dicción literal de la citada disposición adicional decimosexta, apartado 1, segundo*



*párrafo de la LGS o bien con una remisión íntegra a lo regulado en este*⁴⁷.

Como resultado de esta polémica, el órgano gestor de la iniciativa reglamentaria tuvo que resignarse a redactar el artículo 4 bis, párrafo 1º, RSCM, en los siguientes términos:

“La aprobación de las bases reguladoras corresponderá a la persona titular de la consejería que financie en mayor proporción las subvenciones correspondientes, ya sea directamente o a través de un organismo autónomo o entidad de derecho público de adscripción. El ejercicio de las funciones correspondientes a la exigencia del reintegro, la imposición de sanciones y demás que conlleven el ejercicio de potestades administrativas, serán ejercidas por la consejería, el organismo autónomo o la entidad de derecho público que financien mayoritariamente las subvenciones a conceder por la fundación. Caso de que no resulte posible identificar dicha consejería, organismo autónomo o entidad de derecho público, tales funciones se ejercerán por la consejería a que la fundación se encontrase adscrita”.

En mi opinión, sin embargo, la redacción originaria del proyecto era perfectamente compatible con la DA 16ª LGS con leves retoques, entendida simplemente como norma aplicable internamente a la Administración regional. En este sentido, si en la subvención concedida por la fundación de sector público regional la financiación correspondiera mayoritariamente a otra Administración se aplicaría dicha DA 16ª; pero si, por el contrario, no existiera financiación mayoritaria por parte de otra administración, sería perfectamente

⁴⁷ Apartado IV, párrafo 7º del Dictamen 203/2018.

posible la aplicación prevalente del criterio de la adscripción inicialmente propuesto sin afectar al tenor literal de la citada DA 16ª. Para esta solución – que me parece más lógica – hubiera bastado la siguiente fórmula:

“Sin perjuicio de la DA 16ª LGS, cuando la financiación mayoritaria o única de las subvenciones correspondiera a la administración de la Junta de Comunidades, las funciones de control y demás que comporten el ejercicio de potestades administrativas, serán ejercidas por la consejería que ejerza el Protectorado de la fundación”.

Obsérvese, además, que la defectuosa adaptación que ha hecho el artículo 4 bis RSCM confunde dos conceptos que resultan distintos: el de la administración que financia mayoritariamente una subvención, por un lado, y el de la clasificación orgánica de los diferentes créditos presupuestarios que, en un mismo presupuesto, pueden ubicarse, efectivamente, en consejerías diferenciadas.

Al haber prevalecido desgraciadamente el criterio de la Consejería de Economía y del propio Consejo Consultivo, se produce ahora la incongruencia de que la aprobación de las bases, el reintegro o la potestad sancionadora se encomiendan preferentemente a la consejería de financiación mayoritaria, mientras que, sin embargo, la aprobación de los planes estratégicos de las subvenciones concedidas por esas mismas fundaciones del sector público regional corresponde a la consejería de adscripción, con independencia de la ubicación de los créditos. Así se dispone claramente en el párrafo tercero del artículo 6.1 RSCM, redactado por el Decreto 49/2018, cuyo tenor literal es el siguiente:



“Las subvenciones concedidas por las fundaciones del sector público regional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 bis, deberán formar parte, asimismo, del plan estratégico de subvenciones de la consejería de adscripción, en el que se integrarán con las especialidades que se deriven de la personalidad jurídica de tales entidades y del carácter de sus presupuestos...”.

IV.- OTRAS CUESTIONES SUSCEPTIBLES DE CRÍTICA DEL DECRETO 49/2018

Al margen de las subvenciones y entregas dinerarias sin contraprestación de las fundaciones de sector público, como apuntábamos en las consideraciones iniciales del presente trabajo, el Decreto 49/2018 ha acometido la reforma de dos preceptos del RSCM que, sin embargo, no han eliminado los problemas de fondo que suscitaban, a mi juicio, desde su redacción originaria. Estos preceptos son los artículos 15 y 28.5 RSCM.

A) EL ARTÍCULO 15 RSCM.

Este artículo, incluido en la sección tercera, capítulo II, Título preliminar RSCM, establecía – y sigue estableciendo – una especialidad en el procedimiento de aprobación de las bases reguladoras de las subvenciones y su redacción originaria era la siguiente:

“Excepcionalmente, cuando la línea de subvención afecte a competencias de varias consejerías, organismos autónomos o entidades de derecho público, se suscribirá, por los órganos competentes de cada uno

de ellos, un protocolo o convenio donde se fijarán entre otros extremos, las aportaciones presupuestarias y la consejería que, por razones de economía y eficacia, procederá a tramitar el expediente en cada una de las fases del procedimiento de concesión de subvenciones y de ejecución del gasto. Las bases reguladoras serán aprobadas por orden del titular de la consejería designada, previo informe de sus servicios jurídicos y de la Intervención Delegada en la misma, una vez justificada la consignación presupuestaria de todas las secciones afectadas”.

Pues bien, la reforma del Decreto 49/2018 se ha limitado simplemente a concretar que el informe de los servicios jurídicos no será el de todas las consejerías implicadas (como podía deducirse – aunque no necesariamente – de la expresión “*previo informe de sus servicios jurídicos*”), sino solamente el de “...*los servicios jurídicos de esta última...*” (es decir, la consejería designada para aprobar las bases reguladoras) y, por otra parte, a elevar el rango del informe de la Intervención, que pasa de la “*Intervención Delegada*” a asignarse a la “*Intervención General*”.

A mi modo de ver subsiste sin embargo, el problema de fondo sobre el hecho de que el artículo 15 RSCM habilita a realizar una delegación de competencias no permitida por la legislación básica estatal, a través de instrumentos que tampoco resultan idóneos para consumarla.

En efecto, las bases reguladoras tienen la inequívoca naturaleza de “*normas jurídicas*”, distintas, por tanto, a



las convocatorias⁴⁸. En la medida, pues, en que se afirme inequívocamente este carácter normativo de las bases y atendiendo al hecho de que, conforme al artículo 9.2 b) de la LRJSP y, con carácter de legislación básica, en ningún caso puede ser objeto de delegación *“La adopción de disposiciones de carácter general”*, difícilmente sería imaginable el supuesto de hecho previsto en este artículo, de que las consejerías implicadas pudieran asumir competencias normativas que originariamente corresponden a otras. Y mucho menos que esto pudiera materializarse a través de un instrumento como el protocolo o el convenio, que nunca pueden alterar el ejercicio de competencias y, en el caso del primero de ellos, ni siquiera tiene fuerza vinculante⁴⁹.

Tampoco puede sostenerse que la habilitación para esta delegación vendría amparada por un Decreto autonómico, porque entonces el contenido de éste sería palmariamente contrario a la legislación estatal básica. Al no tratarse ésta, por tanto, de una cuestión de

⁴⁸ Conforme al artículo 9.2 LGS: *“Con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones, deberán aprobarse las normas que establezcan las bases reguladoras de concesión en los términos establecidos en esta ley”*.

⁴⁹ En efecto, conforme al artículo 3.2 a) del Decreto 315/2007, de 27 de diciembre, por el que se regula el Registro General de Convenios de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, los denominados *“protocolos generales”* son *“...instrumentos que contienen acuerdos de carácter programático o declarativo, exposiciones de directrices, líneas de actuación o declaraciones conjuntas de intenciones y propósitos, sin contenido vinculante y cuyo cumplimiento no resulta jurídicamente exigible”*.

jerarquía normativa, ni siquiera la ley autonómica de subvenciones podría habilitar tal delegación.

Creo, por tanto, que la coherencia del ordenamiento jurídico impone que las bases de las subvenciones cofinanciadas sean aprobadas por orden conjunta de todas las consejerías cuyos créditos estuvieran implicados en la clasificación orgánica del presupuesto y que la única posibilidad válida de delegación sería la de los actos de naturaleza administrativa o económica que se deriven del procedimiento de convocatoria.

B) EL ARTÍCULO 28.5 RSCM.

Tampoco ha sido objeto de modificación sustancial el artículo 28.5 RSCM que literalmente disponía:

“5. De acuerdo con el artículo 76.3 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, cuando por la naturaleza de la subvención, el número y las circunstancias de los posibles beneficiarios, las normas reguladoras de la subvención así lo prevean, se podrá finalizar el procedimiento mediante acuerdo entre la administración y los interesados. Dicho acuerdo deberá formalizarse en el plazo de 15 días desde la notificación de la resolución de concesión”.

Este precepto, objeto también de modificación por el Decreto 49/2018, ha experimentado cambios menores, simplemente aclarando que el acuerdo de finalización deberá respetar en todo caso *“...el objeto, condiciones y finalidad de la subvención, así como los criterios de valoración o evaluación establecidos respecto a las solicitudes”.*



La parte criticable de este precepto – que no se ha tocado – es, sin embargo, la frase ubicada tras el penúltimo punto y seguido cuando advierte que *“Dicho acuerdo deberá formalizarse en el plazo de 15 días desde la notificación de la resolución de concesión”*, regla que consideramos difícilmente compatible con el artículo 21,1, párrafo 3º LPACAP, que excluye del deber de resolver en *“...los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio...”*. Si la terminación convencional de un procedimiento de subvenciones es precisamente una modalidad de terminación sustitutiva a la de la resolución, ésta en ningún momento puede entenderse como el *“dies a quo”* para el cómputo del plazo de la formalización del acuerdo, como pretende la literalidad del artículo 28.5 RSCM.

BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ-MAROTO MAQUEDA, J: “Las entregas dinerarias sin contraprestación tras la modificación de la DA 16ª de la Ley General de Subvenciones por la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público: una cuestión pendiente de resolución”. En *GABILEX*, Nº 8. Toledo, diciembre de 2016. Págs. 109-147.

FERNÁNDEZ FARRERES, G (Coord.): *“Comentario a la Ley General de Subvenciones”*. Civitas, 2005.

ORTIZ VAAMONDE, S: “El Tribunal Constitucional ante el Derecho Comunitario (1)”. En *“Revista española de Derecho Constitucional”*. Núm. 61. Enero-abril, 2001. Págs. 301- 347.

PASCUAL GARCÍA, J: *“El régimen jurídico de las subvenciones públicas”*. 3ª ed. BOE. Madrid, 2017.

“LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL Y SANCIONADORA POR LAS ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA PROTEGIDA.”

Salvador Moreno Soldado

Funcionario de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en el puesto de Asesor Jurídico en la Dirección Provincial de Agricultura, Medioambiente y Desarrollo Rural en Albacete.

Instructor de expedientes sancionadores de medioambiente y conservación de la naturaleza.

Resumen:

La electrocución de aves rapaces en los tendidos eléctricos es la principal causa de muerte no natural de las mismas. Con este estudio jurídico se pretende dar una visión de la problemática jurídica para tratar de forzar a los titulares de los tendidos eléctricos a que asuman su responsabilidad medioambiental y procedan a modificar los tendidos eléctricos con el objetivo de evitar esas muertes, y asumiendo los costes de la inversión. También se desarrollan las claves para utilizar la vía sancionadora frente a las omisiones de los titulares de los tendidos eléctricos como instrumento jurídico para retribuir tales conductas y a los efectos de la prevención general. La Ley de Responsabilidad Medioambiental y la legislación de conservación de la



naturaleza así como las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo nº 1 y nº 2 de Albacete, y las de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, declarando ajustadas a derecho las sanciones impuestas por la JCCM, han supuesto un importantísimo refrendo de la vía sancionadora como herramienta para conseguir que los operadores titulares de tendidos eléctricos cambien los tendidos en los que se deja la vida nuestro patrimonio natural. Durante décadas ha permanecido oculto este gravísimo problema de conservación en uno de los países más ricos en avifauna de Europa.

Palabras clave: avifauna, electrocución, responsabilidad medioambiental, sanciones, indemnizaciones, tendidos eléctricos, reparación, prevención de daños ambientales y evitación de nuevos daños.

Abstract: The electrocution of raptors in power lines is the main cause of unnatural death. This legal study is intended to give a view of the legal problems to try to force the owners of power lines to assume their environmental responsibility and proceed to modify the power lines in order to avoid these deaths, and assuming the costs of the investment. The keys are also developed to use the sanctioning way against the omissions of the owners of power lines as a legal instrument to compensate for such behaviors and for the purposes of general prevention. The Law of Environmental Responsibility and the legislation of nature conservation, as well as the Judgments of the Courts of the Contentious-Administrative nº 1 and nº 2 of Albacete, and those of the Section 2ª of the Room of

the Contentious-Administrative of the Superior Court of Justice of Castilla-La Mancha, declaring the penalties imposed by the JCCM adjusted to right, have been a very important endorsement of the sanctioning way as a tool to get the incumbent operators to change the lines in which our life is left natural heritage. For decades this very serious conservation problem has remained hidden in one of the richest countries in birds in Europe.

Key Words: birds, electrocution, environmental responsibility, penalties, compensation, power lines, repair, prevention of environmental damage and avoidance of new damages.

SUMARIO:

1. Problemática actual y objetivos del estudio.
2. Introducción: desde donde partimos.
3. La Directiva 2004/35/CE de Responsabilidad Medioambiental.
4. Los daños ambientales regulados en la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental: las especies silvestres de avifauna protegida y amenazada.
5. La amenaza inminente de daño medioambiental por electrocución y la obligación de actuar *motu proprio* de los operadores económicos y profesionales.
6. Operadores obligados a prevenir las electrocuciones de avifauna.



7. Obligaciones de prevención de daños y obligaciones de evitación de nuevos daños ambientales por electrocución de avifauna.
8. Los deberes generales de prevención de daños ambientales y de evitación de nuevos daños ambientales.
9. La obligación de comunicar a la Autoridad competente la existencia de amenaza inminente de daños y la propia existencia de daños y las medidas preventivas y de evitación adoptadas.
10. Inexigibilidad del coste de la prevención, evitación y reparación de daños ambientales.
11. El carácter de la responsabilidad medioambiental sin ser el inicial causante de la contaminación en la jurisprudencia europea.
12. La prueba del nexo causal en materia de electrocuciones y la responsabilidad culpable.
13. El derecho sancionador como instrumento para reprender las conductas infractoras y el nivel de diligencia exigible.
14. Ley aplicable en materia de electrocuciones de avifauna.
15. El principio de proporcionalidad en las sanciones a empresas distribuidoras eléctricas.
16. La jurisprudencia en materia de sanciones por electrocuciones de avifauna protegida: las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Albacete y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

17. La obligada reparación del daño medioambiental incluso con la infracción prescrita o sin infracción: jurisprudencia y regulación legal. La compatibilidad e independencia de la infracción y de la reparación.
18. La Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.
19. El papel de la Fiscalía de Medioambiente ante las electrocuciones de avifauna en la vía administrativa, en la vía contencioso-administrativa y en la vía penal.
20. La situación de irregularidad medioambiental de ciertos tendidos peligrosos para la avifauna.
21. Los errores de interpretación jurídica de las obligaciones medioambientales.
22. Otros principios de derecho ambiental de aplicación.
23. Las zonas de protección prioritaria del Real Decreto 1432/2008.
24. El coste de las inversiones a realizar por las empresas de distribución eléctrica.

1. PROBLEMÁTICA ACTUAL Y OBJETIVOS DEL ESTUDIO

El presente trabajo pretende abordar el estudio jurídico de la **responsabilidad medioambiental y sancionadora** de los operadores económicos y



profesionales titulares de tendidos eléctricos en los que se producen numerosísimas electrocuciones de avifauna protegida; centrándonos, especialmente, en la responsabilidad que cabe atribuir a aquellas mercantiles que son **empresas de distribución eléctrica**. La importancia de esta cuestión salta a la vista teniendo en cuenta la escandalosa cifra de muerte de avifauna silvestre tanto en número como por las especies que son víctimas a diario de la electrocución. De acuerdo con las cifras que maneja el Ministerio de Transición Ecológica **más de 33.000 aves rapaces protegidas son víctimas cada año de la electrocución** en los tendidos eléctricos en España. También ha de tenerse en cuenta que **hace décadas que se conocen soluciones técnicas suficientemente seguras y eficaces como para evitar tales electrocuciones**, las cuales básicamente consisten en disponer el cableado (las fases o cables de corriente) bajo la cruceta de amarre, aumentar las distancias entre las fases y esos puntos de amarre, y forrar el cableado y otros elementos en los puntos de posada de las aves. Estas sencillas soluciones técnicas vendrían a constituir lo que la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental refiere como Mejores Tecnologías Disponibles (MTD) en materia de electrocución. Por supuesto, las MTD serán mucho mejores cuanto más sea la distancia entre fases y con puntos de amarre y forrando o aislando adecuadamente los elementos en tensión.

El daño medioambiental por electrocuciones de avifauna quedó sembrado con la implantación de cientos de miles de peligrosísimas torres eléctricas que se construyeron con una inadecuada tipología, y que cubrieron nuestros campos entre los años setenta, y hasta pasados los noventa del pasado siglo, cuya larguísima vida útil constituye en la actualidad **el**

principal problema de conservación de avifauna protegida, muy especialmente rapaces, con una gran distancia relativa en cuanto a otras problemáticas. Para terminar de centrar la cuestión ha de señalarse que el Ministerio cifra estas pérdidas en alrededor de 5.000 millones de euros de valor de este patrimonio natural.

2. INTRODUCCIÓN: DESDE DONDE PARTIMOS.

Desde la perspectiva del derecho caben plantearse **numerosísimas dudas legales** en cuanto a cómo tratar el problema de las electrocuciones de avifauna y la responsabilidad medioambiental que de ello pueda derivarse, puesto que aunque se trata de instalaciones industriales antiguas que suelen contar muchas veces con la **autorización** correspondiente, en otras muchas ocasiones se desconoce si disponen o no de la misma (cuestión que ha de resolverse la mayor parte de las veces solicitando esa información a la Administración de Industria, y ésta, a su vez, al operador que tenga la condición legal de Gestor de la Red de Distribución; es decir, el operador de distribución eléctrica dominante en una zona), estando en este último caso en una situación de fuera de legalidad o, directamente, en situación de ilegalidad. No obstante, como se expondrá más adelante, el hecho de que cuenten con autorización administrativa no exime a los responsables de su deber de evitar los daños ambientales o de su deber de prevención de nuevos daños ambientales puesto que tal **autorización, cuando se tiene, no ampara los daños ambientales por electrocución, dado que, a pesar de la licitud de la conducta, el daño es antijurídico** porque este daño no ha sido objeto específico y expreso de una autorización



ambiental o de una Declaración de Impacto Ambiental. Es decir, la autorización sustantiva no ampara el daño medioambiental por electrocución de avifauna ni el cumplimiento de aquella exime de cumplir con la legislación medioambiental. Tal es así, que incluso la propia Ley 21/1992 de Industria contempla el deber de prevenir las electrocuciones de fauna en su artículo 9. Así, la responsabilidad no se elimina ni resulta exenta en materia de electrocuciones, como luego explicaremos, y siempre desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva o culposa; pues hasta la fecha la responsabilidad de carácter objetivo en materia de electrocuciones de avifauna no ha sido objeto de regulación por el legislador.

Además de la dificultad para identificar al titular del tendido, cabe también plantearse la duda respecto de si **el hecho de una electrocución** se produjo o no en el lugar en donde se encuentra el animal (raramente sobrevive) o su cadáver, que suele ser frecuentemente a escasísima distancia del poste o torre eléctrica. Para amarrar esta **cuestión probatoria** resulta necesario que la recogida se efectúe por un Agente Medioambiental o del Seprona u otro funcionario de un Cuerpo que tenga la condición de **Agente de la Autoridad**, así como los conocimientos para recabar sobre el terreno las evidencias físicas, los indicios y otro material probatorio que presente el entorno y el cadáver en cuanto a ausencia de manipulación humana o por otros animales así como otras circunstancias que sugieran el hecho de la electrocución del ave, tales como la posición de caída habitualmente boca arriba, las marcas propias de la electrocución, la ausencia de signos o evidencias de manipulación animal, arrastre, suciedad sobre el cuerpo, mordeduras, la ausencia de huellas sobre el terreno y otras circunstancias que deberán relacionarse en la correspondiente **Acta o**

Denuncia; y completarse con el correspondiente **informe forense del animal** efectuado por un Veterinario de la Administración que establezca de modo concluyente la electrocución como causa de la muerte, así como su datación, a los efectos de deducir o no prescripción de las supuestas infracciones por parte de la Administración. Fijadas estas circunstancias de partida relativas al hecho de la electrocución y al **nexo causal**, puede la Administración plantearse qué tipo de responsabilidad podría deducirse respecto del operador económico o profesional titular o propietario del tendido. En el presente trabajo ya hemos dicho que centraremos nuestro estudio especialmente en la responsabilidad que cabe atribuir a las empresas de distribución eléctrica; sin perjuicio de aportar también nuestro punto de vista respecto de la responsabilidad que cabe atribuir a otros operadores económicos y profesionales, e incluso a los ciudadanos en determinados casos cuando son conocedores de los daños ambientales que el tendido de su propiedad pueda causar.

No queremos tampoco dejar de señalar que resulta **necesario efectuar un seguimiento más o menos periódico de todos los tendidos** cuya tipología constructiva sea peligrosa o muy peligrosa para la avifauna protegida, pues si no hay más Actas o Denuncias de electrocuciones mucho nos tememos que suele ser porque el tendido eléctrico no se ha revisado con una cierta frecuencia. Además, en determinadas zonas el cadáver de un animal electrocutado es presa fácil de algún otro carroñero o predador que podría hacerlo desaparecer o devorarlo transcurrido un tiempo que puede ser más o menos corto o largo en función de cuáles sean las circunstancias imperantes sobre ese terreno concreto en cuanto a presencia de fauna carroñera se refiere. Con esto queremos llamar la



atención respecto de que **sin la previa acta o denuncia de un Agente de la Autoridad poco se puede hacer** ante la circunstancia de una electrocución, quedando, finalmente, impune el responsable. Por otro lado, también queremos reflejar que para mejor manejo administrativo del seguimiento de la problemática y, en su caso, de la utilización de las herramientas legales, conviene que los seguimientos de los casos de electrocuciones de un mismo tendido resulten convenientemente relacionados de modo que todo el tendido eléctrico, y no sólo un tramo pequeño, sea objeto de inspección; así como que las denuncias sean relacionadas todas respecto de ese tendido entero.

3. LA DIRECTIVA 2004/35/CE DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL.

La política medioambiental europea se basa en los artículos 11 y 191 a 193 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El desarrollo sostenible es un objetivo general para la UE, que se compromete a alcanzar un «**alto nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente**» (artículo 3 del Tratado de la Unión Europea⁵⁰). El **artículo 11** del Tratado de

⁵⁰ *La Unión establecerá un mercado interior. **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.***

Funcionamiento de la Unión Europea refiere que "**las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad** en particular con objeto de fomentar un **desarrollo sostenible**". Y en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se señala a su vez: "1. **La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:**

- la **conservación, la protección y la mejora** de la calidad del medio ambiente,
- la **protección de la salud de las personas,**
- la **utilización prudente y racional de los recursos naturales,**
- el **fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático.**

2. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado⁵¹, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga".

⁵¹ Subrayo este mandato porque entiendo que la legislación nacional debe integrar normas protectoras del medioambiente en la legislación sustantiva; no de un modo genérico y general sino concretándose, efectivamente, en disposiciones protectoras.



La **Directiva 2004/35/CE**⁵² del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre **responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales** (DO L 143 de 30/04/2004) o, simplemente, Directiva de Responsabilidad Medioambiental (en adelante DRM), parte del principio "**quien contamina, paga**"; es decir, un operador que cause daños ambientales es responsable de los mismos y debe tomar las medidas preventivas necesarias así como las reparadoras, y sufragar los costes relacionados con esas actuaciones. Por tanto, en nuestra opinión, el principio de una manera completa debiera ser formulado más bien como "**quien contamina, paga y repara**". Naturalmente, del término "*contamina*" ha de hacerse una interpretación extensiva, entendiéndose ampliado a cualquier actuación que sea dañosa o perjudicial en algún sentido para el medioambiente. Hasta aquí ninguna novedad, por cuanto que nuestra Constitución Española de 1978⁵³ refiere en su artículo 45.3 un contenido básico

⁵² Modificada por Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 (DO L 102 de 11/04/2006), modificada por la Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 (L 140 de 05/06/2009) y modificada por la Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013 (L 178 de 28/06/2013) y rectificada por Rectificación DO L 306 de 25.10.2014, p. 8 (2013/30/UE).

⁵³ **Artículo 45 CE:** 1.- **Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente** adecuado para el desarrollo de la persona, así como **el deber de conservarlo**. 2.- *Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.* 3.- **Para quienes violen**

similar cuando establece sanciones penales o administrativas para los infractores así como la obligación de reparar el daño causado según se configure legalmente. De modo que, en principio, parece que se parta primero de la comisión de una infracción o un hecho antijurídico para luego ligar a esa conducta infractora el deber de reparación. No obstante, más adelante veremos cómo esa interpretación incluso ha sido ampliada por la jurisprudencia española; llegándose a establecer la obligación de reparar el daño medioambiental también sin infracción, concurriendo un nexo causal y una acción u omisión que sea el origen del daño como un supuesto de responsabilidad civil. Y también ha señalado la jurisprudencia el deber de reparar incluso con una infracción prescrita. Del artículo 45.3 CE se desprende que todos los ciudadanos, las mercantiles y otras personas jurídicas están obligados a emprender las acciones que se juzguen necesarias para conservar el medioambiente; atribuyendo a la Administración la potestad de velar por el mismo de manera que su utilización resulte racional y compatible. Si integráramos este contenido con lo señalado en las **Directivas** Europeas de Hábitats, Aves, Evaluación Ambiental y Responsabilidad Medioambiental, habría que deducir que todos tienen el deber objetivo de establecer las medidas necesarias de carácter preventivo que resultaran eficaces para que su actuación o actividad sea sostenible así como fijando que, para aquellos que no lo hicieran y causaran un daño, deben ser objeto de sanción y de imposición de

*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**.*



medidas de reparación, de acuerdo con el principio de "quien contamina, paga" y repara.

El grueso de la Directiva 2004/35/CE se centra en el establecimiento de una responsabilidad objetiva o sin culpa, sin perjuicio de que el legislador nacional avance más allá. Pero también refiere la necesidad de establecer un régimen de responsabilidad subjetiva respecto de las especies contempladas en las Directivas medioambientales. Y para ambos supuestos, se parte del común de considerar obligatorio el establecimiento de medidas de prevención y evitación de nuevos daños ambientales. Y en cuanto a la reparación resulta en principio obligada respecto de las actividades del Anexo III así como de otras actividades si concurre culpa o negligencia.

Así, **la responsabilidad objetiva tiene su fundamento en la "teoría del riesgo"**; es decir, en la capacidad real para efectivamente causar daños medioambientales sólo porque la actividad desarrollada tiene intrínsecamente tal posibilidad real a *priori* para causarlos. De modo que en principio y por expresa disposición legal, el daño ha sido producido como consecuencia de esa actividad salvo que el causante pruebe que no fue el responsable del mismo. En este sentido, se establece una **presunción legal *iuris tantum*** por una norma, sin llegar a ser una presunción *iuris et de iure*, porque admite prueba en contrario, del hecho contaminante o dañino del operador, al que se atribuye, también, la carga de la prueba para eximirse como sujeto responsable por ser el titular de la actividad "*contaminante*" o generadora de esos daños ambientales. Con ello el legislador europeo pretende que el desarrollo tecnológico, industrial y empresarial más contaminante que pueda constituir un factor de riesgo, tal y como se manifiesta en los procesos

productivos industriales o en otro tipo de explotaciones peligrosas, asuma los riesgos medioambientales que genera, de manera que las consecuencias que esa actividad pueda tener para con el medioambiente sea objeto de su responsabilidad asumiendo los costes financieros necesarios para prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, incluidas las sanciones correspondientes si concurre culpa o negligencia. Por tanto, se configura una **“responsabilidad por riesgo”** que se sustenta o complementa con el **“principio ambiental de mercado”**; es decir, cada cual debe asumir los costes ambientales que genere su actividad. O como diríamos usando el aforismo latino más cercano, usado y conocido por nuestra doctrina jurídica en España, se asume el principio **“ubi commodum, ibi incommodum”**. Lo cual no resulta tan extraño en nuestra jurisprudencia basada en concepciones subjetivas combinada con presunciones de imputación conforme a determinados criterios. Así, el legislador europeo establece **una regla general de responsabilidad objetiva para unas determinadas actividades peligrosas** con independencia de que haya delito o infracción. Es decir, se establece una **presunción legal reforzada** al contemplar la inversión de la carga de la prueba respecto de los operadores y actividades del Anexo III de la DRM.

Para **otro tipo de actividades peligrosas distintas a esas incorporadas al listado de actividades peligrosas que se enumeran en el Anexo III de la Directiva**, obliga a los Estados miembros a establecer un régimen de **responsabilidad subjetiva** o culposa [en los artículos 3.1.a) y b) y Considerando 9 de la DRM] cuando concorra culpa o negligencia en relación con los **daños a la biodiversidad (especies y hábitats naturales protegidos; en particular las especies contempladas en la Directiva de Aves y**



en la Directiva de Hábitats). Precisamente, por ser la actividad de distribución eléctrica una actividad no incluida en el Anexo III de la DRM estaríamos ante uno de los supuestos para los que la Directiva obliga a que el legislador de los Estados miembros acometa una regulación que configure, en materia de electrocuciones de especies protegidas por las Directivas de Aves y de Hábitats, un régimen de responsabilidad subjetiva. A este respecto, siendo una Directiva un instrumento legal de regulación de mínimos a transponer por los Estados miembros de la Unión se imponen las obligaciones de establecer dos regímenes distintos de responsabilidad; una subjetiva, para cuando se dañen especies protegidas en el ámbito europeo; y otra de forma objetiva para todos los daños causados por las actividades del Anexo III. En todo caso, la Directiva obliga al menos a que la responsabilidad medioambiental por daños ambientales a especies y hábitats naturales protegidos se ciña como mínimo a una responsabilidad subjetiva por culpa o negligencia; de manera que todas las referencias que se hacen en la DRM a estos concretos daños son de carácter subjetivo o culposo. No obstante lo anterior, tanto para las actividades "*objetivamente peligrosas*" del Anexo III como para las "*menos peligrosas*" (llamémoslas así, si se nos permite) a todos resulta exigible la adopción de las medidas de prevención de las amenazas inminentes y de evitación de nuevos daños. Sin embargo, el operador del tal Anexo III y el operador de otras actividades distintas se eximen de responsabilidad cuando se dé un supuesto de interrupción del **nexo causal**. En este caso, en ambos regímenes se excluye la obligación de reparar pero no la de evitación de nuevos daños y de asumir los costes o inversiones que las medidas a implantar.

Por tanto, a todas las actividades del Anexo III, la Directiva les atribuye la obligación o deber de aplicar el **principio de prevención ambiental**; es decir, puede deducirse que se parte de considerar que la amenaza de daño ambiental que **la actividad empresarial genera o pueda generar puede ser conocido anticipadamente, y que pueden y deben adoptarse medidas** para neutralizarla o mitigarla considerablemente. Después veremos cómo el legislador español ha extendido este deber también a otras actividades económicas y profesionales no incluidas en el Anexo III yendo más allá de lo exigido por la Directiva que obliga como mínimo a un régimen de responsabilidad subjetiva si se dañan especies amenazadas.

En otro sentido, se configura el **principio de precaución ambiental** que se aplica a aquellas otras actividades cuyo daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no pueden ser materialmente conocidos sus efectos a mediano y largo plazo.

Serviría como ejemplo de aplicación del principio de prevención ambiental, el hecho de que una concreta torre metálica eléctrica con fases por encima de la cruceta y aisladores rígidos pueda electrocutar un Águila u otra rapaz simplemente por su tipología constructiva: por una disposición de la cruceta en cruz o en horizontal que no separe adecuadamente las distancias entre fases (cableado) de corriente eléctrica y con disposición de éstas por debajo de los puntos de amarre; y también sin respetar ciertas distancias mínimas de seguridad entre las mismas y entre éstas y aquellos o por no aislar y forrar convenientemente las zonas de posada de las aves. En contraposición, y como ejemplo del segundo caso, sería aplicable el principio de precaución ambiental para aquella actividad agrícola de



siembra de semillas modificadas genéticamente⁵⁴ cuyos efectos a medio o largo plazo en el medioambiente o incluso para la salud humana aún no son suficientemente conocidos de acuerdo con el estado de conocimientos científicos y técnicos actuales.

Conforme a la Directiva 2004/35/CE, serían **causas de exención** de responsabilidad la actuación de un tercero, siempre que un operador cualquiera demuestre que ha adoptado las medidas cautelares pertinentes, y el cumplimiento de una orden o instrucción de una autoridad pública. Pero la DRM también permite al legislador nacional eximir al operador del coste de las medidas de reparación cuando demuestre su ausencia de culpa o negligencia ante dos supuestos: en primer lugar, que la actividad no fuera considerada potencialmente peligrosa o perjudicial para el medioambiente (el denominado "*riesgo de desarrollo*"), según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes; y, en segundo lugar, que el hecho contaminante o daño medioambiental estuviera específicamente autorizado, y siempre que el operador se hubiera sujetado estrictamente al cumplimiento de las condiciones fijadas en esa autorización; es decir, aunque el daño ambiental fuera antijurídico se permite eludir la responsabilidad objetiva prevista para las actividades previstas en el Anexo III por haber sido objeto expreso de una autorización de carácter ambiental procedente de un Órgano Ambiental. Pero no desaparece, sin embargo, la responsabilidad si se prueba la culpa o negligencia del operador al margen del contenido de tal autorización; siendo en este caso viable exigir su responsabilidad subjetiva, por culpa o negligencia, cuando no se hubiera sujetado

⁵⁴ Habitualmente llamados Organismos Modificados Genéticamente (OMG) o "*transgénicos*".

estrictamente al cumplimiento de esa autorización o se tratara incluso de un supuesto de actividad ilegal. Insistimos en que sólo resultan ser daños ambientales autorizados (jurídicos) aquellos que específicamente así se hayan autorizado conforme a una autorización ambiental integrada o una evaluación de impacto ambiental; supuestos éstos donde puede exigirse el abono de los importes indemnizatorios sin sanción u otro tipo de reparación. En cuanto a las exigencias de prueba del **nexo causal**, la DRM no establece ninguna presunción legal, de modo que este elemento clave de la responsabilidad queda para que sea resuelto en la transposición a derecho interno por parte del legislador de los Estados miembros.

La DRM establece una obligación de **aplicación práctica del principio de prevención de los daños que se presentan de forma inminente** en su **artículo 5.1** cuando refiere que *"cuando aún no se hayan producido los daños medioambientales pero exista una **amenaza inminente** de que se produzcan, el operador adoptará, sin demora, las medidas preventivas necesarias"*; lo que podrá fiscalizar la Administración exigiendo información, la adopción de las medidas preventivas necesarias, y dando instrucciones al operador o, incluso, adoptando por sí misma tales medidas. No se distingue aquí a los operadores pues todos tienen este deber, ya fueran o no los de las actividades del Anexo III.

En cuanto a **la reparación de daños**, la Autoridad puede evaluar por sí misma los daños o exigir al operador que evalúe (artículo 11.2 DRM) por sí mismo la importancia del daño ambiental. Nada se dice en la Directiva respecto de la posibilidad de que la decisión de la Autoridad pueda ser objeto de notificación y posible recurso posterior por el operador. Sin embargo,



entenderíamos que el legislador sí podría regular este supuesto aunque no una fase de alegaciones ante un supuesto de amenaza inminente como sí se ha hecho en la transposición a derecho interno por el legislador español. No obstante, cuando se haya producido un daño ambiental que concorra con el incumplimiento de una normativa ambiental, la Directiva 2004/35/CE no impide que se tramite **un procedimiento sancionador** para decidir sobre todas estas cuestiones: la comisión de la infracción, la imposición de una sanción y el establecimiento de medidas preventivas y/o reparadoras. En este último caso, la Directiva 2004/35/CE exige en su Anexo II la **reparación "in natura"**⁵⁵ asumiendo el punto de vista de que es la única reparación razonable desde el punto de vista ecológico, y careciendo el obligado de libertad de elección entre la reparación *in natura* o una indemnización, y prevaleciendo la primera dentro de unos límites razonables. Sin embargo, cuando no se pueda dar la **reparación primaria**, se prevén reparaciones **complementarias y compensatorias de las pérdidas provisionales**. Así, la reparación primaria tendría por objetivo la restitución o la aproximación de los recursos naturales a su estado básico. La reparación complementaria se dirigiría a compensar el hecho de que el recurso natural no haya podido alcanzar la plena restitución con la reparación primaria. La reparación compensatoria se relacionaría con las pérdidas provisionales de recursos naturales y de servicios de esos recursos al no haber podido desempeñar sus funciones ecológicas. Así, ésta sería la

⁵⁵ Si la reparación primaria no da lugar a la restitución del medio ambiente a su estado básico, se efectuará una reparación complementaria. Además, se efectuará una reparación compensatoria para compensar las pérdidas provisionales.

forma de aplicación del principio de "*quien daña, repara*". Naturalmente, cuando hablamos de daños a la biodiversidad por muerte de una ave rapaz electrocutada, la reparación *in natura* resulta imposible porque un cadáver no vuelve a la vida. Pero cabe no sólo indemnizar su valor económico sino también afrontar esas pérdidas con fórmulas de reparación compensatoria y provisional. Así pues, podríamos apuntar como ejemplo práctico de reparación complementaria la financiación de un programa de seguimiento radiomarcado por satélite de especies para asegurar, por ejemplo, el éxito de la reproducción. Serviría como ejemplo de reparación compensatoria la circunstancia de que se llevaran a cabo actuaciones específicas para compensar la pérdida de servicios concretos, como el hecho de que la muerte de un concreto ejemplar en periodo de cría de su pollo pueda suponer también la pérdida de éste. Es decir, la realización de actuaciones para el suplemento de alimentación como la suelta de conejo en su zona de cría para que sea más probable que no falte alimento que sea cazable por el otro miembro de la pareja reproductora.

La Directiva 2004/35/CE prevé que el daño a los recursos naturales debe repararse hasta alcanzar el "**estado básico**" en el que se encontraban antes del mismo, así como los servicios perdidos de esos recursos naturales; lo que nos plantea el debate de la **contaminación de carácter difuso** respecto de todas las especies amenazadas por la pérdida de población constante para algunas especies desde los años sesenta, su escaso grado de evolución en algún caso en cuanto a sus poblaciones, o el más habitual respecto de las especies en peligro de extinción por el agravamiento de su grado de supervivencia durante estos años como consecuencia de los tendidos peligrosos antiguos. Para



estas cuestiones, **ante la imposibilidad o mayor dificultad de reparación *in natura* del animal electrocutado por realización de una actividad o por simple procesos naturales**, la Directiva 2004/35/CE exige una **reparación del estado básico de forma complementaria** (por ejemplo, con apoyo de alimentación durante la fase crítica de cría de las aves) cuyo objeto es proporcionar un nivel de recursos y servicios similar en un lugar geográficamente vinculado (*recuperación por equivalencia*), **y/o una reparación compensatoria** para restablecer la pérdida de recursos naturales y de los servicios que hubieran proporcionado esos recursos naturales durante el tiempo que dure esa recuperación. No obstante, estas consideraciones, que podrían parecer de proporciones desorbitadas en cuanto a su tiempo y realización, se limitan por la propia Directiva 2004/35/CE a unos plazos razonables y a unos **costes razonables**; y también a la posibilidad de optar por una reparación monetaria de los recursos naturales (Anexo II-1.2.3). Por tanto, la Directiva 2004/35/CE impone valorar el coste de la medida de reparación en relación con el beneficio para el medioambiente, permitiendo que la reparación no se ejecute si el coste de las medidas es desproporcionado en relación con los beneficios ambientales que se pretenden obtener: *“Si no es posible utilizar criterios preferentes de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio, se aplicarán técnicas de valoración alternativas. La autoridad competente podrá prescribir el método, por ejemplo, la **valoración monetaria**, para determinar la magnitud de las medidas reparadoras complementarias y compensatorias necesarias. Si es posible valorar los recursos y/o servicios perdidos pero no es posible valorar los recursos naturales y/o servicios de reposición en un plazo o con unos costes razonables, la autoridad competente podrá optar por medidas*

*reparadoras cuyo coste sea equivalente al **valor monetario aproximado de los recursos naturales y/o servicios perdidos***". Lo que no parece deducirse de ese planteamiento es que el simple abono de las indemnizaciones como forma de reparar sea la vía exclusiva o principal para la reparación pues ello iría en contra del principio de "*no pérdida neta de biodiversidad*" que el Tribunal Supremo ha referido en alguna Sentencia.

4. LOS DAÑOS AMBIENTALES REGULADOS EN LA LEY 26/2007 DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL: LAS ESPECIES SILVESTRES DE AVIFAUNA PROTEGIDA Y AMENAZADA.

Para que pueda aplicarse la Ley de Responsabilidad Medioambiental en materia de electrocuciones de avifauna protegida deben darse uno de los siguientes supuestos: que se haya electrocutado un ejemplar de ave protegida e incluida en el Catálogo de Especies Amenazadas de la Comunidad Autónoma o en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas o en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, o que exista un **peligro inminente de electrocución que prevenir y evitar**. Naturalmente, si se ha producido ya una electrocución lo previsible y consecuente es que se den ambas circunstancias al mismo tiempo. Naturalmente, los Catálogos integran al menos las especies contempladas en las Directivas de Aves y de Hábitats.



El **artículo 2.1 de la Ley engloba**, entre otros daños medioambientales, **en su apartado a) a los daños a las especies silvestres; es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esas especies.** No se incluyen los daños a las especies por efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado al amparo de lo establecido en las siguientes normas: el artículo 6.3 y 6,4 o el artículo 13 del **Real Decreto 1997/1995**, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres; y la normativa, estatal o autonómica, en materia de montes, de caza y de pesca continental, en el marco de lo establecido por el artículo 28 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres. Es decir, los daños como consecuencia de una autorización que haya sido tramitada con Evaluación de Impacto Ambiental con la actual Ley 21/2013 de Evaluación Ambiental, y los daños autorizados por caza de especies cinegéticas, pesca u otro tipo de autorización, los cuales dejarían de ser considerados daños ambientales; y cuya exclusión hoy se entiende contemplada en el artículo 54.5 de la actual Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad. Por tanto, las electrocuciones de cualquier especie de avifauna amenazada en sus distintas categorías (en peligro de extinción, vulnerables o de interés especial en el ámbito de Castilla-La Mancha, así como las dos primeras y las especies en régimen de protección especial en el Catálogo Nacional) quedarían dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Responsabilidad Medioambiental.

El **carácter significativo** de esos efectos se evaluará **en relación con el estado básico**, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el anexo I; criterios referidos al número de individuos, grado de amenaza, evolución de la especie y su capacidad de recuperación; es decir, los criterios que con la lógica pertinente se han seguido en la redacción de esos **Catálogos** promulgados partiendo de criterios ornitológicos científicos. No obstante, no debemos pasar por alto tampoco otros catálogos elaborados por sociedades científicas como la Sociedad Española de Ornitología (SEO/BirdLife). Hacemos este apunte porque tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Supremo han validado los estudios científicos elaborados por SEO/BirdLife en cuanto a la designación de los territorios que debieran haber sido Zona de Especial Protección de Aves (ZEPA) y que SEO elaboró con sus zonificaciones llamadas Area Important Bird (IBA´s), pues precisamente se condenó a España por no haber zonificado como ZEPA dichos territorios IBA cuya validez científica quedó ratificada y por encima de los estudios que elaboraron las Administraciones. A este respecto, esta sociedad ha elaborado el **Libro Rojo de las Aves de España** en colaboración con el Ministerio de Medioambiente (ahora de Transición Ecológica); cuyo contenido, en cuanto a catalogación de especies silvestres, ofrece un mayor dinamismo y actualidad incluso que los Catálogos oficiales, completado con otros estudios y publicaciones de esta sociedad ornitológica que con determinada frecuencia viene publicando. Es más, en muchísimas ocasiones, las Administraciones toman como válidos y hacen suyos los censos elaborados por SEO/BirdLife.

El **artículo 2.2** de la Ley refiere que serían «**Daños**»: *"El cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio de un servicio de recursos naturales,*



tanto si se produce directa como indirectamente". A este respecto, no se presentan dudas en cuanto a que una electrocución cualquiera de un ejemplar de avifauna amenazada supone un cambio adverso y mensurable, por cuanto que puede medirse en el hecho concreto como mínimo de esa pérdida individual de ese recurso natural.

De acuerdo con el Título II de la **Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad**, serían **especies silvestres** las recogidas en dicha norma. No obstante, se engloban tanto las especies que estén protegidas por la legislación comunitaria, estatal o autonómica, así como por los Tratados Internacionales en que España sea parte, que se hallen en estado silvestre en el territorio español, tanto con carácter permanente como estacional. En particular, las especies incluidas en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas y en el Listado de Régimen de Protección Especial⁵⁶ así como en los catálogos de especies amenazadas establecidos por las comunidades autónomas⁵⁷ en sus respectivos ámbitos territoriales. No se incluyen, por supuesto, las especies exóticas invasoras.

⁵⁶ **Real Decreto 139/2011**, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas.

⁵⁷ En el caso de Castilla-La Mancha, conforme al Decreto 33/1998, de 5 de mayo, por el que crea el **Catálogo Regional de Especies Amenazadas de Castilla-La Mancha** (DOCM 22 de 15-05-1998), modificado por Decreto 200/2001, de 6 de noviembre (DOCM 119 de 13-11-2001) y por Decreto 22/2016, de 10 de mayo (DOCM 93 de 13-05-2016).

Pero la Ley 26/2007 no engloba sólo las pérdidas directas de los individuos que se electrocuten sino también las **pérdidas indirectas** derivadas de la pérdida de servicios de esos individuos considerados recursos naturales. Con esto pretendemos exponer que el hecho de una electrocución no circunscribe el daño sólo a la pérdida de ese animal sino que también ha de tenerse en cuenta **otras pérdidas intangibles** que derivan de esa electrocución. Así, ha de tenerse en cuenta que la pérdida mediata podría tener como consecuencia que se tratara de la muerte de una hembra o de un macho en pleno proceso de cría de sus pollos; o también, por ejemplo, que aunque no se produjera esa circunstancia podría ser que se tratara de un individuo adulto y con capacidad reproductora actual o muy próxima; lo cual, evidentemente, eleva el daño si lo comparamos con un individuo joven inmaduro no reproductor y sin pareja. Pero también habría que englobar en esas otras pérdidas la ausencia del disfrute de contemplación por la sociedad, el daño al turismo ornitológico, o la pérdida que pueda suponer para la ciencia, o el fracaso o incremento de la dificultad para la reintroducción de una especie en una zona donde se había extinguido, los elevados costes de esos centros de recuperación y reintroducción; o incluso los desequilibrios ecológicos que una concreta pérdida o una pérdida global pueda suponer respecto de otros recursos naturales. Todo este tipo de daños, difícilmente mensurables, serían más bien compensables con la realización de actuaciones de fomento de la especie (por ejemplo, propiciando alimento suplementario en época crítica de cría con suelta de palomas o conejos para determinadas rapaces) o de apoyo a su mejora evolutiva financiando los centros de recuperación de especies silvestres, la asistencia veterinaria a los ejemplares; el apoyo a su alimentación y reproducción, los programas de estudio



y seguimiento, etc. de esta forma sería, además, más adecuada llevar a cabo la mensuración con la elaboración de presupuestos para esas actividades.

Por otro lado, la Ley 26/2007 exige que se trate de **daños cuyos efectos adversos sean significativos en cuanto a conseguir alcanzar o mantener un estado favorable** de conservación de esas especies. Por ello, se excluyen de ese cómputo las variaciones negativas normales inferiores a las fluctuaciones naturales, o como consecuencia de enfermedad o muerte natural, o respecto de especies con una demostrada capacidad de recuperación de ese estado básico en breve plazo y sin intervención humana; lo cual nos sitúa en la práctica en que se incluyen **todas las especies amenazadas que estén previamente catalogadas en el Catálogo Nacional o en un Catálogo autonómico en sus diversas categorías**. Básicamente se corresponden con las señaladas en el **Anexo I de la DIRECTIVA 2009/147/CE** de 30 de noviembre de 2009 relativa a la conservación de las aves silvestres⁵⁸ pero la Ley da amparo legal no sólo a éstas sino también a las catalogadas; y sólo otras

⁵⁸ Artículo 4.1 de la Directiva 2009/147/CE refiere:

1. Las especies mencionadas en el anexo I serán objeto de medidas de conservación especiales en cuanto a su hábitat, con el fin de asegurar su supervivencia y su reproducción en su área de distribución. En este sentido se tendrán en cuenta: a) las especies amenazadas de extinción; b) las especies vulnerables a determinadas modificaciones de sus hábitats; c) las especies consideradas como raras porque sus poblaciones son escasas o porque su distribución local es limitada; d) otras especies que requieran una atención particular debido al carácter específico de su hábitat. Para proceder a las evaluaciones se tendrán en cuenta las tendencias y las variaciones en los niveles de población.

especies silvestres no catalogadas ni amenazadas estarían fuera del ámbito de aplicación de la Ley en el territorio español.

5. LA AMENAZA INMINENTE DE DAÑO MEDIOAMBIENTAL POR ELECTROCUCIÓN Y LA OBLIGACIÓN DE ACTUAR MOTU PROPRIO DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS Y PROFESIONALES.

El artículo 2.13 de la Ley 26/2007 define la *"amenaza inminente de daño"* como *"una probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo"*. En cuanto al objeto del presente estudio, por tanto, sería la circunstancia de que probablemente pueda producirse una electrocución de avifauna en un periodo corto de tiempo. No debe confundirse el concepto de amenaza inminente con el concepto legal de riesgo, el cual se relaciona con las garantías financieras reguladas en la ley; es decir, las que son objeto de aseguramiento con una póliza de seguro. Admitiendo que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que incorpora un margen de discrecionalidad tanto para la Administración como para el operador obligado a tomar iniciativas de prevención, la **amenaza inminente de daño ambiental por electrocución** debe cumplir en nuestra opinión diversos **requisitos** para que sea considerado un supuesto tal: debe haber una posibilidad de muerte o lesión física grave por electrocución de acuerdo con una expectativa razonable de que ocurra el hecho en un periodo breve de tiempo; y ello en relación con las condiciones técnicas



constructivas de **las torres eléctricas cuya tipología constructiva suponen tal peligro** para cualquier ave amenazada que se posara en las mismas. Es decir, se comprenderían todas aquellas tipologías de torres eléctricas cuyas fases o cableado se sitúen por encima de la cruceta, sin respetar unas distancias mínimas de seguridad entre fases y/o con los puntos de amarre y, además, carentes de sistemas o materiales de aislamiento en las zonas de posada de las tres fases (cables). Estaríamos hablando, principalmente, de los apoyos metálicos con puentes flojos y aisladores rígidos simples o dobles dispuestos por encima de la cruceta, utilizados hace décadas y hoy prohibidos para líneas nuevas en el Real Decreto 1432/2008 y en Castilla-La Mancha (Decreto 5/1999) y otras CCAA, en determinadas circunstancias, precisamente, por su elevada peligrosidad para la avifauna. Naturalmente, el otro factor a considerar es que exista o pueda existir fauna amenazada en un determinado territorio; sin olvidar que las aves rapaces que son víctimas de la electrocución en los tendidos eléctricos recorren sin apenas esfuerzo un gran número de kilómetros y que el número de electrocuciones que se producen fuera de las zonas o espacios de protección de avifauna es similar, en términos relativos, a los que se producen en dichas zonas o espacios. No resulta raro, ni mucho menos, ver incluso rapaces sobrevolando entornos próximos a cascos urbanos y alejados de sus zonas de cría o de campeo, ya que las aves, de un modo muchas veces imprevisible, y más cuando se trata de individuos jóvenes en búsqueda de territorios, sobrevuelan y buscan zonas donde pueda haber alimento. Por tanto, las amenazas no se ciernen sobre ellas sólo en las zonas de protección sino también muchísimas veces fuera de las mismas.

Por otro lado, la electrocución de una rapaz cualquiera nada tiene que ver con un supuesto de fuerza mayor o con un caso fortuito puesto que la electrocución en los tendidos eléctricos peligrosos ni es imprevisible ni es un daño inevitable, ya que la amenaza o peligro de electrocución es **perfectamente conocido cuando se trata de crucetas inapropiadas y no adaptadas; y sería fácilmente evitable** si se dispusieran otros modelos constructivos destinados a evitar la electrocución de aves rapaces; tal y como se ha comentado y se conoce desde los años ochenta y noventa. Puede afirmarse que habría **amenaza inminente de electrocución** de avifauna cuando prácticamente cualquier ave de tamaño suficiente se posara en ese poste, torre o apoyo eléctrico que por su tipología constructiva resulta peligroso por electrocución en sí mismo, quedando el ave expuesta a sufrir una electrocución desde el mismo momento en que se pose, permanezca posada, se mueva, o en el momento de alzar el vuelo, y por tanto con escasas posibilidades de supervivencia. Otra de las cuestiones muy importantes a considerar es la ausencia de determinadas especies amenazadas y catalogadas en peligro de extinción en determinadas zonas donde antes estaban presentes. Precisamente, como consecuencia de las electrocuciones en los tendidos eléctricos antiguos y peligrosos, ha tenido lugar la **total desaparición de algunas especies en peligro de extinción en zonas que no han vuelto a ser repobladas por aquellas; donde la amenaza ya no es inminente precisamente por desaparición de estos ejemplares, o porque quedan escaso número de ejemplares donde aún ocupan algunas zonas**. Cabe recordar, como se refiere en numerosos estudios, que la electrocución es la principal causa de muerte no natural de la gran mayoría de aves rapaces. Lo mismo se señala incluso



en la exposición de motivos del 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 las líneas eléctricas (BOE nº 222 de 13/09/2008): **"hasta el punto de suponer actualmente el principal problema de conservación para especies tan emblemáticas como el águila imperial ibérica, el águila-azor perdicera u otras grandes rapaces. La electrocución afecta también a muchas especies más comunes, como águilas reales, culebreras, aguilillas calzadas, milanos negros, azores, ratoneros, cigüeñas y búhos reales, por citar algunas de las especies más afectadas. Se calcula que al menos varias decenas de miles de aves mueren cada año en España debido a los tendidos eléctricos, acarreamo al mismo tiempo estas anomalías cortes e irregularidades en la distribución eléctrica"**. Con esto queremos exponer la singularidad e importancia de la elevada peligrosidad de los tendidos antiguos para las rapaces en general; advirtiendo de que si **no se producen más electrocuciones en determinadas zonas la razón principal, precisamente, es que tal desaparición de esos individuos de aves no es sino una consecuencia de los propios tendidos**, de modo que si el daño no es más significativo o de más enjundia, y si la probabilidad a corto plazo de que se ejecute una rapaz en uno de esos tendidos no es muy alta todavía ello se debe fundamentalmente al haber desaparecido ya y ser víctimas estas especies de la electrocución con determinada reiteración. Así, que no sea tan inminente en urgencia la amenaza se debe incluso a los propios tendidos eléctricos cuando el número de individuos es escaso; sin que podamos pasar por alto que el concepto de inminente amenaza, en materia de tendidos eléctricos, debe interpretarse de un modo extensivo de acuerdo con el principio europeo de *"elevado nivel de*

protección" atendiendo principalmente a la propia tipología constructiva del tendido y no tanto a la ausencia habitual de rapaces donde ya los tendidos electrocutaron y acabaron con tales especies y cuya presencia, ahora, podría ser ocasional. En este sentido, la expectativa razonable de que vuelva a suceder una nueva electrocución de avifauna en poco tiempo para considerar que estamos ante un supuesto de "**amenaza inminente**" es un hecho que cabe considerar más cercano a las condiciones que causan o son origen del peligro, por las características del tendido eléctrico, que por la posibilidad de que una rapaz pueda volver a posarse más temprano o más tarde en el mismo. Por "*inminente*" no debemos deducir que estamos ante un peligro actual, que también, sino de futuro próximo incierto pero cercano sin ceñirnos sólo al muy corto plazo.

En un supuesto de comparación con la "**ruina inminente**" se entiende ésta como una **situación de hecho no estática ni congelada**, como así afirma la Sentencia nº 868/2004 (Rec. 4441/1998-Id Cendoj: 28079330022004101027) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2004, **sino dinámica y evolutiva**, como afirma también el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de abril de 1993. Por otro lado, por "*inminente*" la Real Academia Española de la Lengua refiere "*que amenaza o está por suceder prontamente*". De un modo que podríamos decir paralelo, en materia de Prevención de Riesgos Laborales se entiende como "*riesgo laboral grave e inminente*" aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores. En este sentido, la normativa de prevención de riesgos laborales refiere que no puede



exigirse a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el peligro.

Naturalmente, no resulta igual de acuciante reformar o adaptar un tendido de cruceta en bóveda que simplemente no dispone del forrado y aislamiento de sus fases eléctricas, que acometer esa labor en un tendido con montaje en cruz y aisladores rígidos simples o dobles por encima de la cruceta cuyo arreglo es más acuciante, apremiante, inaplazable y perentorio frente a la posibilidad de electrocución de un ave protegida. Pero ese mismo tendido podría ser incluso más peligroso si cabe para algunas determinadas especies como el Águila Perdicera, cuyos hábitos, en ocasiones, la llevan a posarse justamente en la parte más peligrosa del poste tratando de mimetizarse en el mismo para mejorar sus expectativas de caza de alimento.

6. OPERADORES OBLIGADOS A PREVENIR LAS ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA.

La Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental refiere en los **apartados 10 y 11 del artículo 2** quienes son los obligados a llevar a cabo las actividades de prevención daños ambientales, en nuestro caso, de prevenir las electrocuciones y de la evitación de nuevas electrocuciones de avifauna. Así, sería **operador** *"cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico. Para su determinación se tendrá en cuenta lo*

que la legislación sectorial, estatal o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración"; y **actividad económica o profesional** se define como "toda aquella realizada con ocasión de una actividad de índole económica, un negocio o **una empresa**, con independencia de su carácter público o privado y de que tenga o no fines lucrativos". De modo que se deducen obligados y sujetos a los deberes impuestos en la Ley de Responsabilidad Medioambiental las sociedades de capital, mercantiles, cooperativas, sociedades agrarias, sociedades profesionales, comunidades de bienes, comunidades de regantes, entes públicos, profesionales autónomos y un largo etcétera de entidades con otras formas de asociación. Fiscalmente, el concepto respecto de "**¿Qué es una actividad empresarial o profesional?**" se expone en la web de la AEAT como sigue: "**la ordenación por cuenta propia de medios de producción y/o de recursos humanos para producir o distribuir bienes o servicios**. En particular, tienen esta consideración las actividades extractivas, de fabricación, comercio y prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras y el ejercicio de profesiones liberales y artísticas. Fiscalmente se diferencia la actividad profesional de la empresarial, esto se debe a las particularidades relativas a sus obligaciones fiscales. Así, se considera **un autónomo profesional**, quien actuando por cuenta propia desarrolle personalmente la actividad de que se trate. Se estará ante **un empresario** cuando la actividad se ejerza, no como una manifestación de la capacidad personal, sino como consecuencia de la puesta al servicio de la actividad de una organización empresarial, desvinculada formalmente de la



personalidad profesional intrínseca del profesional. Es decir, si el sujeto pasivo realiza directamente y personalmente la actividad, se considerará profesional. Si tal actividad se ejerce en una organización (por ejemplo, academia, clínica, etc.) se considerará una actividad empresarial". Por tanto, puede deducirse que únicamente quedarían al margen de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental los ciudadanos particulares cuando sean propietarios o titulares de tendidos eléctricos exclusivamente como consumidores finales (vivienda, por ejemplo) y no ligados a una actividad económica o profesional. No obstante para estos últimos, el conocimiento de un suceso previo de electrocución y, por tanto, de la problemática de su tendido sin que se dispongan medios para evitar nuevos sucesos de electrocución podrá ser objeto de sanción por la normativa de conservación de la naturaleza correspondiente como consecuencia de la ausencia u omisión de su deber de garante para con las especies protegidas siendo conscientes de la situación de peligrosidad del tendido eléctrico. En estas circunstancias, la Administración debiera notificarle el hecho y darle un plazo razonable para acometer con cierta urgencia la reforma del tendido; cosa que si no emprende y tiene lugar un nuevo suceso de electrocución de avifauna debe suponer que se le exija responsabilidad por dicha omisión.

Y en cuanto al **concepto de control de la actividad**, habría que interpretar que se relaciona con la capacidad de decidir cómo se lleva a cabo tal actividad. Es decir, tendría el control de la actividad quien tiene el dominio en la toma de decisiones de la empresa. A este respecto, en la normativa de Castilla-La Mancha encontramos regulación específica que aporta algún criterio orientativo en el **artículo 112 de la Ley 9/1999 de Conservación de la Naturaleza**: "1.

*Serán responsables de las infracciones administrativas previstas en esta Ley las personas físicas o jurídicas que: a) Ejecuten directamente la acción infractora, o aquéllas que ordenen dicha acción cuando el ejecutor se vea obligado a cumplir dicha orden; b) Sean **titulares** o promotoras de la actividad, obra, aprovechamiento o proyecto que constituya u origine la infracción; c) **Estando obligadas por la presente Ley al cumplimiento de algún requisito o acción, omitan su ejecución.** 2. Cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de la infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes, por parte de aquél o aquellos que hubieran hecho frente a las responsabilidades. 3. Cuando la infracción se derive del uso indebido de autorizaciones emitidas, su autoría se reputará a su titular”.*

Por otro lado, la propia Ley 26/2007 refiere un **régimen de responsabilidad subsidiaria** en cuanto a las obligaciones pecuniarias, y las sanciones se comprenden en ellas, en su **artículo 13.2**: “**Serán responsables subsidiarios de los deberes impuestos en esta ley y, en particular, de las obligaciones pecuniarias** correspondientes, los siguientes sujetos: a) Los **gestores y administradores de hecho y de derecho** de las personas jurídicas cuya conducta haya sido determinante de la responsabilidad de éstas; b) Los **gestores o administradores** de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, en cuanto a los deberes y obligaciones pendientes en el momento de dicho cese, siempre que no hubieren hecho lo necesario para su cumplimiento o hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del



*incumplimiento; c) Los que sucedan por cualquier concepto al responsable en la titularidad o en el ejercicio de la actividad causante del daño, con los límites y las excepciones previstos en el artículo 42.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre; d) Los integrantes de **administraciones concursales y los liquidadores** de personas jurídicas que no hubieran realizado lo necesario para el cumplimiento de los deberes y las obligaciones devengados con anterioridad a tales situaciones”.*

En cuanto al ámbito territorial de las obligaciones impuestas por la Ley 26/2007, la obligación de tener y mantener un tendido eléctrico en condiciones idóneas que eviten la electrocución de avifauna no deriva sólo de lo dispuesto en el RD 1432/2008 ni es aplicable únicamente respecto de esas zonificaciones (las llamadas “*mallas de protección de avifauna frente al riesgo de electrocución*” en Castilla-La Mancha) establecidas en su artículo 4 por las Comunidades Autónomas. Tal deber deriva y es también exigible en aplicación del artículo 17 de la Ley 26/2007, del principio de quien contamina paga y del principio ambiental de mercado (cada cual debe hacer frente y a su propia costa de los costes ambientales que su actividad genere). En este sentido, la Ley 26/2007 (LRM) no discrimina ni distingue respecto del deber de prevenir y evitar nuevos daños ambientales entre mallas o fuera de ellas ni refiere nada sobre Zonas de Especial Protección de Aves u otros Espacios Naturales Protegidos; y tampoco la Directiva de Responsabilidad Medioambiental limita su aplicación a unos determinados territorios o espacios protegidos. En primer lugar, el Real Decreto 1432/2008, que tiene por objetivo resolver el problema de las electrocuciones al menos en unas determinadas zonas prioritarias de elevada sensibilidad ambiental, no hace ninguna

referencia a la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental aun cuando se publicó diez meses atrás. Además, tampoco la LRM hace referencia a financiación pública como hace el Real Decreto 1432/2008 para condicionar una obligación general de prevención, que es exigible respecto del cualquier operador económico, con independencia de la existencia de financiación o subvención pública. A este respecto el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (TSJ-CLM) ha calificado de fórmula meramente programática y de fomento tal anuncio de financiación incorporado en la Disposición Adicional Única del RD 1432/2008, y no siendo una verdadera obligación para la Administración establecer un programa de ayudas públicas como sí lo es cumplir con las obligaciones de impedir el hecho de la electrocución de avifauna. Tratándose de un operador de distribución eléctrica, ni siquiera con la LRM es necesario que se les requiera ante una situación de amenaza inminente porque la propia LRM les obliga a conocer por sí mismos las amenazas inminentes de daños medioambientales que su actividad pueda conllevar y a informar a la Administración con prontitud de ello. Si, además, los tendidos eléctricos peligrosos se sitúan en zonas o mallas de protección (ZEPA, áreas de campeo, etc.) y el plazo para presentar y ejecutar un proyecto referido en el RD 1432/2008 está vencido (en CLM terminó en enero de 2011) pocas razones para deducir que los incumplimientos a sus deberes de prevención de daños por electrocución deben ser objeto de sanción por omisión negligente cuando ello haya supuesto la electrocución de una especie protegida. Pero aunque no constara todavía un animal electrocutado, tratándose de un tendido peligroso que suponga una amenaza inminente de electrocución tanto si es dentro como si es fuera de esas zonificaciones (mallas) los operadores económicos y profesionales tienen un deber de prevenir



y también de evitar nuevos daños ambientales que si no cumplen es sancionable por vía adicional y complementaria de la Ley 26/2007 o de la norma autonómica correspondiente o, en su caso, con base en las tipificaciones de la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad.

7. OBLIGACIONES DE PREVENCIÓN DE DAÑOS Y OBLIGACIONES DE EVITACIÓN DE NUEVOS DAÑOS AMBIENTALES POR ELECTROCUCIÓN DE AVIFAUNA.

Las **actividades de transporte y distribución eléctrica no están incluidas en el Anexo III de la Ley de Responsabilidad Medioambiental (LRM)**. De haberse incluido expresamente en tal Anexo, o en caso de que se incluyan en un futuro esas actividades en una norma legal autonómica, ello supondría que los operadores económicos y profesionales de cualquier sector se verían obligados a asumir su deber de reparación de daños medioambientales conforme a una responsabilidad de carácter objetivo o sin culpa. Es decir, simplemente con la determinación del nexo causal entre el daño ambiental y la actividad desarrollada, el operador debiera afrontar los deberes de reparación. No obstante lo anterior, puesto que ninguna Comunidad Autónoma ha tomado la iniciativa de ampliar el Anexo III respecto de las empresas distribuidoras eléctricas, con el régimen actualmente vigente, **tanto para todas aquellas actividades incluidas en el Anexo III como para las no incluidas, la Ley de Responsabilidad Medioambiental establece un régimen general de obligaciones de carácter preventivo y de evitación**

que en caso de resultar incumplidas generan **responsabilidad medioambiental de carácter subjetivo**; es decir, concurriendo culpabilidad por dolo (directo o eventual), culpa o negligencia. En este régimen subjetivo la reparación del daño se liga a la comisión de una infracción administrativa desde el punto de vista "*tradicional*" y conocido de siempre en nuestro derecho. Aunque después veremos como un hecho antijurídico no considerado infracción también puede ser objeto de la obligación legal de reparar. Igualmente, en caso de que la infracción fuera penal, el daño a reparar se relaciona con la previa comisión del delito. Esta sería **la configuración legal** que parte directamente en nuestro derecho del **artículo 45.3⁵⁹ de la Constitución Española**, que establece como un deber del infractor efectuar la reparación de daño al medioambiente. La **diferencia** entre estos dos sistemas de responsabilidad objetiva y subjetiva se daría en que en el primero el hecho de la reparación es obligado simplemente concurriendo el nexo causal del daño con el origen de la actividad que lo ha causado; y al margen de que haya o no culpabilidad del responsable. En cambio, en el segundo sistema, el de responsabilidad medioambiental subjetiva, resulta necesario que concurra el dolo, la culpa o la negligencia en el cumplimiento de un deber de prevención o de evitación de nuevos daños. Así, en el caso de las electrocuciones de avifauna en los tendidos eléctricos, en todo caso, y a falta de que se configurase en un futuro una modificación legal de carácter objetivo, lo que nos ofrece el derecho vigente actual es un régimen de responsabilidad subjetiva ligado a unos deberes de

⁵⁹ *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.*



prevención y evitación del hecho de la electrocución en el que los incumplimientos de estos deberes pueden dar lugar a responsabilidad subjetiva o de carácter culposo. En todo caso, ambos sistemas tienen **en común** que cuando deba darse **la reparación**, ello se haga conforme se determine en la Ley 26/2007 o aplicando otras normativas ambientales que regulen la reparación. Acudiendo al sistema general de responsabilidad subjetiva establecido en la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, en su **artículo 79⁶⁰** se establecen los conceptos generales

⁶⁰ "Disposiciones generales. **1.** Las **acciones u omisiones que infrinjan** lo prevenido en la presente Ley generarán responsabilidad de naturaleza administrativa, sin perjuicio de la exigible en vía penal, civil o de otro orden a que puedan dar lugar. **2. Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor deberá reparar el daño** causado en la forma y **condiciones fijadas en la Ley 26/2007**, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. El infractor estará obligado a **indemnizar los daños y perjuicios que no puedan ser reparados**, en los términos de la correspondiente resolución. **3. La valoración de los daños al medio ambiente necesaria para la determinación de las infracciones y sanciones reguladas en este Título se realizará de acuerdo con el método de evaluación** a que se refiere Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental y sus disposiciones de desarrollo. **4.** Cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de la infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes por parte de aquel o aquellos que hubieran hecho frente a las responsabilidades. **5.** En ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes".

con referencias explícitas a la Ley 26/2007. Como puede deducirse del precepto anterior, la responsabilidad subjetiva o culposa tradicional requiere de un acto u omisión que conlleve un hecho antijurídico y la comisión de una infracción. De igual manera, las legislaciones de conservación de la naturaleza y de vida silvestre de las Comunidades Autónomas han configurado en sus leyes respectivas **las tipificaciones** que describen las conductas infractoras y sus correspondientes sanciones y obligaciones accesorias de reparación del daño causado. Tomando como ejemplo la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza de Castilla-La Mancha, se ha tipificado de forma separada el deterioro, la destrucción o la causación de la muerte de las especies silvestres amenazadas en tres niveles y sus correspondientes artículos: el artículo 108.6 cuando se trata de especies catalogadas en peligro de extinción; el artículo 109.26 cuando se trata de especies vulnerables, y el artículo 111.25 cuando se refiere a especies de interés especial. En el ámbito estatal, con el carácter de básico, el artículo 80.1 hace lo propio en sus apartados b), cuando se trate de especies en peligro de extinción; k), para las vulnerables; y o), para las de Régimen de Protección Especial que no estén catalogadas.

8. LOS DEBERES GENERALES DE PREVENCIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES Y DE EVITACIÓN DE NUEVOS DAÑOS AMBIENTALES.

Aunque **la Directiva 2004/35/CE RM no distingue entre las obligaciones de prevención de daños y de evitación de daños** ambientales, pues ambos



conceptos se contienen en su definición de "**medida preventiva**"⁶¹ cuando "*haya supuesto una amenaza inminente*", e incluso vuelve a incluirse la evitación en el concepto de "**limitar o impedir mayores daños**" cuando regula la acción reparadora en el artículo 6, el **legislador español sí ha diferenciado**⁶² lo que son **deberes generales de prevención de daños ambientales respecto de los deberes de evitación de nuevos daños ambientales cuando ya se ha constatado un daño ambiental previo o anterior**. En todo caso, en el texto de la Ley 26/2007 ambas obligaciones se regulan y redactan siempre interrelacionadas unas con las otras. Así, mientras el artículo 3.1.b) de la Directiva 2004/35/CE refiere su aplicación respecto únicamente de los daños a las especies protegidas causados por cualesquier actividades distintas de las enumeradas en su Anexo III, y ante una amenaza inminente de daños y cuando haya habido culpa o negligencia, incluyendo las medidas de evitación de nuevos daños dentro del

⁶¹ **Artículo 2.10 de la DRM:** "*«medida preventiva», toda medida adoptada en respuesta a un suceso, acto u omisión que haya supuesto una amenaza inminente de daño medioambiental, con objeto de impedir o reducir al máximo dicho daño*".

⁶² Artículo 2 LRM: "14. **«Medida preventiva»** o **«medida de prevención»:** *Aquella adoptada como respuesta a un suceso, a un acto o a una omisión que haya supuesto una amenaza inminente de daño medioambiental, con objeto de impedir su producción o reducir al máximo dicho daño.*

15. **«Medida de evitación de nuevos daños»:** *aquella que, ya producido un daño medioambiental, tenga por finalidad limitar o impedir mayores daños medioambientales, controlando, conteniendo o eliminando los factores que han originado el daño, o haciendo frente a ellos de cualquier otra manera*".

artículo 6 que regula la "**reparación**"⁶³, el legislador español distingue y conceptúa las medidas de **prevención**, asociándolas a la existencia de una amenaza inminente de daño, de las medidas de **evitación de nuevos daños**, asociándolas a la existencia de un daño ya producido con el objetivo de limitar o impedir mayores daños ambientales y efectos adversos. Se trataría de medidas para contener o limitar los riesgos de que los daños ambientales sean o fueran mayores. Sin embargo, jurídicamente, no son medidas de reparación sino que vendrían a ser las tradicionales medidas complementarias, hoy llamadas "*disposiciones cautelares precisas*"⁶⁴ para garantizar la eficacia de la resolución sancionadora. No obstante, ambas **obligaciones** tienen en la LRM, finalmente, el objetivo de la evitación de forma inmediata del hecho dañoso tanto cuando sólo es una amenaza inminente como cuando ya se ha producido el daño; en el primer caso, por la existencia de la posibilidad; y, en el segundo, para evitar un nuevo daño cuando se ha constatado otro daño anterior. Y en ambos casos, también las medidas de evitación de nuevos daños son obligatorias "**en los mismos términos**"⁶⁵ que cuando hay una amenaza inminente de daño; es decir, se

⁶³ Artículo 6 DRM- **Acción reparadora**: *Cuando se hayan **producido daños** medioambientales, el operador informará sin demora a la autoridad competente de todos los aspectos pertinentes de la situación y adoptará: a) todas las medidas posibles para, **de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente** de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales, **con objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales** y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios.*

⁶⁴ Artículo 90.3 de la Ley 39/2015.

⁶⁵ Artículo 17.2 de la Ley 26/2007.



deben adoptar sin demora, y sin necesidad de advertencia, de requerimiento o de acto administrativo previo, con independencia de que se esté o no obligado a reparar. Por ello, el operador debe adoptarlas sin esperar a que exista un requerimiento previo o una resolución administrativa tras la tramitación de un procedimiento con una fase de alegaciones. Así, el legislador hace garantizar al operador que evite nuevos daños, sin necesidad de dictar medidas cautelares y sin esperar a que se notifiquen, pues traslada al operador la iniciativa y la urgencia de su adopción y le obliga, además, a informar con celeridad a la autoridad competente respecto del daño, su evolución, persistencia de la amenaza de nuevos o mayores daños y medidas adoptadas. Además, la Administración, ante un supuesto de inactividad o actividad inadecuada o incompleta puede instar al operador a que adopte medidas inmediatas tanto de prevención como de evitación de nuevos daños o, incluso, ejecutarlas a su costa.

Estas **dos obligaciones**, de prevención de las amenazas inminentes de daño y de evitación de nuevos daños ambientales, **se predicán respecto de cualquier operador económico y profesional**. Cabe hacer un inciso importante en cuanto a que **la amenaza inminente debería entenderse ampliada también ante la existencia de indicios**; pues en la redacción inglesa de la Directiva se mencionan también las **sospechas de inminencia**. A este respecto, tanto las empresas del sector de transporte y distribución eléctrica como otras empresas o profesionales que fuesen titulares o propietarios de instalaciones industriales (los tendidos eléctricos) no inscritas en el Registro de Instalaciones Industriales, están obligados por los artículos 17.1 y 17.2 de la LRM a adoptar medidas de prevención de las electrocuciones de

avifauna así como también las de evitación de nuevos daños. Y si concurriera dolo, culpa o negligencia, además, las obligaciones de reparación (artículo 3.2 de la LRM). Por tanto, **cualquier operador del sector eléctrico** que realiza una actividad económica o profesional, con independencia de que concurra o no dolo, culpa o negligencia, **debe cumplir con sus obligaciones de prevenir y evitar los daños ambientales**. Refiere la Ley que ello es así aun cuando no estén los operadores obligados a adoptar medidas de reparación, en caso de no darse la responsabilidad subjetiva, pues en este caso se incluiría, además, la obligación de reparar. Es decir, en todo caso tales obligaciones de **prevención y evitación resultan exigibles a todos los operadores** del sector de transporte y distribución eléctrica; y sus incumplimientos no son eximibles de responsabilidad nunca para los mismos. Lo que difiere en cuanto al hecho de que hubiere o no de repararse estaría ligado a la inexistencia de dolo, culpa o negligencia; según se deduce del **artículo 3.2 de la Ley 26/2007** de Responsabilidad Medioambiental⁶⁶. Es decir que si no concurre el elemento subjetivo no habría que repararse; y si concurriera, entonces, la reparación también es obligatoria.

⁶⁶ *Esta ley también se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III, en los siguientes términos: a) Cuando medie dolo, culpa o negligencia, serán exigibles las medidas de prevención, de evitación y de reparación; b) Cuando no medie dolo, culpa o negligencia, serán exigibles las medidas de prevención y de evitación.*



9. LA OBLIGACIÓN DE COMUNICAR A LA AUTORIDAD COMPETENTE LA EXISTENCIA DE AMENAZA INMINENTE DE DAÑOS Y LA PROPIA EXISTENCIA DE DAÑOS Y LAS MEDIDAS PREVENTIVAS Y DE EVITACIÓN ADOPTADAS.

El **artículo 9.2 de la Ley 26/2007**, transponiendo a derecho interno el artículo 6.1.a)⁶⁷ de la DRM establece que *"Los operadores de cualesquiera actividades económicas o profesionales incluidas en esta ley están obligados a comunicar de forma inmediata a la autoridad competente la existencia de daños medioambientales o la amenaza inminente de dichos daños, que hayan ocasionado o que puedan ocasionar"*. El precepto obliga a los operadores a que hagan esa comunicación *"lo antes posible...y respecto de todos los aspectos pertinentes de la situación...cuando no desaparezca la amenaza inminente de que se produzca daño ambiental pese a las medidas preventivas adoptadas por el operador..."*⁶⁸. De esta manera la Administración tiene la posibilidad de emprender actuaciones o ejercer las potestades previstas en los artículos 18, 21, 22 y 23 de la Ley. El legislador español, además de las amenazas inminentes, ha avanzado respecto de la Directiva, añadiendo también la obligación de comunicar la existencia de daños ambientales. Y en **artículo 17.4 de la LRM** refiere que tal comunicación inmediata también se hará respecto

⁶⁷ Artículo 6.1.a): *todas las medidas posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales, con objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales ...*

⁶⁸ Artículo 5.2 de la Directiva 2004/35/CE

de las medidas de prevención y evitación de nuevos daños adoptadas. Y en el **artículo 19.2 LRM** también se expone la obligación de adoptar de inmediato las medidas de evitación de nuevos daños así como comunicarlo de forma inmediata; y cuando concurra dolo, culpa o negligencia, también la obligación de adoptar las medidas de reparación.

10. INEXIGIBILIDAD DEL COSTE DE LA PREVENCIÓN, EVITACIÓN Y REPARACIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES.

La DRM se ocupa de casos de daño medioambiental de carácter significativo; aplicándose el principio de "***quien contamina paga***" que recoge el **artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**, en el sentido de que **la sociedad no debe asumir los costes financieros que una actividad industrial provoca por daños medioambientales apreciables y que son causados por empresas y profesionales**. En consonancia con este principio, el operador responsable debe tomar las medidas preventivas y sufragar todos los costes que esa inversión requiera. El daño se considera resuelto cuando el medio ambiente ha sido devuelto a su ser y estado anterior. La DRM cubre los daños causados a la biodiversidad (especies y hábitats naturales protegidos), el agua y el suelo pero no es aplicable respecto de los daños llamados tradicionales (daños a la propiedad, muerte y lesiones corporales o pérdidas económicas). Tal obligación de asumir esos costes financieros, se contempla expresamente en los "***considerando***" nº 2 y nº 21 de la DRM, que luego se trasladan al artículo 8.1 de la misma, cuya



literalidad es la que sigue: “El operador sufragará los costes ocasionados por las acciones preventivas y reparadoras adoptadas en virtud de la presente Directiva”. A este respecto, el legislador español ha hecho la transposición a derecho interno exigiendo a todos los operadores económicos y profesionales que cumplan con las obligaciones de prevención y de evitación de daños; y sólo cuando concurra culpa o negligencia les obliga también a asumir la reparación. Esta opción no resulta extraña en nuestro derecho. Específicamente el tema de electrocuciones y fauna, tal y como se contempla en el **artículo 9 de la Ley 21/1992 de Industria, ya prevé en general la necesidad de evitar los daños por electrocución a personas y fauna. Y nada se señala, porque se da por sobreentendido, que es el obligado titular de la instalación industrial quien debe llevar a cabo esas medidas y asumir su coste.** No obstante, el ordenamiento jurídico tradicional español venía vinculando la obligación de reparar a la comisión de una infracción. Sin embargo, la obligación de reparar viene siendo independiente y no considerada como un elemento más de la sanción sino como una medida distinta, tal y como luego expondremos al tratar la jurisprudencia existente al respecto.

Como decíamos, la Ley 26/2007 extiende los deberes de prevención [con amenaza inminente (artículo 17.1) u otra amenaza sin ese carácter si ya hay un daño constatado] 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.** En este sentido, la **Sentencia nº**

60/2015 del TSJ Tenerife, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª (Recurso 88/2014 - Id Cendoj: 38038330022015100103) en relación con una refinería de Cepsa que cuestionaba que se le exigieran mayores controles cuando la Administración había elevado el contenido de exigencias en una Autorización Ambiental Integrada (AAI) respecto del tema de emisiones industriales refiere lo siguiente: "**la obligación de información deriva del derecho comunitario y ya había sido prevista en la Ley 26/07 de responsabilidad ambiental** cuya exposición de motivos acentúa la importancia de las obligaciones en materia de prevención y evitación de daños medioambientales frente a todo tipo de comportamientos, tanto dolosos o negligentes, como meramente accidentales o imprevisibles. Por ello se establece la **obligación general de informar a la autoridad competente los daños medioambientales o su amenaza inminente** (artículo 9.2 y otros) y el incumplimiento de esta obligación constituye también infracción administrativa (artículo 37.3).

Consideramos que **el derecho de la entidad recurrente a realizar una actividad industrial potencialmente muy contaminante está condicionado al cumplimiento de una serie de deberes para prevenir y controlar el riesgo que genera la actividad y paliar y reparar el daño medioambiental hipotético pero gravísimo en cuya consideración ha de ponderarse la obligación de información impugnada**. De la misma manera que el titular de un vehículo es su responsable y por tanto "debe conocer en todo momento quien lo conduce" y comunicarlo a Tráfico si es requerido para ello (por todas STC 154/94) a causa del "riesgo potencial que la utilización de un automóvil entraña para la vida, salud e integridad de las personas...La



exposición de motivos de la reforma legal se encabeza justamente aludiendo al objetivo de prevenir y evitar la contaminación desde su origen antes de que sea necesaria la minimización de sus efectos o la restauración de los recursos afectados conforme al principio "quien contamina paga". Consideramos que **no se trata sólo de prevenir más contaminación sino de comprobar la que se haya podido producir en otros tiempos y actuar en consecuencia ante la magnitud del riesgo inherente a la industria autorizada. La entidad recurrente no puede desconocer la antigüedad desde la que se viene realizando y la despreocupación ambiental de otros tiempos ante el potencial contaminante de las actividades industriales** de Cepsa. Son las circunstancias particulares de la actividad las que justifican el incremento de los mínimos previstos en la norma. No tendría sentido que la AAI se limitara a reproducir el Ordenamiento Jurídico. Por ello **está justificada una mayor exigencia y periodicidad** del mínimo de diez años previsto en el Real Decreto 815/13. Además, la medida impuesta puede ser modificada en función de los resultados obtenidos en los controles realizados revisando la periodicidad o las características de los controles. Por lo tanto, ***si como afirma la entidad recurrente según sus propios informes el subsuelo no está contaminado así lo revelarán los nuevos controles y quedará cumplimentada la condición a que se somete toda AAI consistente en garantizar que el suelo no está previamente contaminado. Entretanto, el deber del titular de la autorización es comprobar la situación del subsuelo y descontaminarlo en su caso y cumplir todas las medidas necesarias para que el suelo no se contamine***". Por tanto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, haciendo suya la tesis de la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala**

Tercera) de 4 de marzo de 2015, asunto C-534/13 que no nombra expresamente, tiene igual criterio y deja claro que la obligación del operador es conocer los riesgos ambientales que otro sujeto generó y respecto del que otro operador distinto actual mantiene una actividad en la que es obligado a llevar a cabo las medidas para minimizar los riesgos ambientales. Podríamos decir, que las obligaciones medioambientales serían tratadas como una especie de obligaciones "*reales*" ligadas a la cosa o la actividad que se viene realizando. Aunque el caso analizado se refiere a la imposición de esos deberes a través de la modificación de una Autorización Ambiental Integrada, la ausencia de ese contenido tampoco supone ni exime al operador de llevar a cabo esa toma de conocimiento de sus riesgos o amenazas de daños ambientales ni de los deberes de prevenir y evitar un daño medioambiental conforme a la Ley 26/2007; por lo que parece lógico que desde que incurra en una omisión negligente o culposa en ese sentido, se le podrá exigir responsabilidad. Hasta aquí, en términos generales, ninguna novedad conceptual con nuestro ordenamiento tradicional. Pero de la lectura del artículo 9.1 de la Ley 26/2007, podría parecer que se condiciona la obligación de sufragar tales costes de prevención, evitación y reparación al hecho de que los operadores resulten "*responsables de los mismos*" (inciso final del primer párrafo); pero esta posibilidad interpretativa debe quedar totalmente descartada puesto que se comprende que **el principio "*quien contamina paga*" lo que pretende es que sean los operadores los que asuman tales costes, tal y como se recoge en la Directiva RM**, pero no puede deducirse que existe opción de que los costes de prevención y evitación no tuvieran que ser asumidos por aquellos a la vista del Considerando 18; pues ello entra en abierta contradicción con el principio de "*quien contamina,*



paga". Por tanto, las medidas de prevención y evitación son exigibles respecto de cualquier operador económico y profesional; y sólo para el supuesto de las actividades contaminantes del Anexo III, cuando estuvieran exentas de culpabilidad, dolo o negligencia, y se hubiese cumplido estrictamente con el contenido de la autorización específicamente ambiental habría que interpretar que no sería exigible a los operadores de tal Anexo III asumir los costes de tales medidas de reparación, y bajo las premisas señaladas en los artículos 14.1 y 15.2 de la Ley 26/2007; así como teniendo en cuenta además que únicamente serían recuperables los costes de las medidas de reparación pero en ningún caso los de prevención y los de evitación de nuevos daños por tales operadores del Anexo III.

Concretamente y referido a **daños a especies protegidas por parte de cualquier operador económico y profesional** de actividades que entrañan un riesgo real o potencial para las mismas, el **Considerando 9 de la DRM contempla que el operador sólo debe ser responsable cuando haya incurrido en culpa o negligencia**. De modo que el Considerando 9 también se ajusta al sistema tradicional de exigencia de responsabilidad culposa. Así, ningún avance se ha producido en nuestro derecho que no estuviera ya previa y legalmente configurado. Conviene aclarar que lo que es efectivamente de carácter objetivo es la obligación legal de prevenir tales amenazas dañosas; siendo su incumplimiento o el cumplimiento negligente lo que aboca a la exigencia de responsabilidad medioambiental de carácter culposo o subjetivo.

Conforme se determina en el **artículo 14.1 de la Ley 26/2007**, el operador que lleve a cabo cualquier

actividad no incluida en el Anexo III de la Ley, como la del sector del transporte y distribución de electricidad (que no está incluida en el mismo) no está obligado a asumir los costes de prevención, evitación y reparación, *"cuando **demuestre** que los daños medioambientales o la amenaza inminente de tales daños se produjeron **exclusivamente** por cualquiera de las siguientes causas: a) La **actuación de un tercero ajeno** al ámbito de la organización de la actividad de que se trate e independiente de ella, a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas; b) El **cumplimiento de una orden** o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente, ... excepto que se trate de una orden o instrucción dictada para hacer frente a un incidente generado previamente por la propia actividad del operador".* Es decir, que si se trata de órdenes o instrucciones de prevención o de evitación de nuevos daños contempladas en el artículo 18.b) y c) de la Ley no cabe la posibilidad de reclamar frente a la Administración. Naturalmente, el operador del sector eléctrico debe cumplir con sus obligaciones de prevención y evitación de nuevos daños ambientales en materia de electrocuciones con independencia de que deba o no asumir los costes en los que incurra pues se trata de obligaciones independientes de la posibilidad posterior de recuperarlos. Los supuestos que excepcionan de la obligación de asumir tales costes los refiere el legislador para actuaciones ajenas e impropias de la actividad del sector y que debe por sí mismo asumir conforme al principio de quien contamina paga. Por lo que, en consecuencia, **las órdenes de la autoridad que se dirijan a exigir el cumplimiento de sus deberes de prevención y evitación no son resarcibles**⁶⁹. Sí lo serían aquellas otras en las que la

⁶⁹ **2º párrafo del artículo 14.1.b) de la Ley 26/2007:** Se exceptúan los supuestos en los que la orden o



orden fuese claramente un error achacable a la Administración que obligue al operador a apartarse de esos deberes que la Ley le exige. No vemos ciertamente aplicable en la realidad práctica tales excepciones cuando abordamos esos supuestos en materia de electrocuciones. Por ejemplo, por una mala calidad del producto frente al fabricante entendemos que el operador podría reclamarle a aquél; por una certificación de calidad que después se demuestra incorrecta, igualmente podría ser uno de los supuestos de difícil acontecimiento; o incluso si nos ponemos en el absurdo de que una persona hubiera dejado carroña en lo alto de un tendido, con riesgo incluso para su propia vida, e ideado algún método para atraer una rapaz con no se sabe qué fines, y que ésta se electrocutara por ello; o, por ejemplo, por el robo de materiales de aislamiento, que son algunas de las medidas de seguridad en un tendido adaptado y eficaz para evitar las electrocuciones; o en el absurdo de que una orden de la Administración conllevara la realización de alguna actuación que supusiera ir en contra de esos deberes generales de prevención y evitación de daños ambientales. En estas situaciones el operador podría reclamar a ese tercero ajeno, al fabricante o a la autoridad que le dio la orden. Por tanto, no vemos muy viable que en la práctica llegara a darse un caso.

Como puede deducirse, los deberes de prevención de daños y de evitación de nuevos daños, así como si concurre responsabilidad subjetiva los de reparación, no pueden dejar de ser cumplidos por el operador de cualquier actividad económica o profesional, ni por los operadores de las actividades incluidas en el Anexo III.

la instrucción se hayan dictado para hacer frente a una emisión o a un incidente previamente generado por la propia actividad del operador.

Son deberes configurados en la Ley con carácter general.

La transposición de la Directiva 2004/35/CE a derecho interno no ha seguido los mismos esquemas que los seguidos en aquélla; además, de que expresamente en la Directiva 2004/35/CE se hacen continuas referencias a las distintas posibilidades que los Estados miembros tienen para avanzar más allá de la misma o para establecer otros supuestos de responsabilidad. En primer lugar, ya hemos dicho que **la Directiva 2004/35/CE engloba los costes de reparación dentro del mismo concepto que los deberes de evitación de nuevos daños** puesto que se refiere a éstos como todos aquellos que tienen por objeto limitar o impedir mayores efectos adversos o daños ambientales; mientras que **en la Ley 26/2007 se han regulado de forma diferenciada distinguiendo el concepto de reparación del concepto de la evitación de nuevos daños**. Por tanto, centrándonos exclusivamente en la **responsabilidad subjetiva** que pueda exigirse a operadores económicos y profesionales distintos de los contemplados en el Anexo III de la Ley; es decir, refiriéndonos a las empresas de distribución eléctrica y a otros titulares de tendidos que fueran operadores económicos y profesionales de cualquier actividad, sólo merece un análisis el **artículo 15.2** de la Ley a los efectos de deducir si el operador puede o no eximirse de responsabilidad, previendo el texto legal lo siguiente: *“El operador no estará obligado a sufragar el coste imputable a las medidas reparadoras cuando demuestre que no ha incurrido en culpa, dolo o negligencia y que concurre alguna de las siguientes circunstancias:... que el operador pruebe que el daño medioambiental fue causado por una actividad, una emisión, o la utilización de un producto que, en el momento de*



realizarse o utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento". El concepto engloba la tradicional obligación de reparar del sujeto declarado responsable por la comisión de una infracción pero adicionando **dos circunstancias**: primero, incorpora el deber del operador de **conocer** qué actividades de las que desarrolla son potencialmente perjudiciales para el medioambiente; y segunda, que después refiere la **obligación de emplear las mejores tecnologías disponibles**⁷⁰ (MTD) **para prevenir los daños ambientales o para evitar los nuevos daños** que su actividad genere. 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 de prevenir, tomando previo conocimiento de los riesgos ambientales de su actividad; y después exigiendo el uso de las MTD para evitar nuevos daños ambientales. Pero a todo ello, se mantiene la tradicional obligación de reparar del ámbito subjetivo culpabilístico.

Sobre la cuestión del momento en que se produce la actividad dañina, hay que traer a colación **la importantísima Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 01/06/2017 (Asunto C-529/15)**, que se aparta de considerar que se esté produciendo una aplicación "**retroactiva**" de la **Directiva 2004/35/CE de RM respecto de instalaciones autorizadas y puestas en marcha antes de la entrada en vigor de la Directiva**

⁷⁰ El artículo 191.3 TFUE refiere: "*3. En la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Unión tendrá en cuenta: los datos científicos y técnicos disponibles,...*"

2004/35/CE (30 abril 2007): igual que hace la Ley 26/2007). El TJUE, aunque se trate de instalaciones autorizadas (podríamos llamarlas "*legales*") antes de la entrada en vigor de la Directiva 2004/35/CE, considera, en primer lugar, que los daños generados por esa instalación **son daños ambientales**. Es decir, el hecho de que se produzcan en una instalación autorizada no les exime de considerarse daños ambientales. Así, la mortalidad que causaba la central hidroeléctrica objeto de análisis en la Sentencia por las altas oscilaciones en el nivel de las aguas del río se consideran **sucesos o incidentes que producían daños ambientales nuevos o actuales; es decir, que son daños de hoy, del presente**; por lo que la Directiva 2004/35/CE es aplicable aunque la instalación generadora de esos daños tenga autorización y se haya puesto en marcha su funcionamiento antes de que entrara en vigor la Directiva 2004/35/CE. Por las mismas consideraciones de la Sentencia del TJUE, los tendidos eléctricos, aunque estén autorizados, si electrocutan avifauna hoy, tales sucesos se consideran daños ambientales actuales, y por ello sujetos a la Directiva 2004/35/CE y a la LRM respecto de los que cabe exigir el cumplimiento de los deberes de implantar medidas de prevención y de evitación de nuevos daños aunque dispongan de autorización. Y si hay dolo o culpa (o es actividad del anexo III) también afrontarse la reparación. Así pues, la posibilidad de aplicación e invocabilidad de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental respecto de cualquier asunto relacionado con la prevención y reparación de daños ambientales en los supuestos que se regulan en la misma; sea cual sea la Ley concreta medioambiental o "*sustantiva*" (residuos, conservación de la naturaleza, montes, caza, urbanismo, AAI, evaluación ambiental, etc.) que se aplique, que también suele incorporar preceptos relacionados con la "*reparación del daño*"



causado", no se hace de un modo retroactivo sino actual de los daños antijurídicos no amparados por esas autorizaciones no ambientales ni específicamente autorizados por la autoridad ambiental. Conviene distinguir una cuestión que resulta confusa para las distintas Autoridades "*Industriales*". En primer lugar, Industria aplica y exige que se cumpla la normativa en vigor en el momento de la concesión de la autorización. No tiene por qué hacer cumplir otra normativa a menos que el legislador llevara a cabo la modificación de la norma para incorporar esa jurisprudencia europea en materia de responsabilidad medioambiental. Entendemos que la modificación legal debiera hacerse para adecuarse una norma sustantiva a la norma ambiental. Pero no esperamos que esta posibilidad se lleve a cabo en tanto se tome la iniciativa por parte de las autoridades ambientales instando a Industria a ello. Naturalmente, desde la perspectiva de la seguridad jurídica de la norma sustantiva y del operador jurídico de la Administración de Industria, sólo la modificación debidamente aprobada resulta exigible de cara a futuro y con las condiciones insertas en la nueva norma. Pero la autoridad ambiental tiene otra función que cumplir y el TJUE ha marcado las líneas a seguir en cuanto a medioambiente se refiere.

En cuanto a lo expuesto, siempre que se trate de un operador económico cualquiera, con mayor razón si es una empresa distribuidora a la que es exigible una diligencia máxima, puede hablarse de culpabilidad por incumplir un deber de prevenir las amenazas inminentes de daños y de evitar nuevos daños ambientales que causan los tendidos peligrosos en la avifauna. Tanto la jurisprudencia española (STS de 16/01/1989 RJ 101 relativa a un serie de daños industriales; STS de 19/10/1988 RJ 7588; y STS de 04/10/1994 RJ7452) como la jurisprudencia del TJUE

(Sentencia de 01/06/2017) han emitido pronunciamientos en los que exponen que **el simple hecho de tener una autorización y cumplirla no constituye en sí misma una causa de exoneración ni elimina la antijuridicidad del daño ambiental.** Por ello, la doctrina más reputada no ha tardado en criticar duramente la redacción de este tipo de exención apuntando que el propio resultado dañoso sugiere que no se obró con la diligencia debida o las medidas adoptadas fueron insuficientes. Por ello, consideramos que esta opción del legislador, dejando quizá algo confusa la cuestión, no responde sino a las presiones de ciertos sectores económicos afectados: los operadores obligados a adoptar las medidas preventivas y reparadoras del daño ambiental, y ha tenido por consecuencia escasa aplicación práctica de la LRM; no así para la doctrina y la jurisprudencia que luego citaremos. Así pues si se admite el "*riesgo de desarrollo*" como causa de exoneración, de acuerdo con el principio de precaución, no puede admitirse el hecho de que la autoridad pública no haya reconocido y señalado expresamente todavía la peligrosidad de una cierta actividad en un determinado territorio o ámbito si resulta conocido científicamente que una concreta tipología de tendido es por construcción peligrosa para la avifauna. En nuestra opinión, sólo sería viable tal exoneración cuando el debate científico y tecnológico pudiera plantear una duda y no fuera posible averiguar que la actividad en cuestión podía o no provocar un daño ambiental; lo que no sucede en el caso de las muertes de avifauna en los tendidos eléctricos antiguos por cuanto que la tecnología que evita las electrocuciones se conoce desde hace décadas no sólo por las empresas eléctricas distribuidoras sino también por la propia Administración y por las ONG's ambientales, que desde siempre se interesaron por exigir su implantación con una tipología constructiva



adecuada desde los años ochenta. Por tanto, la actividad de distribución eléctrica utilizando los llamados apoyos o torres metálicas con una tipología constructiva antigua e inadecuada por ausencia de suficientes distancias entre el cableado eléctrico, su disposición por encima de la cruceta (parte de arriba del apoyo) donde se amarran esos cables y su falta de aislamiento, sería y es *a priori* y por sí misma una actividad desarrollada de forma peligrosa para la avifauna hasta que esas crucetas hubieran sido adaptadas con el uso de otra tipología constructiva más moderna como las usadas y exigidas actualmente cuyas distancias entre cables o fases son más amplias, están dispuestos por debajo y no apoyados sobre la propia cruceta, y además están forrados de material aislante eficazmente colocado.

11. EL CARÁCTER DE LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL SIN SER EL INICIAL CAUSANTE DE LA CONTAMINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA.

En este punto, hemos de hacer referencia a la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de marzo de 2015, asunto C-534/13**. La Sentencia resuelve una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la **interpretación de los principios del Derecho de la Unión en materia medioambiental**; en particular, los de quien contamina paga, de cautela, de acción preventiva y de corrección de los atentados al medio ambiente, insertos en la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. El TJUE

resuelve que la Directiva 2004/35 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, cuando es imposible identificar al responsable de la contaminación de un terreno u obtener de éste las medidas reparadoras, no es invocable para impedir a la autoridad competente, conforme a su legislación nacional, imponer la ejecución de las medidas preventivas y reparadoras al propietario de dicho terreno que no fue responsable de la contaminación, al que se exige únicamente, según normativa nacional, reembolsar los gastos relativos a las actuaciones realizadas por la autoridad competente. Es decir, que **el TJUE considera que la Directiva no es invocable para excluir la aplicación de una norma nacional cuando no sea aplicable alguna normativa de la Unión**. Así, sobre el *"operador" propietario del terreno pero no causante del hecho dañino* señala que compete al mismo, pues se encuentra en el origen del daño medioambiental, adoptar la iniciativa de proponer las medidas reparadoras que considere adecuadas, siendo este operador a quien la autoridad competente puede obligar a adoptar las medidas necesarias y a sufragar los costes ocasionados por las acciones preventivas y reparadoras. La normativa nacional enjuiciada en la Sentencia exige a los operadores no responsables de la contaminación pero propietarios del terreno reembolsar los gastos relativos a las actuaciones realizadas por la autoridad competente. El Tribunal considera que esta previsión es compatible con la Directiva y los principios de quien contamina paga, de cautela, de acción preventiva y de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma. Como ejemplo de que tal jurisprudencia tampoco es tan extraña en nuestro modelo, el artículo 118.4 de la Ley 9/1999 de Conservación de la Naturaleza de Castilla-La Mancha dispone de una forma similar el mismo criterio sosteniéndolo en que el obligado obtiene un beneficio:



"Cuando la infracción implique la destrucción o alteración significativa de un hábitat o recurso geomorfológico, no se conozca a su autor material o responsable y conlleve un beneficio, el beneficiado estará obligado a participar en la reparación del daño hasta el montante del beneficio obtenido".

12. LA PRUEBA DEL NEXO CAUSAL EN MATERIA DE ELECTROCUCIONES Y LA RESPONSABILIDAD CULPABLE.

Ninguna Comunidad Autónoma ha abordado todavía una regulación propia con el carácter de responsabilidad objetiva. Las herramientas con las que cuenta la Administración para abordar la problemática de las electrocuciones pasan, en todo caso, por exigir el cumplimiento de los deberes de prevención de daños medioambientales y de evitación de nuevos daños; y en caso de incumplimiento de los mismos procede exigir la responsabilidad de los operadores de carácter culposo. En un sistema objetivo, se parte de la presunción refutable; es decir, la carga de la prueba de que no existe culpa es del titular de la explotación o actividad peligrosa; es decir, sería como una presunción *iuris tantum* pero al revés, no de la Administración para con el responsable sino al contrario. Pero tampoco se convierte en una presunción *iuris et de iure* (absoluta por expresa disposición legal). Así pues, en contraposición, en el tradicional sistema de responsabilidad subjetiva, corresponde a la Administración probar los hechos que impute en un procedimiento sancionador.

En materia de **prueba**, lo cierto es que encontrar un cadáver de una rapaz bajo un poste eléctrico sin signos de manipulación animal o humana, sin signos de predación, arrastre, en la postura lógica típica tras el hecho mortal, con las típicas quemaduras habituales conocidas por la ciencia veterinaria forense y con otras evidencias o indicios recogidas o reseñadas por los Agentes en el momento de su intervención, así como por la propia tipología constructiva del apoyo eléctrico causante, pocas dudas está planteando el tema de la prueba en los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso de Albacete y CLM respecto del hecho de la electrocución en tal concreto apoyo. Ello, junto al correspondiente informe forense del caso clínico determinante de la causa de la muerte por electrocución, está sirviendo para considerar un hecho probado la electrocución en un concreto poste en donde el animal se encuentra a los pies del apoyo eléctrico; es decir, pocas dudas pueden plantearse respecto del nexo causal necesario para exigir responsabilidad si constan los indicios y pruebas referidas arriba. A este respecto, entre las alegaciones habituales de los supuestos responsables refiriendo que el animal se pudo electrocutar en una línea eléctrica cercana de la que no se es titular, o refiriendo que es posible que el animal lo hayan colocado bajo ese poste con débiles razonamientos sobre que se pretende por un tercero malintencionado achacar la responsabilidad al titular del tendido; o alegando que se trata de una prueba diabólica así como la prohibición de sancionar sin pruebas, o con base en simples conjeturas o hipótesis, sin que la Administración haya demostrado el nexo causal y sin que sea exigible demostrar la propia inocencia pues la carga de la prueba corresponde a quien acusa; y alegando también que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe



traducirse en un pronunciamiento absolutorio, la respuesta que ha dado el TSJ-CLM ha sido, en efecto, contundente, rechazando tales alegatos a la vista de las pruebas que constan en los expedientes. Hemos de partir de la base de que las denuncias se producen respecto de un hecho, el de la electrocución, que el Agente Medioambiental no ha presenciado en el mismo momento en que se produjo sino que lo habitual es que haya encontrado un cadáver a los pies del poste supuestamente causante de la electrocución. Así pues, en materia de prueba, la **Sala del TSJ-CLM en su Sentencia nº 350/2017** refiere, en primer lugar, la condición de Agentes de la Autoridad y la presunción de veracidad que se presume respecto de los hechos constatados por los mismos, considerando que respecto de **las alegaciones de defensa planteadas no se ha presentado siquiera un indicio probatorio, existiendo constancia de datos inequívocos de los que razonable y lógicamente puede llegarse a la convicción de que el animal se electrocutó en el concreto poste que consta en la denuncia de acuerdo con las reglas de criterio humano** (también en su Sentencia nº 251/2018), sin que a esa conclusión lógica y razonable se haya acreditado ni aportado posibilidad mínimamente creíble por parte de la empresa de distribución eléctrica, y sin que esa otra opción o teoría distinta de lo que pudo haber sucedido tenga los mismos visos de verosimilitud ni el mismo grado de posibilidades para que el resultado de la prueba fuera exculpatorio. Es más, tomada declaración testifical a presencia del Magistrado Ponente al Agente Medioambiental, la Sentencia 350/2007 de la Sala señala que con esa declaración se produce un claro reforzamiento de la razonable probabilidad de que la electrocución del ave se produjo en el apoyo titularidad de la recurrente, sin que finalmente el ave muriese y habiéndose desplazado el animal incluso 70 metros

desde que el Agente recibió el aviso y se personó en el lugar a los pocos minutos. Así, se señala que *"no había rastro alguno de que el pollo del águila hubiera podido ser trasladado por un depredador; que no existen líneas privadas cercanas y que una vez dañado el animal no podría haberse trasladado a otro sitio por un particular sin conocimientos especiales al ser extremadamente difícil capturarlo, por lo que concluye que no se podía haber electrocutado en otro sitio. También que tras el daño sufrido el animal podía desplazarse mínimamente, y por eso es razonable que huyera sólo unos 70 metros. Ciertamente, a preguntas de la defensa de la parte recurrente, aceptó que otras personas con preparación podrían manipularlo, pero como ya hemos dicho y quedó patente con la declaración del agente, se trata de una mera posibilidad, que ni siquiera intentó ser acreditada y que ni remotamente aparece con el mismo grado de probabilidad que la considerada probada en base a los datos acreditados a los que hemos hecho referencia. De igual forma, en las respuesta dada al interrogante sobre la cercanía de otra línea, que rechazó".* Y continuando con otros alegatos referidos a supuestos errores en las Coordenadas UTM de localización del animal y del poste, la Sala refirió que *"por lo demás, el mero hecho de que pueda existir un **error o imprecisión en las coordenadas exactas** donde se encuentra el poste pueda introducir dudas sobre los mismos pues ninguna duda existe sobre el dato realmente relevante, que, en este caso, es que la electrocución tuvo lugar en un poste concreto e individualizado, en la zona indicada".* A este respecto, es necesario señalar que las Coordenadas UTM deben referenciarse en el Sistema ETRS89 desde la aprobación del RD 1071/2007. Alguna operadora de distribución eléctrica, en cambio, venían utilizando hasta hace muy poco el sistema ED50. Además, la toma de coordenadas no es exacta y puede



variar unos metros en función de los movimientos del satélite según el momento; de modo que incluso usando el mismo aparato que se utilizó un día para tomar unas coordenadas, otro día puede haber una **pequeña variación en las últimas cifras** sin que las coordenadas sean exactamente las mismas y sin que por ello haya que deducir un error en la identificación de la ubicación del poste eléctrico o del lugar de localización del cadáver. En todo caso, como ha referido la Sentencia transcrita, el poste es el que es y está en el mismo lugar. En este sentido, en la **Sentencia nº 251/2018** del TSJ-CLM se trata esta cuestión del modo siguiente cuando analiza el resultado de la declaración testifical del Agente Medioambiental: *"que no existen líneas privadas cercanas (más o menos 1 km de distancia); **explicaron por qué las coordenadas GPS presentan cierto margen de error, identificando en todo momento el poste y el lugar del hallazgo a su pie. De igual forma, en las respuestas dadas al interrogante sobre la cercanía de otra línea, que rechazó, no puede hallarse el más mínimo indicio probatorio sobre la probabilidad de otras opciones mantenidas, o al menos afirmadas, por la parte recurrente. Como conclusión a lo expuesto entendemos que concurre prueba de cargo suficiente que acredita los datos en base a los cuales se declaró la responsabilidad administrativa de la mercantil sancionada, sin que, por lo demás, el mero hecho de que pueda existir un error o imprecisión en las coordenadas exactas donde se encuentra el poste pueda introducir dudas** sobre los mismos pues ninguna duda existe sobre el dato realmente relevante, que, en este caso, es que la electrocución tuvo lugar en un poste concreto e individualizado, en la zona indicada, y con las deficiencias en materia de seguridad medioambiental también descritas"*. Continuando con la cuestión probatoria, en la Sentencia del TSJ-CLM nº

250/2018, haciendo referencia a su anterior Sentencia ya comentada, la Sala refiere "**en este caso la prueba es aún más concluyente, pues el águila apareció justo al pie de la Torre nº 3013 del tendido eléctrico AB-20718. A lo que debemos añadir el informe clínico realizado...que es concluyente al afirmar "Por la localización del cadáver bajo tendido y por los hallazgos macroscópicos encontrados en la inspección externa, podemos concluir que la muerte del Águila-azor Perdicera ha sido causada por descarga eléctrica, con una antigüedad del cadáver proseccionado de entre 2 y 4 días".** Y en la Sentencia posterior nº **258/2018 del TSJ-CLM**, de nuevo, se reitera la Sala en la necesidad de que el alegato de que la electrocución pudiera suceder en otro tendido tenga una mínima base para ser creíble. Así refiere la Sala: "*Por otro lado, carece de cualquier soporte mínimamente aceptable el alegato según el cual las aves pudieron electrocutarse en otra línea eléctrica y acabar muriendo al pie de la de ... (la empresa de distribución encausada). Ni por proximidad, ni por los efectos de una descarga eléctrica, es tal posibilidad mínimamente atendible como explicación alternativa de los hechos*".

En el mismo sentido, en la **Sentencia 146/2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete**, el Magistrado, en materia de prueba, refirió: "*En efecto, no se puede cuestionar, pues está debidamente acreditado por la denuncia efectuada y los resultados de las autopsias practicadas, el fallecimiento por electrocución de cuatro buitres leonados en el apoyo eléctrico con número 2982 grabado en color rojo o 43 grabado en negro, ubicado en el Paraje "Cabezo de San Pedro" en el Polígono 28 parcela 2 de Ossa de Montiel, línea eléctrica de la que es titular ... y que carecía de mecanismo alguno antielectrocución de*



las aves, y que de haberlos tenido, hubiese evitado el fallecimiento de las aves, siendo por tales hechos por los que debe responder la mercantil". Como vemos es una omisión culpable generadora de responsabilidad por el hecho de no haber evitado tales electrocuciones, y ninguna duda se le presenta al Magistrado para cuestionar los indicios y el resto de material probatorio aportado por la Administración. "*Clear as day*" diría un magistrado inglés; es decir, no es cuestionable cuando se evidencia claramente lo ocurrido con los indicios y pruebas aportados desde un punto de vista acorde con las reglas del criterio humano. Por tanto, nos encontramos ante *presunciones hominis*, o fuentes probatorias traídas al convencimiento y la formación de certezas desde el bagaje de la experiencia general ante lo que es el hecho de la electrocución, que se presenta como notorio frente a otras tesis exculpatorias planteadas de forma extravagante por el supuesto responsable. En este sentido, en materia sancionadora no es exigible que la prueba sea absolutamente carente de dudas en cuanto a lo ocurrido sino que se admite que la prueba consista en una exposición lógica, razonable y razonada de lo ocurrido basada en los hechos objetivos y los varios indicios de los que se parte, los cuales apuntan en una misma dirección, y debidamente conformada según las reglas de la lógica y del criterio humano. Tales evidencias debidamente ratificadas por un Agente de la Autoridad y acompañadas de un informe forense que concluya la electrocución del animal como causa de la muerte cierran el material probatorio con el que se sostiene y demuestra la clara y lógica relación de causalidad respecto de los hechos así probados que se imputan.

En línea con lo anterior, la **Sentencia 251/2018 del TSJ-CLM** expone el alegato de la operadora de

distribución eléctrica y la causa de su rechazo del modo que sigue: *"Dice el demandante que, del contenido del hallazgo, no puede inferirse que las lesiones se produjeron en la instalación eléctrica de (la empresa distribuidora encausada). Podría haberse electrocutado en cualquier otra instalación, y para eliminar responsabilidades de su titular, fueran trasladadas con posterioridad al lugar donde se encontraron, o bien que el traslado se haya realizado por los propios depredadores, pues el cadáver del águila perdicera cuando fue encontrada llevaba muerta 24 horas. El motivo decae. Se ha practicado en las actuaciones **prueba bastante, hábil para desvirtuar la presunción de inocencia del responsable.** Así consta en el expediente administrativo acta de denuncia y sendos informes posteriores emitidos por agentes medioambientales, cuya intervención fue casual como consecuencia del hallazgo, que lo ratificaron testificalmente sometiéndose a las preguntas que les plantearon las partes del que solo se puede concluir que la rapaz murió electrocutada (por descarga eléctrica) al posarse en el poste 0183. **Estaba a un metro de la base del apoyo, con las garras rígidas y sin presentar signos de haber sido predada, mordida, arrastrada, ensuciada o manipulada, en la posición lógica tras una caída desde el apoyo eléctrico.** Los datos que refleja la denuncia deben tenerse por ciertos ante la falta de prueba en contrario".* Es decir, el resultado probatorio es de tal claridad que no cabe una hipótesis diferente más favorable al acusado que sea plausible. Así pues, la prueba de indicios basada en hechos objetivos y no meras sospechas, impresiones o apariencias, relacionada por el Agente en su denuncia y acompañada de las fotografías pertinentes, así como del correspondiente informe forense aclaratorio y seguidas del razonamiento lógico-deductivo según las



reglas de la lógica y del criterio humano, constituyen prueba suficiente y razonable para desvirtuar la presunción de inocencia.

En cuanto a las obligaciones legalmente exigibles al operador, **la Sentencia del TSJ-CLM nº 251/2018** señala que ***“al amparo del artículo 112 de la Ley 9/1999 era responsable de la infracción, una vez considerado acreditado, como se verá, que la muerte del águila perdicera por electrocución se produjo como consecuencia de no haberse modificado el punto de apoyo, conforme a las exigencias indicadas e impuestas normativamente”***. En este sentido, la responsabilidad prevista en ese artículo se deduce como titular del tendido, el cual estando obligado a realizar una acción, omite su ejecución. Y más adelante la Sala concreta ***“pues, como indica la propia resolución sancionadora recurrida, viene obligado por art. 9 de la Ley 26/2007 a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes”***. Por tanto, el incumplimiento de los deberes de evitar la electrocución de avifauna, conforme a lo establecido en la misma, genera responsabilidad por omisión de un deber establecido legalmente. Así, conforme se dispone en el **artículo 19.2 de la LRM** ***“En todo caso, quedan obligados a la adopción de medidas de reparación los operadores que hubieran incumplido los deberes relativos a las medidas de prevención y de evitación de daños”***. En este precepto encontramos el elemento clave definitorio de la **responsabilidad subjetiva del cualquier operador** económico o profesional. El objeto de la Ley 26/2007 es, además de transponer a derecho interno la Directiva de Responsabilidad Medioambiental, desarrollar el mandato previsto en el artículo 45 de la Constitución Española. A este respecto, la primera frase

del Preámbulo de la Ley refiere dos deberes muy concretos en materia de medioambiente: la **obligación de utilizar racionalmente los recursos naturales y el deber de conservar** la naturaleza; estando obligados a reparar aquellos que **incumplan** estas obligaciones, sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que correspondan. Este **incumplimiento previo de una obligación o deber** determina que se genere la responsabilidad **subjctiva** del autor. Refiere también el preámbulo que la Ley pretende ser un instrumento de **prevención** eficaz de los daños medioambientales. Por tanto, partimos de un mandato previo o deber objetivo de cuidado y de un incumplimiento posterior que da lugar a la responsabilidad subjctiva por no haber cumplido una obligación de prevención y de conservación. Es decir, incumplido un deber de prevención y evitación de carácter legal y objetivo, deviene la responsabilidad de carácter subjctiva. Por tanto, las obligaciones de prevención y evitación no tienen naturaleza jurídica sancionadora, y tampoco la tendrán cuando deriven de la aplicación de un procedimiento sancionador ya sea tanto de forma provisional como de disposiciones cautelares precisas. En todo caso, puede la Administración optar por tramitar un procedimiento de responsabilidad medioambiental para imponer las medidas de reparación que deben adoptarse señalando la forma y plazos de ejecución o hacerlo en el seno de un procedimiento sancionador cuando se han incumplido los deberes preventivos y de evitación, pues el artículo 22.3 de la LRM⁷¹. Por otro lado, aunque la

⁷¹ *Artículo 22. Incumplimiento de las obligaciones de prevención, de evitación o de reparación del daño medioambiental*

1. La autoridad competente velará para que el operador adopte las medidas de prevención, de evitación o



LRM configure como una potestad de la Administración la actuación directa por ella en materia de prevención, evitación y reparación, ha de entenderse, conforme al artículo 45.2 CE, que es un deber de los poderes públicos velar por la utilización racional de los recursos naturales así como defender y restaurar el medioambiente, de modo que no puede considerarse una facultad lo que en el texto constitucional es un deber general de la Administración.

En materia de electrocuciones de avifauna, no resulta extraño que la propia **Ley 21/1992 de Industria**, refiera como decíamos desde hace casi tres décadas, en su **artículo 9**⁷² que es materia de seguridad industrial

de reparación de los daños medioambientales, así como para que observe las demás obligaciones establecidas en esta ley, en los términos en ella previstos. Para ello ejercerá las potestades que le atribuyen ésta y cualquier otra norma del ordenamiento jurídico.

2. En caso de incumplimiento total o parcial de los deberes de los operadores de llevar a cabo las medidas de prevención, de evitación o de reparación de los daños medioambientales, la autoridad competente dictará resolución motivada, de conformidad con lo establecido en el capítulo VI, requiriendo del operador su cumplimiento.

3. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador que corresponda como consecuencia del referido incumplimiento.

⁷² **Artículo 9. Objeto de la seguridad:**

1. La seguridad industrial tiene por objeto la prevención y limitación de riesgos, así como la protección *contra accidentes y siniestros capaces de producir **daños o perjuicios** a las personas, flora, **fauna**, bienes **o al medio ambiente**, derivados de la actividad industrial o de la utilización, funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones o equipos y de la producción, uso o*

la prevención y la limitación de riesgos capaces de producir daños a la fauna derivados de la actividad industrial o de la utilización, funcionamiento o mantenimiento de las instalaciones; obligando a que se lleven a cabo actividades de prevención y protección para limitar las causas que originen los riesgos así como a establecer controles para detectar esas circunstancias y mitigarlas; refiriendo en particular los riesgos de lesiones o daños relacionados con la fauna, susceptibles de producir quemaduras, incendios, y electrocución, entre otros. El precepto es demoledor en cuanto a claridad de las obligaciones en materia de seguridad industrial. Y su incumplimiento es tan flagrante como revela la cifra de 33.000 rapaces electrocutadas⁷³ cada año en España. El informe

consumo, almacenamiento o desecho de los productos industriales.

2. **Las actividades de prevención y protección tendrán como finalidad limitar las causas** que originen los riesgos, así como establecer los controles que permitan detectar o contribuir a evitar aquellas circunstancias que pudieran dar lugar a la aparición de riesgos y mitigar las consecuencias de posibles accidentes.

3. **Tendrán la consideración de riesgos relacionados con la seguridad industrial los que puedan producir lesiones o daños a personas, flora, fauna, bienes o al medio ambiente, y en particular los incendios, explosiones y otros hechos susceptibles de producir quemaduras, intoxicaciones, envenenamiento o asfixia, electrocución,** riesgos de contaminación producida por instalaciones industriales, perturbaciones electromagnéticas o acústicas y radiación, así como cualquier otro que pudiera preverse en la normativa internacional aplicable sobre seguridad.

⁷³

https://www.researchgate.net/profile/Francisco_Guil/publicat



elaborado por María Ángeles Soria y Francisco Guill Celada valora que el impacto económico por la pérdida de patrimonio natural y biodiversidad podría ascender a 5.000 millones de euros de acuerdo con la Metodología MORA⁷⁴ utilizada para el cálculo de daños ambientales. La noticia la da el diario El País⁷⁵ en fecha 11/01/2018 y se hace eco también del interés del Fiscal Coordinador de Urbanismo y Medioambiente por esta gravísima problemática que constituye la principal causa de muerte no natural de prácticamente una gran número de especies de rapaces.

Una de las cuestiones que hemos visto que podría hacer dudar a los aplicadores del derecho a la hora de considerar que concurre un eximente de responsabilidad, sería el hecho de que una actividad hubiera sido objeto expreso y específico de una **autorización** otorgada conforme a una legislación sectorial y sustantiva concreta, y cuyas instalaciones eléctricas fueran la causa directa de ese daño ambiental que es antijurídico para el medioambiente aunque no lo sea para tal norma sustantiva. Tal supuesto se prevé

[ion/318085758_Primer_a_aproximacion_general_al_impacto_provocado_por_la_electrocucion_de_aves_rapaces_incidencia_sobre_las_aves_e_impacto_economico_asociado/links/595bc3d4aca272f3c08882cb/Primera-aproximacion-general-al-impacto-provocado-por-la-electrocucion-de-aves-rapaces-incidencia-sobre-las-aves-e-impacto-economico-asociado.pdf?origin=publication_detail](http://www.mapama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/responsabilidad-mediambiental/modelo-de-oferta-de-responsabilidad-ambiental/)

⁷⁴ <http://www.mapama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/responsabilidad-mediambiental/modelo-de-oferta-de-responsabilidad-ambiental/>

⁷⁵

https://elpais.com/elpais/2018/01/08/ciencia/1515427373_789617.html

en el artículo 14.2 de la Ley 26/2007 para las actividades incluidas en el Anexo III de la misma pero referido precisa y específicamente para el vertido, emisión o hecho productor del daño ambiental concreto y no respecto del desarrollo de otras actividades; además de que sólo se excepciona en caso de que el hecho contaminante fuera inevitable, se hubiera autorizado expresamente y en un determinado grado o con unos límites de niveles impuestos; y, naturalmente, siempre que se hubieran cumplido estrictamente todos los condicionados de la autorización, estando entonces ante un supuesto de contaminación inevitable expresamente autorizado por la Administración ambiental y cuyo daño ambiental entraría dentro de lo tolerable y no sería antijurídico desde el punto de vista del derecho ambiental. Pero insistimos, no basta con que la actividad esté expresamente autorizada sino que debe ser expresamente autorizado el hecho contaminante o la emisión dañina, y corresponde al operador de las actividades del Anexo III probar que obró con la máxima diligencia. Por supuesto, ninguna instalación de distribución eléctrica cuenta con tal tipo de autorizaciones ambientales. Pero es más, incluso todo lo que no esté expresamente dentro de la normativa o de la autorización ambiental otorgada seguiría siendo generador de responsabilidad aunque no haya dolo, culpa o negligencia para las actividades del Anexo III. Hemos de significar que este concreto supuesto de inexistencia de responsabilidad por autorización de hechos contaminantes de las actividades del Anexo III no es una exigencia de la Directiva de Responsabilidad Medioambiental, que prevé su excepción por parte de algún Estado miembro. Así, éste ha sido el caso de regulación específica por parte del legislador español. La cuestión es de suma importancia porque podría suponer vaciar de golpe el sistema de responsabilidad objetiva impuesto en la



Directiva dando lugar a crear distorsiones en el mercado de competencia interior en la Unión Europea y prácticas de *dumping* empresarial por inexigencia de hacer frente a esos costes ambientales. En este sentido, la opción del legislador español ha supuesto un paso atrás en nuestro derecho cuando se trata de las actividades del Anexo III de la Ley, donde venía siendo tradicional una reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo que refiere que aun cuando se cumpla con una autorización administrativa de forma estricta con todos sus condicionados ello no excluye la responsabilidad civil por los daños causados, siempre y cuando se acredite la concurrencia de los requisitos de dolo, culpa o negligencia; es decir, una acción u omisión culposa o negligente. Lo que el Tribunal Supremo viene y ha venido defendiendo hasta la fecha es que **los daños son antijurídicos a pesar de la licitud de la conducta, si bien existe responsabilidad cuando se prueba el dolo, la culpa o la negligencia del operador**. Por tanto, el Tribunal Supremo acoge la tesis de que un acto lícito puede ser generador de responsabilidad culposa en aplicación de la "*teoría del riesgo*"; es decir, porque la actividad es peligrosa en sí misma y aunque se haya procedido lícitamente. En estos casos, la **diligencia** a emplear no sólo se refiere a las circunstancias de persona, tiempo y lugar sino también a la circunstancia especial de que realiza una **actividad profesional** que exige un nivel superior o de diligencia máxima a la hora de conocer los efectos dañosos de la actividad y de emplear las Mejores Tecnologías Disponibles (MTD) y los mejores conocimientos científicos para minimizar tales riesgos. Esta previsión viene expresamente incorporada en el Real Decreto Legislativo 1/2016 que aprueba la Ley de Prevención y Control Integrado de la Contaminación (LPCIC); la cual regula las actividades industriales más contaminantes. Y es incluso el límite

para establecer la responsabilidad patrimonial de la Administración en el **artículo 140.1 de la Ley 40/2015** de Régimen Jurídico del Sector Público, en el que se establece que: *“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según **el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos**”*. Pero para que resulte aplicable la exención de responsabilidad debe probar que era absolutamente imposible averiguar que la actividad podía ser dañosa; pero entra en contradicción con el principio ambiental de precaución respecto de los riesgos desconocidos que se contempla en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por lo que supone que la sociedad asuma los costes ambientales en su conjunto, en lugar de asumirlos los operadores económicos y profesionales conforme al principio **quien contamina paga**; puesto que la prevalencia de los intereses ambientales de la sociedad respecto de los costes para los operadores no se acoge con el citado principio.

Puesto que el sector de **transporte y distribución eléctrica** no se rige por la Ley de Prevención y Control Integrado de la Contaminación (LPCIC, o Ley IPPC) ni está incluido en el Anexo III de la Ley de Responsabilidad Medioambiental, el régimen de responsabilidad al que se sujeta es, claramente, de **carácter subjetivo**. Entonces ¿cuáles son las medidas de prevención y de evitación de nuevos daños que el operador económico y profesional de cualquier actividad económica o profesional debe cumplir para que no se le considere responsable? Conforme se establece en el artículo 17.3 de la LRM, para la determinación de tales medidas se tendrán en cuenta, en la medida de lo posible, los criterios establecidos en



el **Punto 1.3 del Anexo II**; sin perjuicio de las medidas adicionales de protección de carácter preventivo que puedan establecer las Comunidades Autónomas. Por tanto, los criterios del Punto 1.3 no sólo sirven para determinar cuáles han de ser las medidas reparadoras a aplicar sino **también para dilucidar cuáles han de ser las medidas preventivas y de evitación de nuevos daños**. En este sentido, se fija un criterio de razonabilidad de la medida utilizando las MTD, la probabilidad de éxito de la medida o su eficacia para el fin que se pretende, el grado en que beneficiará al recurso natural y servirá para reparar el perjuicio causado, la vinculación geográfica con el lugar y el coste de la medida. Estos criterios se relacionan con el hecho evitable de la electrocución de avifauna protegida.

Es un hecho conocido desde hace décadas que determinadas tipologías constructivas de las crucetas que sujetan los cables eléctricos son muy proclives a que se dé el hecho dañoso de la electrocución de aves rapaces. Tres importantes empresas del sector eléctrico, conscientes de la problemática con la avifauna, publicaron un documento elaborado en 1995 ("**Análisis de Impactos de líneas eléctricas sobre la avifauna de espacios naturales protegidos**"; disponible en internet en http://www.atclave.es/publicaciones/descargas/inv_conservacion/75_PIE_Presentacion.pdf) exponiendo la misma. Tales estudios dejaron de hacerse por las empresas del sector eléctrico a partir de ese documento o, si se hicieron estudios posteriores, los mismos no se hicieron públicos o no se les dio la publicidad que sería deseable para su público conocimiento. De modo que las propias empresas del sector han sido desde siempre conecedoras de la problemática de las electrocuciones de avifauna amenazada. Tampoco es un hecho ajeno a

la Administración que, conocedora de las mismas, desde los años novena⁷⁶ comenzó a aprobar diversa normativa autonómica tratando de mitigar al menos parcialmente la gravísima incidencia de las electrocuciones; si bien con resultados muy diversos y siempre respecto de nuevos tendidos o modificaciones en los antiguos. Por tanto, tanto para operadores como para las Administraciones se trata de sucesos previsibles y fácilmente evitables. No estamos, por tanto, frente a un caso fortuito (hecho imprevisible) o un caso de fuerza mayor (hecho extraordinario e irresistible). Por otro lado, si tomamos como referencia que **cada año se electrocutan en nuestro país más de 33.000 rapaces**⁷⁷, resulta imposible pensar que no se trate de un peligro conocido que las empresas del sector no han afrontado como debían evitando estos reiterados sucesos. Por ello, en ningún caso, parece que se haya cumplido con su deber preventivo o de evitación inserto en la Ley 26/2007 ni en el **artículo 9 de la propia Ley 21/1992, de Industria**; habiendo transcurrido ya 26 años de incumplimientos al mismo.

⁷⁶ Normas aprobadas por las CCAA: De un modo esquemático pueden consultarse en el siguiente enlace web: https://www.mapama.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-especies/proteccionavifauna_v9_tcm30-478919.pdf

⁷⁷ Primera aproximación general al impacto provocado por la electrocución de aves rapaces: incidencia sobre las aves e impacto económico asociado; Soria y Guill, descargable en internet en la siguiente dirección web: <http://7cfe.congresoforestal.es/sites/default/files/actas/7cfe01-360.pdf>



En otro orden de cosas, el artículo 28.1⁷⁸ de la Ley 40/2015 habla sólo de "**dolo o culpa**" como requisitos de la culpabilidad; eliminándose con respecto a la legislación anteriormente vigente el concepto de "*simple negligencia*" que daba pie a amparar la responsabilidad subjetiva en multitud de supuestos. En nuestra opinión, la negligencia simple, u otra negligencia de mayor reprochabilidad, está incluida también en el concepto de culpa. Sin embargo, en el ámbito de la legislación medioambiental, la Ley 26/2007 maneja en todo momento los tres conceptos jurídicos juntos: dolo, culpa o negligencia.

13. EL DERECHO SANCIONADOR COMO INSTRUMENTO PARA REPRENDER LAS CONDUCTAS INFRACTORAS Y EL NIVEL DE DILIGENCIA EXIGIBLE.

En materia de responsabilidad subjetiva, cabe hacer una **diferenciación entre operadores de distribución eléctrica, otros operadores económicos y profesionales, y simples particulares. A este respecto pueden diferenciarse tres niveles de diligencia en función de los criterios jurídicos que viene manejando la jurisprudencia en cuanto a responsabilidad civil y**

⁷⁸ *Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.*

administrativa se refiere. En primer lugar, **a un operador económico y profesional especializado en un sector como es la distribución eléctrica se le debe exigir el máximo nivel de diligencia posible, dado que lleva a cabo una actividad profesional.** Ello es así porque debe conocer su sector de actividad con un grado de especialización máximo. Por ejemplo, el titular de un coto de caza tendrá que ejercer su actividad con un **nivel de diligencia máxima** cuando se trate de actos y omisiones derivados de su actividad cinegética (Sentencia nº 331/2007 Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Albacete en Recurso 412/2006).

Respecto **de simples operadores económicos y profesionales** (las mercantiles y los autónomos, por decirlo claramente), el nivel de diligencia exigible es el del "*ordenado empresario*", que no es tan intenso como el nivel de la diligencia máxima. Así, por ejemplo, a una empresa agrícola que puede ser titular de un tendido y que lo utiliza para sus riegos agrícolas podría exigírsele responsabilidad también pero por mera proporcionalidad, previamente, se requeriría una notificación de la electrocución a los efectos de que llevara a cabo la modificación del tendido en un plazo razonable pero breve.

El tercer caso, es el del **ciudadano particular** al que le es exigible únicamente el nivel de diligencia del "*buen padre de familia*"; es decir, el del mero sentido común que es exigible al ciudadano medio. Por tanto, la obligación de éste de conocer que el tendido es peligroso y electrocuta avifauna sería desproporcionado. Por ello, parece razonable que se requiera notificación previa de la peligrosidad del tendido antes de abrir un expediente sancionador por



omitir su deber objetivo de cuidado respecto de la avifauna.

No obstante, en los tres casos es indiferente que se esté en mallas o zonas de protección porque el 17.1 de la Ley 26/2007 sólo requiere de la existencia de un peligro inminente o la evitación de un nuevo daño ambiental. Sin embargo, la sanción a aplicar para el caso del ciudadano particular sería únicamente la de protección de la naturaleza de su correspondiente Comunidad Autónoma. En el caso de operadores económicos y profesionales, tanto la Ley autonómica como la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental permiten aplicar las sanciones correspondientes por incumplimiento de sus deberes para con el medioambiente.

Respecto del nivel de **diligencia exigible al "ordenado empresario"** se da la circunstancia de que la Dirección General de Industria de Castilla-La Mancha, con la legislación que estuvo vigente en su momento, no dispuso estas décadas pasadas de un registro de forma informatizada de los titulares de las líneas, recibéndolo así del antiguo Ministerio de Industria; por lo que sólo en papel existen una infinidad de expedientes de difícil manejo. Por ello, la Dirección General de Industria podría no haber podido contactar con algunos titulares de tendidos. Quizás ello sea una explicación del por qué la propia Resolución de 17/12/2009 refiere que el Anexo comprende la información que suministran las empresas distribuidoras de electricidad y no se hable ni mencione siquiera a tendidos de mercantiles y otros particulares. Pero tampoco consta que una mercantil haya efectuado ningún contacto con Industria al efecto de señalar que el tendido de su propiedad resultaba ser uno de los afectados por la obligación de modificar o

modernizar el tendido implantando alguno de los modelos del Anexo del Real Decreto 1432/2008. Hemos de tener en cuenta que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento; tal y como se establece en el artículo 6.1 del Código Civil. Por otro lado, en cuanto a la diligencia de los empresarios debemos apartarnos del modelo civil del buen padre de familia consagrado en el artículo 1124 CC. El buen padre de familia es aquel que actúa en su ámbito particular, fuera del ámbito profesional y empresarial. Por lo tanto, no podrá exigirse una diligencia imposible para un hombre normal o medio, es decir, conocimientos profesionales o técnicos. Hay que matizar, que se tratará del hombre cuidadoso medio; cuya diligencia exigible sería la propia de esta condición, sin más exigencia que la graduación o intensidad que la de un hombre razonable común en el ámbito de su familia o en asuntos normales. Sin embargo, el estándar de diligencia exigible al empresario, conforme al derecho mercantil, es el del ordenado empresario, ya que tiene una condición cualificada por el mero hecho del desempeño de su actividad con carácter profesional. El propio artículo 1104 CC pone de manifiesto la necesidad de distinguir entre la diligencia del deudor normal y del deudor profesional o empresario, al igual que entre dos tipos de culpa, una de carácter normal y otra de carácter profesional o empresarial. Por tanto, todos los empresarios, para no ser negligentes, deberán prestar la diligencia de un ordenado empresario, atendiendo a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar; debiendo llevar a cabo, desde un punto de vista subjetivo, el esfuerzo, dedicación, interés y atención requerido, en relación con un esquema, guía, o propuesta de conducta para con la actividad debida en materia de medioambiente. Así pues, la publicación en el Boletín Oficial del Estado, siendo como es titular de una línea de alta tensión no



debe pasarle desapercibida al empresario y al profesional. Además, antes de dicho Real Decreto se aprueba la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental, que obliga con carácter general a que cualquier operador económico y profesional lleve a cabo todas aquellas actuaciones de prevención de riesgos de daños ambientales. El artículo 17.1 de la Ley 26/2007 refiere que *“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”*. De modo que transcurridos muchos años desde la aprobación del RD 1432/2008 y desde la aprobación de la Ley 26/2007, que viene a establecer el deber general específico de las obligaciones de los operadores económicos para con el medioambiente en particular, e incluso notificado el hecho ya constatado de alguna electrocución, la omisión de acciones para reformar el tendido eléctrico debe traducirse en la práctica en la imposición de una sanción.

14. LEY APLICABLE EN MATERIA DE ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA.

Una precisión importante que contiene la LRM en su artículo 36.2 es que si un mismo hecho fuera constitutivo de dos o más infracciones se tomará en consideración únicamente aquella que comporte mayor sanción. No refiere nada, en materia sancionadora, respecto del concurso de leyes por unos mismos hechos infractores. Sin embargo, en la Ley 9/1999 de Conservación de la Naturaleza de Castilla-La Mancha en

su artículo 115.2 explícitamente se menciona que debe tramitarse por aquella Ley que conlleve la sanción más alta. En cuanto a la prevención, evitación de nuevos daños ambientales y la reparación, sí que el artículo 6.3 de la Ley 26/2007 expone que *“Si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en esta ley”*. Pero el precepto sólo es aplicable respecto de las medidas a llevar a cabo; no en cuanto a la obligación de tramitar el correspondiente expediente sancionador, tal y como se apunta en el artículo 22.3 de la Ley 26/2007.

15. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS SANCIONES A EMPRESAS DISTRIBUIDORAS ELÉCTRICAS.

Conforme se establece en el artículo 29.2 de la Ley 40/2015 RJSP: ***“El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”***. Como podrá imaginarse, la cuantía de la inversión a realizar para cumplir con los deberes de prevención y evitación de nuevos daños ambientales constituye uno de los frenos por las que las empresas de distribución eléctrica no han acometido las inversiones necesarias para poner solución a esta gravísima problemática de la electrocución de avifauna protegida. Si bien en el derecho sancionador la Administración, siempre viene obligada a autolimitarse en la cuantía de las sanciones a imponer por razones de proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la



infracción y su gravedad, (relacionándolo también con la existencia de otros agravantes como la intencionalidad, la reincidencia, la naturaleza de los perjuicios causados y la continuidad o persistencia de los mismos), cuando se trata de una empresa distribuidora eléctrica gana relevancia en la cuantificación de la sanción el factor de la cuantía económica de la necesaria inversión para modificar el tendido eléctrico. Descendiendo al terreno de lo práctico, si la modificación de un tendido de, por ejemplo 500 postes o apoyos eléctricos, requiere de una inversión aproximada de 1 millón de euros, naturalmente la empresa distribuidora se verá menos motivada a efectuar la modificación de esos 500 apoyos si la cuantía de la sanción a que tuviera que hacer frente en un supuesto de electrocución fuese lejana a esa cifra en términos económicos. Es decir, si la posible multa pudieran ser 500 €, comparativamente con la inversión de 1 millón de euros, es bastante probable que la empresa decida asumir el riesgo de la sanción y no se sienta estimulada a acometer una reforma con ese alto coste de inversión. Sin embargo, si las sanciones a las que se arriesga la empresa distribuidora pueden alcanzar los 2 millones de euros, cuantía máxima cuando se trata de especies en peligro de extinción (tal y como se establecen como cuantía máxima en la LRM, en la Ley 9/1999 y en la Ley 42/2007), naturalmente integrar esas multas en sus costes de producción es mucho más costoso. Lo penoso para el medioambiente de este asunto, es que la frecuencia de electrocuciones de especies de esta categoría es muchísimo menor por una simple cuestión que no es otra que el bajo número de aves rapaces con la categoría de en peligro de extinción; precisa y principalmente, como consecuencia de los tendidos eléctricos para muchas especies. Con ello queremos exponer que la aplicación del principio de

proporcionalidad a la baja, cuando se trata de electrocuciones de otras especies con inferior categoría de amenaza por parte de empresas distribuidoras eléctricas, no resulta de gran estímulo cuando prima claramente el ánimo de ahorrarse esas inversiones frente a sus obligaciones para con el medioambiente. De modo que el principio inserto en el artículo 29.2 de la Ley 40/2015 RJSP que hemos referido, es una herramienta jurídica seria que debiera tenerse muy en cuenta a la hora de sopesar la proporcionalidad en estas circunstancias. Por otro lado, la suspensión de actividades, como sanciones accesorias más contundentes y eficaces, no resulta muy viable ante las empresas distribuidoras salvo que se pudiera ceñir dicha suspensión a concretos y limitados territorios y a la viabilidad de poder usarse grupos electrógenos de gran potencia tipo trailer; y teniendo en cuenta siempre que la distribución eléctrica es una actividad de interés general. En este sentido, no resulta muy viable suspender una actividad de distribución a una compañía de distribución eléctrica salvo que cupiera la posibilidad de atender sus obligaciones de suministro con algún método alternativo como se ha apuntado. Para otros operadores que no son empresas distribuidoras, la cuestión sería bien distinta teniendo en cuenta que puede obtenerse la energía a pie de instalación y dejarse el tendido eléctrico sin corriente; y, por tanto, sin peligro para la avifauna.

16. LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE SANCIONES POR ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA PROTEGIDA: LAS SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ALBACETE Y DEL



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA.

Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo nº 1 y nº 2 de Albacete dictaron las dos primeras Sentencias confirmando las sanciones e indemnizaciones impuestas en dos casos de electrocuciones contra una operadora de distribución eléctrica de ámbito nacional. Ambas Sentencias siguen una misma línea argumental basada en la posibilidad material de que la empresa distribuidora **habría podido acometer la reforma de los tendidos con sus propios medios económicos**. Y ambos Juzgados consideran probados los hechos de electrocución debatidos, sin entrar en mayor análisis a la vista de los informes, pruebas y argumentos expuestos por la Administración.

Uno de los argumentos que utilizan los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Albacete es **la ausencia de proyecto presentado por parte de la empresa de distribución eléctrica para llevar a cabo la reforma del tendido donde se produjeron las electrocuciones**; dado que es el presupuesto previo para poder obtener la financiación. El Juzgado nº 2, en la **Sentencia nº 146/2017**, de 26 de junio, refiere que **la obligación de presentar el proyecto de reforma es una "exigencia legal independiente de la disponibilidad de financiación pública para acometer las actuaciones que necesariamente se deberían haber proyectado"**. De manera que para el Juzgado queda meridianamente claro que tal obligación es legalmente exigible y no está vinculada a la existencia de financiación. Haciendo una escueta mención del Real Decreto 264/2017, el Juzgado trae a colación una de las pocas referencias que la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico hace respecto del

medioambiente cuando señala que las actividades que la misma regula *"deben compatibilizarse con la protección del medioambiente"*. Así, también se remite a la exposición de motivos del Real Decreto 1432/2008 para reflejar que ***"la ausencia de financiación pública no ha sido obstáculo para que los titulares de líneas eléctricas hayan venido realizando numerosas actuaciones de corrección de líneas eléctricas existentes a la entrada en vigor del Decreto de 2008, especialmente cuando la empresa recurrente no justifica que la inversión que debiera de haber llevado a cabo en la línea eléctrica para evitar la electrocución de los buitres fallecidos le hubiese podido suponer un trastorno económico de una entidad suficiente como para supeditar la adopción de tales medidas de protección a la habilitación de una vía de financiación pública con la que poder hacer frente a las mismas"***. Hemos de referir que la mercantil de distribución eléctrica argumentaba insistentemente en sus alegaciones durante el procedimiento sancionador, y también ante el Juzgado, que la ausencia de financiación total pública que se menciona en la Disposición Adicional Única y en el punto 2 de la Disposición Transitoria Única justificaba su omisión, así como que convertía en responsable de las electrocuciones a la propia Administración, que no había dispuesto el dinero para acometer las inversiones para modificar los tendidos no adaptados. Pues bien, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Albacete le contesta que ***"no es posible derivar en la Administración el incumplimiento de las obligaciones que para la protección de la avifauna de determinadas zonas le vienen impuestas al titular de la línea eléctrica, y siendo dicha inobservancia cuando menos negligente, lo que da lugar al nacimiento de la obligación de reparar el daño ocasionado por el fallecimiento de las aves"***.



En otro sentido, el Juzgado nº 2, siguiendo la jurisprudencia de su Tribunal Superior, aborda la cuestión de la **obligatoriedad del abono de las indemnizaciones, como responsabilidad "civil" al margen de que exista o no infracción y de que la misma haya prescrito o no**. Para ello trae a colación la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de 20 de marzo de 2013 (Id. CENDOJ: 02003330022013100304). Es decir, la obligación de reponer las cosas (restauración o indemnización) es una cuestión independiente, sin carácter sancionador, sin que se ligue a la comisión de una infracción o a que concurra o no culpabilidad siendo una **"obligación que deriva en sí misma del acto de alteración o modificación del estado de las cosas", "con independencia de que su conducta reúna o no la totalidad de las circunstancias objetivas o subjetivas que son necesarias para su calificación como infracción administrativa y su sanción como tal"** y que aunque la obligación de reponer suele ser una medida complementaria impuesta a un infractor, ello no quiere decir que tenga naturaleza sancionadora; sin que el hecho de que la infracción haya prescrito suponga impedimento para que se imponga la medida de restauración y, por tanto, el abono de los importes indemnizatorios por la muerte de las aves. Cabe destacar, también, que el titular del Juzgado hace suyos los argumentos jurídicos que se contienen en la Resolución de la Dirección Provincial de Albacete; y termina refiriendo que no es posible trasladar a la Administración la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de modificación del tendido por parte de la recurrente titular de la línea eléctrica en la que se produjo la electrocución de cuatro buitres leonados.

En cuanto a los **argumentos de la empresa de distribución eléctrica respecto de la aplicación de la norma con carácter retroactivo**, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete, expone que el Real Decreto 1432/2008 se refiere también a las líneas eléctricas existentes a su entrada en vigor en zonas de protección de avifauna, siendo una norma para adaptar las líneas a las prescripciones técnicas establecidas en el mismo; teniendo la mercantil que haber *"presentado el proyecto al que venía obligada legalmente, siendo este presupuesto forzoso y previo para obtener la financiación en la que la mercantil basa su argumentación. En definitiva, no procede atribuir a la Administración la responsabilidad por la ausencia de financiación, tal como arguye la expedientada, cuando ésta no ha presentado el proyecto exigido por la normativa reguladora"*. También expone la Sentencia, que *"sin ignorar la sin duda desmesurada reglamentación que incide en las actividades productivas o de comercio de distinta procedencia, rango y ámbito de aplicación, no puede resultar admisible pretender la exención de responsabilidad en una materia tan sensible como la protección del medioambiente con argumentos como los aquí expuestos"*. Y a continuación arguye el Juzgado que *"no puede excluirse la concurrencia de culpabilidad invocando el cumplimiento de los controles establecidos por una determinada Administración y para unos determinados extremos, pues ello supondría dejar al arbitrio de los particulares la normativa que les debe resultar de aplicación, excluyendo aquella cuyo cumplimiento les resulta gravoso o incómodo o bajo el pretexto de falta de controles administrativos que se consideran adecuados"*. Lo que está diciendo el Juzgado es que **el cumplimiento de la legislación de industria y del sector eléctrico no puede invocarse**



como argumento para eximirse de responsabilidad en materia de medioambiente.

La Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del **Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dicta Sentencia nº 350 de 15/11/2017** (Recurso nº 421/2016- Id. Cendoj: 02003330022017100817 y notificada a la JCCM el 05/01/2018) confirma la Resolución del Consejero de Medioambiente por la que se sanciona a una empresa de distribución eléctrica por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 108.6 de la Ley 9/1999 de Conservación de la Naturaleza por el deterioro de una hembra de Águila Imperial Ibérica⁷⁹ que sufre una electrocución en un tendido eléctrico de su propiedad situado en La Herrera (Albacete); siendo Ponente el Magistrado D. Constantino Merino González. Entre los fundamentos jurídicos que avala la Sala, se señala la responsabilidad que se deduce del artículo 112.1 de la Ley 9/1999 por ser la empresa distribuidora titular de una actividad que omite una acción de corrección de un tendido que tiene como consecuencia el deterioro del Águila Imperial Ibérica; así como **el deber, como operador económico y profesional, de adoptar las medidas de prevención, evitación y reparación de daños ambientales, y a asumir sus costes, tal y como se establece en el artículo 9 de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental.** Aunque la Sentencia no hace referencia al artículo 17 de esta Ley, se deduce que el mismo también sería objeto de respaldo por la Sala, a la vista de los argumentos que expone a lo largo de la

⁷⁹ El animal sobrevivió aunque quedó irrecuperable para su reintroducción en su entorno natural porque las lesiones le impiden volar. Se le puso el nombre de Remedios.

misma. Entre los argumentos de la distribuidora, se alegaba falta de tipicidad, ausencia de la financiación total por parte del Ministerio de Medioambiente prevista en la Disposición Adicional Única y apartado segundo de la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 1432/2008, la inexigibilidad de exigir los costes de modificación del tendido eléctrico con base en el artículo 14.2 LRM, la responsabilidad patrimonial prevista en el artículo 5 de la Ley 9/1999⁸⁰, la atribución de responsabilidad a la propia Administración por ausencia de financiación estatal, ausencia de dolo, culpa y negligencia, y atribución de efectos retroactivos al RD 1432/2008. Conforme a éste, los titulares de tendidos eléctricos existentes cuya tipología constructiva no se adecuase a una prescripciones mínimas descritas en el mismo capaces de evitar la electrocución de avifauna, debían presentar un proyecto para la modificación del tendido una vez estuvieran determinadas las zonas de protección de avifauna por las CCAA y publicado un listado de tendidos peligrosos por la misma; disponiendo a partir de ahí de un año de plazo para su presentación, y debiendo ejecutarse el proyecto una vez se dispusiera por el Ministerio de Medioambiente la financiación total de esas correcciones. Considera la Sala que la empresa de distribución eléctrica **venía inequívocamente obligada a presentar un proyecto de corrección de la línea eléctrica**, como presupuesto previo para obtener la financiación, e **incurriendo en una omisión negligente por no hacerlo, siendo concedora de la peligrosidad de la línea para la**

⁸⁰ *Las limitaciones que se establezcan por aplicación de la presente Ley y que resulten incompatibles con usos conformes al ordenamiento jurídico serán indemnizadas de acuerdo con la legislación que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración.*



avifauna y dando lugar a que se produjera la electrocución por no haberse llevado a cabo la modificación del apoyo eléctrico causante. **Nótese la importancia de lo reseñado por la Sala en su propia literalidad, porque lo que se reprocha a la empresa distribuidora es no haber procedido a la modificación del apoyo eléctrico causante de la electrocución, y no simplemente la presentación de un proyecto de modificación del tendido**, ya que, consecuentemente, con posterioridad debía ejecutarlo para evitar la electrocución de avifauna. Esto dice: *"no presentó los proyectos correspondientes (disponía del plazo de un año), incurrió en la omisión negligente de una obligación prevista en la ley, por lo que al amparo del artículo 112 de la ley 9/1999, era responsable de la infracción, una vez considerado acreditado, como se verá, que **el deterioro del águila imperial se produjo como consecuencia de no haberse modificado el punto de apoyo**, conforme a las exigencias indicadas e impuestas normativamente. **Poca duda pueda haber de que tenía conocimiento del riesgo que la línea suponía a partir de la comunicación de esa resolución de 28/08/2009**".* Respecto de la firme posición de la empresa de distribución eléctrica escudándose del cumplimiento de sus obligaciones y condicionándolo a la existencia de financiación pública, la Sala refiere que **tal financiación, anunciada en el RD, es una finalidad programática no equiparable a la obligación que se impone a los titulares de los tendidos de presentar proyecto y ejecutarlo**. En todo caso, refiere la Sala que lo que va a depender de la ejecución es la ejecución del proyecto. Y continúa exponiendo que ***"No habiéndose presentado oportunamente el proyecto ni siquiera puede entrar a valorarse el alcance y la forma que podía hacerse efectiva esa financiación programada ni tampoco un eventual***

*incumplimiento y el alcance del mismo a efectos de excluir la responsabilidad de la operadora y trasladarla a la administración” y no siendo aplicable el artículo 59 de la Ley 24/2013 porque no se trata de variar un trazado sino de modificar la parte superior del apoyo. En cuanto a la valoración del Águila Imperial Ibérica, en aplicación de lo previsto en el artículo 118 y 119 de la citada ley 9/1999, de conformidad con el Decreto 67/2008 de CLM refiere la Sala “que, no habiéndose cuestionado (el agente en su declaración vino a aceptarlo) que **el águila puede ser utilizado con fines reproductivos**, entendemos que el hecho de que no se haya producido su fallecimiento y pueda tener esa potencial utilidad, justifica que se rebaje el importe de la valoración fijada en el decreto. Debemos, no obstante, precisar que lo que resulta relevante, según la propia regulación del decreto, es la afectación al estado de conservación que tuviera la especie y su capacidad de recuperación natural, aspectos éstos que han resultado afectados de forma palmaria con el daño o deterioro sufrido en el animal” de manera que considera “conforme con el principio de proporcionalidad, por las circunstancias concurrentes descritas, **reducir en un tercio el valor fijado en la resolución sancionadora de modo que establecemos como valoración de la misma la cantidad de 42.920 euros**”. A este respecto, la indemnización impuesta en la resolución sancionadora fijaba un importe de 64.380 € que ha sido finalmente rebajado.*

El Día Mundial del Medioambiente, el 05/06/2018, el **Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha** notifica a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la **Sentencia nº 250/2018** de 11 de mayo (Id. Cendoj: 02003330022018100342) con la que desestima el recurso (nº 439/2016) de la empresa de



distribución eléctrica por la sanción de 100.001 € más el abono del importe indemnizatorio de 65.100 € y medida de modificación del tendido impuesta por la electrocución con resultado de muerte de un ejemplar de **Águila Perdicera** (en peligro de extinción en el Catálogo Regional de Especies Amenazadas de Castilla-La Mancha) en **Letur** (Albacete) en un tendido eléctrico situado en Zona de Especial Protección de Aves (**ZEPA**) y, por ello, en Red Natura 2000; siendo ponente el Magistrado D. Miguel Ángel Pérez Yuste. En este procedimiento se admitió la personación de la Sociedad Albacetense de Ornitología, dado que la Resolución recurrida incorporaba una medida complementaria de modificación del tendido para adaptarlo a alguno de los modelos de evitación del riesgo de electrocución previstos en el Anexo del Real Decreto 1432/2008. Entre los **argumentos alegados por la operadora eléctrica se exponía que ante la ausencia de un Plan de Inversiones** del Estado con habilitación de mecanismos presupuestarios que ha supuesto el incumplimiento de la Disposición Adicional Única del RD 1432/2008 y con un plazo de ejecución de dos años que no ha comenzado a correr todavía no se la puede hacer responsable por ausencia de culpabilidad y porque no se han habilitado tales presupuestos. También **se alegaba por la empresa que su obligación es presentar un Proyecto de adaptación**, no de ejecución, ya que ésta depende de las disponibilidades financieras del Plan de Inversiones establecido en la DA Única, que establece un plazo de 5 años para que el Gobierno apruebe la financiación, siendo el plazo de ejecución de 2 años desde la aprobación de la financiación correspondiente. A este respecto, la Sala expone que *"De lo anterior podemos concluir que **es cierto que la línea eléctrica donde se produjo la electrocución del águila perdicera era anterior al RD 1432/2008, y que se puso con***

arreglo a las prescripciones técnicas exigibles en ese momento. También que dichas condiciones técnicas se modificaron, siendo más exigentes para instalaciones posteriores a este nuevo marco normativo; pero no es menos cierto que el nuevo marco normativo se aplicaba también a las instalaciones o líneas anteriores, para lo cual se previó un periodo transitorio de adaptación; y durante este periodo transitorio **se imponía al titular de la línea una obligación clara**, detallada en la DT antes transcrita y en la Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de 17/12/2009. **Y esta obligación no fue cumplida**". A este respecto, la Sala trae a colación su propia Sentencia (350/2017) anterior de 15/11/2017 sobre sanción por electrocución para repetir que "no presentó los proyectos correspondientes (disponía del plazo de un año), incurrió en la omisión negligente de una obligación prevista en la ley, por lo que al amparo del artículo 112 de la ley 9/1999, era responsable de la infracción, una vez considerado acreditado, como se verá, que **el deterioro del águila imperial se produjo como consecuencia de no haberse modificado el punto de apoyo, conforme a las exigencias indicadas e impuestas normativamente**. Poca duda pueda haber de que **tenía conocimiento del riesgo que la línea suponía a partir de la comunicación de esa resolución de 28/08/2009**". Y expone, con ciertamente menos claridad, que "Al producirse la muerte del águila con posterioridad al transcurso del periodo de transitorio, constatado la no presentación del Proyecto en los términos exigidos, a la empresa eléctrica le es imputable por este motivo la muerte del ave" y añadiendo "**sin que haya aplicación retroactiva de (la) norma sancionadora**". También se alegaba por la empresa distribuidora que el suministro de energía eléctrica es de interés económico general; que el único



medio para evitar expedientes sancionadores es el soterramiento de las líneas, previa exigencia de la Administración y financiación por ésta a su cargo; así como que el tendido eléctrico disponía de todos los permisos y autorizaciones exigidos en la normativa de aplicación. Sin embargo, la Sala rechaza este último argumento por considerar que la infracción que se considera cometida es la prevista en el artículo 108.6 de la Ley 9/1999. Si bien no lo expresa claramente la Sala, se deduce que el fundamento jurídico es que se ha incumplido la legislación medioambiental por tratarse de la muerte de una especie en peligro de extinción y en una ZEPA.

Otra vez la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del **Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dicta Sentencia nº 251 de 14/05/2018** (Recurso nº 440/2016- Id. Cendoj: 02003330022018100313) en contra de los intereses de la empresa de distribución eléctrica y confirmando la legalidad de la Resolución del Consejero de Medioambiente por la que se sanciona a la mercantil por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 108.6 de la Ley 9/1999 de Conservación de la Naturaleza por la muerte de un Águila Perdicera (en peligro de extinción) en un tendido eléctrico situado en el paraje de La Coscoja, en La Roda (Albacete) por la que se impuso una sanción por importe de 100.001 euros así como la obligación de abonar una indemnización por importe de 64.860 €; siendo ponente de la Sentencia el Magistrado D. Jesús Martínez-Escribano Gómez. En este procedimiento también fue admitida la personación de la Sociedad Albacetense de Ornitología puesto que, aunque nada se dice expresamente en la Sentencia, la Resolución sancionadora impuso la modificación del tendido eléctrico. Así, de nuevo la Sala hace referencia al

artículo 9 de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental que señala que la **obligación de los operadores económicos y profesionales de "adoptar y ejecutar las medidas de prevención, de evitación y reparación de daños medioambientales y a asumir sus costes"** que se pone en relación con el artículo 112.1 de la Ley 9/1999 por la omisión de una obligación que ha resultado incumplida prevista en el Real Decreto 1432/2008, y habiendo ocurrido el suceso en una zona (malla c⁸¹) de protección de avifauna frente al riesgo de electrocución. Cabe destacar de esta Sentencia que se califica de **"mero presupuesto"** el traslado de un documento de la empresa de distribución eléctrica a la Dirección General de Industria de CLM de 17/12/2009, cuando siendo consciente de que no facilitó en su momento una relación correcta y completa de las líneas afectadas por la zonificación en mallas de protección prioritaria de avifauna, aporta una nueva relación de líneas para subsanar las deficiencias que ello provocó en la Resolución de 17/12/2009 de Industria. En este sentido, refiere la Sentencia que *"Es cierto que el poste 183 no estaba incluido en la resolución de 21/12/2009⁸²; pero el hecho de que en Agosto de 2009*

⁸¹ Resolución de 28/08/2009, del Organismo Autónomo Espacios Naturales de Castilla-La Mancha, por la que se delimitan las áreas prioritarias de reproducción, de alimentación, de dispersión y de concentración local de las especies de aves incluidas en el catálogo regional de especies amenazadas de Castilla-La Mancha, y se dispone la publicación de las zonas de protección existentes en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en las que serán de aplicación las medidas para la protección de la avifauna contra la colisión y la electrocución en las líneas eléctricas aéreas de alta tensión (DOCM de 10/09/2009).

⁸² En realidad es 17/12/2009 (DOCM de 21/01/2010)



*se delimitaran las áreas prioritarias de reproducción, de alimentación, de dispersión y de concentración local de especies de aves incluidas en el catálogo regional de especies amenazadas de Castilla La Mancha y que en diciembre de 2010 ya se incluyera la línea dentro de las necesitadas de adaptación al RD 1432/2008, aportando un mero presupuesto, que no un verdadero proyecto de modificación, determina que la demandante incurrió en la omisión negligente de una obligación prevista en la ley, por lo que al amparo del artículo 112 de la ley 9/1999, **era responsable de la infracción**, una vez considerado **acreditado**, como se verá, **que la muerte del águila perdicera por electrocución se produjo como consecuencia de no haberse modificado el punto de apoyo, conforme a las exigencias indicadas e impuestas normativamente**". En todo caso, aunque no lo diga la Sentencia, el hecho de que el poste y el tendido entero no estuviera incluido en la Resolución inicial de la Dirección General de Industria de 17/12/2009 se debió a la propia negligencia de la empresa de distribución eléctrica a la hora de identificar los tendidos afectados por la zonificación y comunicárselo a la Dirección General para su inclusión en tal Resolución "pues corresponde a la empresas distribuidoras facilitar el listado de tendidos afectados, tal como consta en la propia resolución 17/12/2009 publicada en el DOCM". Y refiriéndose al "mero presupuesto" que "sí se facilita en la relación posterior de diciembre de 2010, sin presentar el proyecto de adaptación ni justificar por qué no se incluyó en la relación inicial tal como se pedía por el instructor". Y añade que "Lo cierto es que **el poste estaba dentro de la zona de protección de avifauna, que la recurrente lo sabía** y no presentó el oportuno proyecto de modificación. Se trata de un requisito necesario, que viene impuesto a la operadora, y previo a la obtención de la financiación para la ejecución del*

proyecto, resultando igualmente **inequívoca la obligatoriedad de las medidas de protección contra la electrocución**". En este sentido, en cuanto a la ausencia de **mecanismos presupuestarios para la financiación total de las adaptaciones de los tendidos**, añade la Sala que **"se trata de una finalidad programática, no equiparable a la obligación que se impone a los titulares de las líneas eléctricas aéreas a efectos de presentación de proyecto y adopción de medidas de protección contra la electrocución"**. Y continúa refiriendo que **"No se trata de aplicación retroactiva de las normas sino de cumplir las obligaciones que le vienen impuestas más allá de mantener las líneas eléctricas en el mismo estado en el que se implantaron; pues, como indica la propia resolución sancionadora recurrida, viene obligado por el art. 9 de la Ley 26/2007 a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes"**.

También el Día Mundial del Medioambiente, el 05/06/2018, el **Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha** notifica a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la **Sentencia nº 258/2018** (Id. Cendoj: 02003330022018100338), de 21 de mayo, con la que desestima el recurso (nº 424/2016) de la empresa de distribución eléctrica por la sanción de 100.001 € más el abono del importe indemnizatorio de 130.320 € por la electrocución con resultado de muerte de dos ejemplares de **Águila Imperial Ibérica** (en peligro de extinción en el Catálogo Regional de Especies Amenazadas de Castilla-La Mancha) en **Ossa de Montiel** (Albacete) en un tendido eléctrico situado en zona de protección de avifauna frente al riesgo de electrocución (malla c) de



CLM; siendo ponente el Magistrado D. Jaime Lozano Ibáñez. De esta Sentencia cabe destacar que la operadora de distribución alegaba que la simple presentación de los proyectos no hubiera aportado nada faltando la financiación, así como que las autorizaciones de proyectos autorizados caducan si no se llevan a cabo; y ante la incertidumbre del momento de ejecución no convenía realizar un gasto de tramitación administrativa para una obra que la Administración no había presupuestado. Frente a ello, la Sala se remite a su Sentencia nº 350/2017 (Recurso nº 421/2016) señalando que el proyecto no se presentó y pareciendo referir que la omisión negligente sería también, otra vez, porque el daño ambiental tiene lugar como consecuencia de no haber modificado el tendido eléctrico teniendo conocimiento del peligro que la línea suponía.

Hay que destacar que **de las cuatro Sentencias del TSJ-CLM que estamos analizando en este estudio sólo el caso de la Sentencia 250/2018 es en relación a un tendido eléctrico identificado e incluido en el listado del Anexo de la Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de 17/12/2009, por la que se determinan las líneas de distribución eléctrica que no se ajustan a las prescripciones técnicas** establecidas en los artículos 6, 7 y en el anexo del 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, y cuyo anexo incluye el tendido eléctrico. **Con la publicación/notificación de esta Resolución comienza a contar el plazo de un año para presentar el correspondiente proyecto** para adaptarlas a las prescripciones técnicas establecidas contra la electrocución y en el anexo del Real Decreto

1432/2008, de 29 de agosto, debiéndose optar por aquellas soluciones técnicamente viables que aseguren la mínima afección posible a la continuidad del suministro; tal y como se expone en la misma. Pero la ausencia de esta notificación o publicación no ha sido impedimento legal para deducir responsabilidad por varios motivos para el TSJ-CLM. Aunque no lo refiera expresamente, en primer lugar, la Resolución de la Dirección General de Industria se hace previa consulta a las empresas de distribución eléctrica y son éstas las que facilitan los tendidos que están afectados por las zonificaciones de protección prioritaria de avifauna. Por ello, si algún tendido que hubiera debido estar incluido en ese listado de tendidos peligrosos no figura así en el mismo, ello es achacable a la propia empresa distribuidora. Y, en segundo lugar, la Sala del TSJ-CLM sí que ha referido que la empresa era consciente de la peligrosidad del tendido para la avifauna, y que es imputable a la empresa distribuidora no haber llevado a cabo la modificación del tendido.

Por otro lado, la empresa de distribución eléctrica encartada solicitó la **suspensión de la medida de modificación del tendido eléctrico** a la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la cual la deniega en su Auto nº 435/2016 de 14/11/2016 considerando que sólo se argumentaban razones económicas frente a una electrocución de una especie en peligro de extinción en una Zona de Especial Protección de Aves (ZEPA). A este respecto, el **Tribunal considera prevalente la protección de avifauna cuando se trata de territorios Red Natura 2000.**



17. LA OBLIGADA REPARACIÓN DEL DAÑO MEDIOAMBIENTAL INCLUSO CON LA INFRACCIÓN PRESCRITA O SIN INFRACCIÓN: JURISPRUDENCIA Y REGULACIÓN LEGAL. LA COMPATIBILIDAD E INDEPENDENCIA DE LA INFRACCIÓN Y DE LA REPARACIÓN.

El artículo 45.3 CE constituye la base del derecho sancionador de carácter medioambiental, ordenando adicionalmente la obligación de reparar el daño causado. En términos generales, el **artículo 28⁸³ de la**

⁸³ 1. *Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten **responsables de los mismos a título de dolo o culpa.***

2. *Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán **compatibles con la exigencia al infractor de la reposición** de la situación alterada por el mismo a su estado originario, **así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora.** De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

3. *Cuando el cumplimiento de una obligación establecida por una norma con rango de Ley corresponda a varias personas conjuntamente, **responderán de forma solidaria** de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. No obstante, cuando la sanción **sea pecuniaria y sea posible se individualizará***

Ley 40/2015 regula la responsabilidad, la reparación del daño y la previsión de la indemnización, en su caso. Del mismo modo y referido a la norma básica estatal, el **artículo 79 (de carácter básico) de la Ley 42/2007** de Patrimonio Natural y Biodiversidad refiere que **"2. Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor deberá reparar el daño causado en la forma y condiciones fijadas en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. El infractor estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios que no puedan ser reparados, en los términos de la correspondiente resolución. 3. La valoración de los daños al medio ambiente necesaria para la determinación de las infracciones y sanciones reguladas en este Título se realizará de acuerdo con el método de evaluación a que se refiere Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental y sus disposiciones de desarrollo"**. El punto 3 está haciendo referencia al Anexo II de la LRM y al Capítulo II del Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. Pero en el punto 2 encontramos una precisión importante por cuanto que se revela que la indemnización sólo está prevista para

en la resolución en función del grado de participación de cada responsable.

4. Las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores **podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación**. Asimismo, podrán prever los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas.



el supuesto en que no sea posible la reparación primaria. De este modo, la Ley 26/2007 no viene a suplir ninguna norma ambiental existente sino a complementarla estableciendo los sistemas de reparación, ya fueran revirtiendo la situación, si ello fuera posible, a su estado originario como primera opción, o con otras formas de reparar de un modo complementario; llegando también a regular la indemnización y los perjuicios causados como última posibilidad. El otro gran avance que representa la Ley sería la configuración general de que las amenazas inminentes deben ser conocidas y prevenidas por los operadores, y ante una situación de daños ya constatados, se deben tomar las medidas de evitación de nuevos supuestos de daños. Aunque ya encontramos remisiones expresas a la reparación prevista en la LRM en la Ley 42/2007 y Ley 22/2011 de Residuos, ningún impedimento legal existe a que otras normas ambientales autonómicas puedan servirse de la LRM para seguir criterios similares o con fórmulas más exigentes o concretas.

Con la LRM no es preciso que exista la previa comisión de una infracción para que exista la obligación de reparar cuando se trata de las actividades incluidas en el Anexo III (responsabilidad objetiva). Pero tratándose de las especies amenazadas previstas en las Directivas, y exigiéndose la previa concurrencia de dolo, culpa o negligencia, como se ha exigido siempre en nuestro tradicional derecho sancionador (responsabilidad subjetiva), la reparación no puede ser cuestionada y es obligada. En este sentido, en el tradicional derecho sancionador, la reparación se ha ligado o ha sido una consecuencia accesoria o complementaria derivada de la previa comisión de una infracción (prescrita o no) o de un ilícito administrativo; es decir, de un hecho antijurídico no amparado por la norma a aplicar.

Veamos algunas disposiciones actuales. La previsión de reparación de daños en el **artículo 56.4 de la Ley 21/2013** se regula como sigue: *"Si las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a la Administración Pública o al medio ambiente carentes de previsión específica en la legislación sectorial, la resolución del procedimiento podrá declarar: a) La exigencia al infractor de la **reposición** a su estado originario de la situación alterada por la infracción. A este respecto, cuando la comisión de una infracción de las previstas en esta norma produjera un daño medioambiental, se procederá de conformidad con lo establecido en la **Ley 26/2007**, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental o la normativa que, en su caso, se dicte a tal fin"*. También se ha introducido la obligación de reparación los daños causados a los recursos naturales en los términos de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental en el **artículo 54.2⁸⁴ de la Ley 22/2011** de Residuos y Suelos Contaminados; que además recoge una remisión al artículo 13 de la LRM en su artículo 36.3.

En la misma línea, el **artículo 6.2 de la LRM** se establece: *"a) Esta ley se aplicará, en todo caso, a la reparación de los daños medioambientales causados por los operadores de actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, **con independencia de la tramitación de los restantes***

⁸⁴ En los casos de daños medioambientales, el infractor estará obligado a la reparación en los términos de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. La metodología de reparación prevista en esta Ley 26/2007, de 23 de octubre, podrá aplicarse también en los demás supuestos de reparación de daños en los términos previstos en su Disposición adicional novena.



procedimientos. b) *Esta ley se aplicará, en todo caso, a la adopción de medidas de prevención y de evitación de nuevos daños, por parte de todos los operadores de actividades económicas o profesionales, con independencia de la tramitación de los restantes procedimientos.* c) *La adopción de las medidas de reparación de daños medioambientales causados por actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III será exigible únicamente cuando en el procedimiento administrativo o penal correspondiente se haya determinado el dolo, la culpa o la negligencia".* Y en el apartado 3 del mismo artículo 6 se dispone que *"si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en esta ley"*. A este respecto, resulta habitual que las CCAA hayan aprobado normativa similar en cuanto a la obligación de reparar se refiere, por cuanto que esta obligación viene impuesta directamente por el artículo 45.3 de la Constitución Española. Como ejemplo de esta normativa autonómica, citaremos únicamente el precepto del artículo 118.1 de la Ley 9/1999 de Conservación de la Naturaleza de Castilla-La Mancha, en el que se dispone que: *"Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor deberá reparar el daño o las alteraciones causadas sobre la realidad física y biológica, en la forma que le indique la Consejería"*.

La Sentencia del TSJ-CLM nº 105/2013 de 20/03/2013 (Id. Cendoj: 02003330022013100304 en el Recurso nº 316/2011) hace suyos los argumentos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2000 (recurso 1471/1995) en la que el Tribunal Supremo dice: **"De un lado, la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado no tiene**

carácter sancionador en sentido estricto, pues no se trata de un efecto o consecuencia jurídica que el ordenamiento conciba, sólo, como retributivo de la infracción, a modo de pena ligada a ésta; al contrario, **es una obligación que deriva, en sí misma, del acto de alteración o modificación del estado de cosas querido por el ordenamiento, que cabe así imponer a quien lo ha realizado, con independencia de que su conducta reúna o no la totalidad de las circunstancias, objetivas y subjetivas, que son necesarias para su calificación como infracción administrativa y para su sanción como tal**; su concepción en el artículo 5 de la Ley 7/1980 como una **medida que complementariamente puede ser impuesta al infractor, no tiene el significado de atribuirle un carácter o naturaleza jurídica de medida sancionadora propiamente dicha**, pues obedece más bien a un mero propósito de economía procedimental, concentrando en un solo procedimiento, sin merma alguna de garantías, dado el plus de las que adornan al sancionador, el haz o conjunto de decisiones derivables de aquel acto de alteración o modificación; de ahí por tanto que la apreciación de la prescripción de la infracción no constituya obstáculo para la adopción y pervivencia de la decisión que impone la obligación de demoler lo indebidamente realizado, tal y como hoy se dispone, con claridad suficiente, en el inciso último del artículo 92 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Y de otro, es esta concepción de **la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado**, y la afirmación de que a tal obligación **no alcanzan los efectos de la prescripción de la infracción**, la que cabe ver propiamente en la Jurisprudencia de esta Sala, pues así se desprende de la doctrina que se contiene en sus Sentencias de 10 de abril de 1997 (dictada en el recurso de apelación número 427/1993), 22 de



diciembre de 1997 (apelación núm. 1431/1990), 3 de noviembre de 1999 (apelación núm.4113/1992) y 25 de enero de 2000 (apelación núm. 74/1994)".

Y continúa la Sala refiriendo que "*Dichos razonamientos, si bien referidos a la Ley de Costas, son perfectamente extrapolables a otros ámbitos sectoriales. Así, la distinta naturaleza de ambas medidas, sanción y reparación del daño causado se ha puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo en SSTs 19 de enero de 2000, 29 de noviembre de 2001 y de 24 de julio de 2003, entre otras, que declaran que resulta contrario a elementales razones de justicia que el hecho de no haber utilizado los mecanismos sancionadores pueda servir para no satisfacer los daños causados al dominio público hidráulico, por lo que, **con independencia de las sanciones que le sean impuestas, los infractores podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico.***

*Esa dualidad de medidas, sancionadoras y de restablecimiento, puede encontrarse en otras legislaciones sectoriales respecto de las que la jurisprudencia también ha destacado su diferente naturaleza; siendo paradigmática la urbanística. Materia en que la diferenciación e independencia entre ambas medidas es pacífica, **distinguiéndose por la jurisprudencia entre la prescripción propiamente dicha, que se predica de las infracciones, y la caducidad de la acción de restablecimiento** (SSTs de 7 de noviembre de 1988 , 5 de junio de 1991 o 24 de abril de 1992 , entre otras muchas). En la STS de 25 de julio de 2001 , el Tribunal Supremo afirma con rotundidad, en relación con el art. 263 del Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de Junio (la cita debe entenderse referida, dice el Tribunal Supremo, al*

artículo 230 del Texto Refundido de 9 de Abril de 1976, en relación con el artículo 9 del Real Decreto- Ley 16/81, de 16 de Octubre, habida cuenta de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Marzo de 1997) que "Estos preceptos se refieren a la prescripción de las infracciones urbanísticas, y, por lo tanto, son perfectamente inaplicables al caso de autos, en que, como decíamos, lo impugnado no es una sanción sino una medida de restablecimiento de la legalidad urbanística".

También acoge la Sala del TSJ-CLM en su Sentencia 105/2013 los razonamientos del Tribunal Constitucional: **"El Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente (Auto 145/2012, de 12 de julio), en relación con una cuestión de inconstitucionalidad cuyo planteamiento partía del presupuesto de entender que la existencia de una obligación de reparar el daño medioambiental presupone la existencia de una sanción administrativa impuesta previo el correspondiente procedimiento sancionador, en cuyo seno habrían de establecerse las medidas de reparación oportunas, y ha declarado que "la reparación de los daños ambientales y las sanciones administrativas constituyen técnicas jurídicas diferentes de tutela ambiental y, como tales, se encuentran sometidas a un régimen jurídico distinto. Distinción que deriva ya de lo dispuesto en el art. 45 CE, el cual, tras reconocer el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado establece que quienes incumplan la obligación de utilizar racionalmente los recursos naturales y la de conservar la naturaleza estarán obligados a reparar el daño causado con independencia de las sanciones administrativas o penales que también correspondan. Esa distinta consideración de la obligación de restaurar el daño medioambiental,**



expresión del interés público en la conservación del medio ambiente que consagra el art. 45 CE, se basa en que la misma pretende la adopción de las medidas necesarias para el **restablecimiento de la situación indebidamente alterada a consecuencia de una actuación que no se ajusta al orden jurídico y que se ve así infringido y eso con independencia de las consecuencias punitivas en forma de sanción administrativa que, en su caso, pudieran derivarse**. Es decir, como apunta el Ministerio Fiscal, **para que la medida correctora se imponga no es necesaria la previa existencia de sanción, sino el incumplimiento o la infracción.**" El aludido auto nos recuerda, a renglón seguido, que tal obligación carece del contenido aflictivo que es propio de las sanciones administrativas por cuanto de las mismas no es posible predicar finalidad punitiva alguna, lo que pone de manifiesto su distinta naturaleza que justifica un distinto tratamiento legal, y concluye, con cita de la STC 187/2006, de 19 de junio, F. 3, diciendo que "«En la medida en que las garantías previstas en el art. 25.1 CE sólo resultan aplicables a las consecuencias jurídicas de carácter sancionador, no puede pretenderse que se extiendan los efectos de la vulneración de dicho precepto a otras consecuencias, como son las de **obligación de reposición del medio alterado, que no tiene una finalidad sancionadora sino de restauración de la legalidad medioambiental**». También la STC 252/2006, de 25 de julio, F.5, recalca la distinta naturaleza de la obligación de reparar el medio ambiente dañado respecto de la predicable de las sanciones administrativas con la consiguiente falta de afectación a las garantías protegidas por el art. 25.1 CE, cuando afirma que «la lesión del derecho a legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) sólo se produce por la sanción administrativa, pero no se ve comprometido tal derecho fundamental por la

imposición de una medida de restablecimiento del medio ambiente lesionado en virtud de la actuación de la demandante de amparo. (...)"

Como hemos referido anteriormente, entre los argumentos que expuso la operadora de distribución eléctrica para no afrontar el abono de la indemnización de animales electrocutados, se alegaba que al haber prescrito la infracción no podía exigírsele el abono de la indemnización y que la referencia al artículo 126.4⁸⁵ Ley 9/1999 de Conservación de la Naturaleza lo era sólo para medidas complementarias ya impuestas y firmes, sin que la Administración disponga de un plazo de 15 años para exigir o reclamar o perseguir una infracción. En cuanto a **la reparación del daño causado**, el artículo 45.1 de la Constitución Española refiere el **deber "de todos"** de conservar el medio ambiente y en el artículo 45.3 establece la **obligación de reparar el daño** causado para quién no lo cumplieran. De estos preceptos deriva la regulación establecida en el **artículo 118.1 de la Ley 9/1999** (en el mismo sentido el **artículo 75.2 de la Ley estatal 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad**) que prevé la **obligación de reparar el daño causado** sin perjuicio de las sanciones que pudiera o no corresponder. Este, además, es el sentido que reiteradísima jurisprudencia viene siguiéndose en el Tribunal Supremo y en la Salas de lo Contencioso-Administrativo del TSJ-CLM. Por referir alguna, baste señalar la **Sentencia del TS de 15/10/2009** (Nº de Recurso: 272/2005 - Id. Cendoj: 28079130052009100553), que declara la **compatibilidad de la reparación de daños y la reposición al estado anterior**, señalando, además, la

⁸⁵ *El deber de restituir las cosas y la realidad biofísica a su estado inicial prescribirá en el plazo de 15 años.*



posibilidad de aplicar los preceptos de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, la que, aun cuando no resulte aplicable al caso enjuiciado, corrobora o afianza la aludida interpretación jurisprudencial, pues, a partir de su entrada en vigor, la reparación de los daños y perjuicios y la reposición de las cosas a su estado anterior, está facultada la Administración para exigir las, cuando no deriven de la comisión de una infracción tipificada o ésta hubiese prescrito, a través del procedimiento y en aplicación de lo establecido en los artículos 2.1. b. 7 y 22, 4, 19, 20, 21 y 41 a 49 de la mencionada Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental. Todo ello en virtud del principio de **"quien contamina, paga"** y con independencia de que haya o no sanción administrativa. En este mismo sentido, **el TSJ-CLM** viene sosteniendo la misma tesis en sentencias como la **nº 420 de 09/05/2012** (Rec. 167/2008 – Id. Cendoj: 02003330022012100506), donde en su FJ 7º refiere incluso que, aun cuando no procediera imponer sanción por la causa que fuere **"esta sala, y el Tribunal Supremo, han tenido siempre en cuenta que las facultades administrativas sobre determinados ámbitos la habilitan no sólo para sancionar, sino también para llevar a término procesos de restablecimiento de la legalidad incluso cuando no hay posibilidad de imponer sanción** (por ejemplo por prescripción de la infracción, pero no de la acción de restablecimiento, que se sujeta a los plazos de prescripción propios de las acciones civiles personales o reales, según los casos, o que puede incluso ser imprescriptible si se refiere al demanio público; o por vulneración de principios sólo aplicables al ámbito sancionador); esto es, la Administración puede incoar procedimientos para la aplicación de medidas no propiamente sancionadoras. A partir de esa idea, **en numerosas ocasiones hemos anulado la**

sanción, pero mantenido la medida cuando la causa o motivo que llevaba a la anulación de la sanción no alcanzaba a la medida, rechazando una aplicación automática del principio del derecho procesal penal en el que la falta de responsabilidad penal implica la no declaración de responsabilidad civil (aunque no siempre: recuérdese el denominado "auto de cuantía máxima" de la Ley del Automóvil); pues el Juez penal carece en principio de potestades para hacer declaraciones civiles si no es como consecuencia de la imposición de una pena, pero la **Administración mantiene la potestad sancionadora y la de restablecimiento**, ambas pues, en todo caso. Pues bien, en el caso de autos, desde luego la medida de restablecimiento de la legalidad que se acordó en la resolución impugnada no resulta afectada por los problemas de legalidad en la tipificación de la infracción que han llevado a la anulación de la sanción; y el procedimiento sancionador puede valer, por realizarse con plenas garantías, como procedimiento -no sancionador- de restablecimiento de la legalidad alterada. En consecuencia, no procede anular la orden de retirada de la instalación".

Es más, **incluso llegados al supuesto de que no concurriera el requisito de la culpabilidad**, el Tribunal Supremo refiere, en el FJ 5º de su **Sentencia de 23/02/2011** (Recurso 562/2008 – Id. Cendoj: 28079130052011100049) **que ello no le exime del deber de cumplir con la indemnización**. Así, se afirma que: "Nuestro examen sobre esta concreta cuestión comenzará señalando que **dicha indemnización, por los daños causados al dominio público hidráulico, es una medida legal diferente de la estrictamente sancionadora, pero compatible con la misma, de conformidad con el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de**



Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), **que señala a tal fin la compatibilidad de las "responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador ... con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados** que podrán ser determinados por el órgano competente..."; compatibilidad que, a nivel constitucional incluso se expresa en el **artículo 45.3 de la Constitución Española** que dispone 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**". Y en el mismo sentido, respecto de **la necesidad de reparación de los perjuicios causados**, 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: "La **acción reparadora o indemnizatoria**, porque el artículo 110.1 Ley de Aguas la refiere indudablemente a "los infractores", así como 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". De la detenida lectura de la Sentencia se deduce que la empresa titular de la balsa no incumplió ninguna norma sustantiva ni relacionada con inspecciones; simplemente no dispuso la diligencia exigible para evitar la rotura de la balsa; con independencia de que contara con todos los permisos en vigor y con que cumpliera con la legislación vigente.

Todo ello puede deducirse, como apuntó el Tribunal Supremo, ex **artículo 130.2 de la Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. nº 285, de 27 de noviembre) señala que "**Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto**



se determine". Y también, en el mismo sentido, sería aplicable el artículo **1.902 del Código Civil** que regula la culpa *aquilliana*. Actualmente, la referencia legislativa que suple al derogado artículo 130.2 señalado la encontraríamos en el **artículo 28.2 de la Ley 40/2015** del Régimen Jurídico del Sector Público, que dice lo que sigue: "**2. Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**". No obstante lo anterior, vista la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, bien podría haber optado el legislador por incorporar expresamente en dicha Ley el criterio jurisprudencial de considerar la reparación como una obligación independiente de la comisión de una infracción pero ligada a ella cuando existiera así como de carácter obligatorio en el causante de la alteración con o sin presupuestos de culpabilidad más acordes con el principio de quien contamina paga y repara. Por otro lado, si la jurisprudencia ha considerado imprescriptible la reparación en supuestos de afección al dominio público, la Ley de Responsabilidad Medioambiental, refiriéndose a los daños medioambientales, establece un **ámbito de responsabilidad de treinta años, señalando en su artículo 4 lo que sigue:** "*Esta ley no será de aplicación a los daños medioambientales si han transcurrido más de treinta años desde que tuvo*

lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó. El plazo se computará desde el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño”.

En todo caso, queda **fuera de toda duda la exigencia del pago inexcusable de la indemnización de los animales electrocutados**, según se dispone en el **artículo 118.1 de la Ley 9/1999**, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza, que establece que *“sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor deberá reparar el daño o las alteraciones causadas sobre la realidad física y biológica, en la forma que le indique la Consejería”*. Ello ha de ponerse en relación con la habilitación legal del **artículo 119.1 de la Ley 9/1999** que ofrece el sustento legal al **Decreto 67/2008**, de 13 de mayo de 2008, de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, por el que se establece la **valoración de las especies de fauna silvestre amenazada** (DOCM de 16 de mayo de 2008).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 1 de junio de 2017 dictada en el asunto C-529/15 respecto del río Mürz en el que existe una central hidroeléctrica que según el particular denunciante afecta gravemente al medio ambiente, poniendo en peligro la reproducción natural de los peces y ocasionándoles una mortalidad masiva en largos tramos del río, respecto de la que el TJUE señaló que: *“Ahora bien, de los autos a la vista del Tribunal de Justicia resulta que, en el asunto principal, la central hidroeléctrica fue autorizada y puesta en marcha antes del año 2007. También consta que, después del 30 de abril de 2007, su funcionamiento provocaba notables oscilaciones en el nivel de las aguas del río Mürz, cuya*



consecuencia era la alta mortalidad de los peces. Estas oscilaciones, que son reiteradas, deben calificarse como emisión, suceso o incidente producidos después del 30 de abril de 2007, fecha en que los Estados miembros deberían haber incorporado a su Derecho interno la Directiva 2004/35. Además, como ha señalado el Abogado General en el punto 26 de sus conclusiones, el hecho de que los daños alegados comenzaran antes del 30 de abril de 2007 y se deriven de la explotación de una central eléctrica autorizada antes de esa fecha carece de pertinencia." Lo que viene a significar la STJUE del pasado 01/06/2017 es la **obligatoriedad de aplicar el principio de prevención respecto de los daños actuales de hoy aunque la actividad que los causa esté amparada por una autorización**; es decir, que se configura el carácter retroactivo de la **obligatoriedad de implantar medidas que corrijan y mitiguen los daños medioambientales actuales aunque se trate de obras o proyectos autorizados**. Tal es así porque **esos daños son antijurídicos y no están amparados por tales autorizaciones** a menos que específicamente se tratara de una autorización ambiental que admitiera la causación de un daño moderado y asumible por proporcionado y no significativo. Contrariamente, a esta STJUE el TSJPV dictó Sentencia nº 77/2013 (Recurso nº 1458/2010 - Id Cendoj: 48020330022013100474) en términos absolutamente contrarios. Se recurría la ausencia de inicio de un procedimiento de Responsabilidad Medioambiental respecto de un vertedero de residuos tóxicos y peligrosos junto al aeropuerto de Bilbao. La Asociación ecologista Lur Maitea solicitó también el planteamiento de una cuestión prejudicial al TSJUE respecto de la aplicabilidad *ratione temporis* de la Directiva a dicho vertedero, que también fue rechazada por el TSJPV, con evidente error tal y como demuestra

la referida STJUE de 01/06/2017. No faltan múltiples ejemplos de cómo los Tribunales españoles aplican indebidamente el derecho y la jurisprudencia europea si bien no entraremos ahora a exponer tales casos. En cuanto a aplicación retroactiva de la norma medioambiental, no es la primera Sentencia del TJUE que va en esta línea. Así, en 2010 el TJUE dictó la importantísima "*Sentencia Papenburg*" (STJUE 14/01/2010 en asunto C-226/2008 y también en asunto C-404/09 contra España en relación con el urogallo cantábrico) que venía a señalar el carácter retroactivo de la necesidad de evaluación ambiental respecto de proyectos autorizados con anterioridad pero que pudieran estar causando perjuicios significativos al medioambiente. En fechas recientes la STJUE de 14/01/2016 (Asunto C-141/14) vuelve a insistir en la cuestión de la **aplicabilidad *ratione temporis* del régimen de protección** respecto de las Directivas de Aves y de Hábitats. Así, se vuelve a reiterar que: "51 .- A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el artículo 6, apartado 2, de la Directiva sobre los hábitats se aplica también a instalaciones cuyo proyecto ha sido autorizado por la autoridad competente antes de que la protección prevista por la citada Directiva sea de aplicación a la zona de protección de que se trata (véase, en ese sentido, la sentencia Comisión/España, C404/09, EU:C:2011:768, apartado 124). 52 .- En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, si bien tales proyectos no se hallan sujetos a las disposiciones reguladoras del procedimiento de evaluación previa de las repercusiones del proyecto sobre el lugar de que se trata, contenidas en la Directiva sobre los hábitats, su ejecución queda no obstante comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 6, apartado 2, de dicha Directiva



(sentencias Stadt Papenburg, C-226/08, EU:C:2010:10, apartados 48 y 49, y Comisión/España, C-404/09, EU:C:2011:768, apartado125)". Es cierto que en ellas no se habla de Responsabilidad Medioambiental pero se disloca el derecho tradicional español que no suele ser proclive a admitir la retroactividad, en este caso de la necesidad de evaluación de impacto ambiental.

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado en la línea que comentamos en el año 2012, cuando refiere el **principio de no regresión ambiental (STS de 10/07/2012 Id Cendoj: 28079130052012100527)** Y **la Ley 33/2015 modificó la Ley 42/2007 e introdujo el principio de no pérdida neta de biodiversidad⁸⁶** en su artículo 2.c) que se relacionan con el principio de desarrollo sostenible y el principio de quien contamina paga. También relacionado con lo anterior aunque indirectamente, el Tribunal Supremo ha desligado la prescripción de la infracción respecto de la caducidad de la acción sobre la necesidad de reparación como más adelante veremos. Y no olvidemos que en la Sentencia de Alzcollar (Boliden) se justificó una sanción por no haber implantado sistemas eficaces de prevención de daños medioambientales, aun cuando no estaba expresamente positivizada la obligación de adoptar las mejores tecnologías disponibles o al menos las que se considerasen eficaces. La Sentencia basó la culpabilidad por la rotura de la presa al no haber implantado un eficaz sistema de prevención de daños; al margen de que no se había incumplido una Ley, una disposición normativa o una autorización y tampoco fue desfavorable ninguna inspección. Y en la STJUE de 24/11/2011 sobre el Urogallo, justificando que la

⁸⁶ *No net loss.*

aprobación de un proyecto supondría o podría suponer la pérdida poblacional, o la regresión del urogallo, se condenaba a España por autorizar el proyecto. Sin decirlo, el TJUE hablaba ya del principio de no pérdida neta de biodiversidad o de no regresión ambiental. Y en la **STJUE de 14/01/2016** contra Bulgaria, también se refleja la aplicación retroactiva de la Directiva de Hábitats en el sentido de exigir una adecuada evaluación ambiental para establecer las medidas de prevención necesarias. Es decir, que se estaba también señalando el carácter retroactivo de las obligaciones que se derivan del principio de prevención; todo ello, se deduce que en consonancia con la Directiva de RM. Y en cuanto a la protección medioambiental del Suelo, el TS ha referido también el principio de no regresión ambiental en el caso del Hotel Algarrobico en su Sentencia de 2016.

18. LA DIRECTIVA 2008/99/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2008 RELATIVA A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE MEDIANTE EL DERECHO PENAL.

El objetivo de la Directiva 2008/99/CE es alcanzar un **nivel elevado de protección del medioambiente** ante el significativo aumento de **delitos** medioambientales aplicando sanciones penales que pongan de manifiesto una desaprobación social de naturaleza cualitativamente diferente a la de las sanciones administrativas; tal y como se expone en sus considerandos. Se trata de aplicar sanciones penales más disuasorias que puedan causar daños sustanciales



a animales, incluida la conservación de especies, instando a los Estados miembros a **tipificar el incumplimiento de obligaciones legales que pueda tener el mismo efecto que un comportamiento activo** cuando se cometan dolosamente o por imprudencia grave. Y ello sin perjuicio de otros regímenes de responsabilidad por daños medioambientales. Entre los ilícitos penales que se significan de aplicación se mencionan las **especies protegidas de fauna silvestre contempladas en el Anexo IV de la Directiva 92/43/CEE de Hábitats, el Anexo I de la actual Directiva 2009/179/CE de Aves**; exigiendo su aplicabilidad a todas las personas jurídicas, sin perjuicio de la posibilidad de incluir también a personas físicas que sean autoras, incitadoras o cómplices de los delitos. A este respecto, **la Directiva obliga a tipificar como delito la explotación de instalaciones** en las que se realice una **actividad peligrosa que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a animales así como la matanza o la destrucción de especies protegidas de fauna salvo que se tratara de casos en los que la conducta u omisión afectara a un número insignificante de estos ejemplares y fueran también insignificantes las consecuencias para el estado de conservación de las especies**. La Directiva exige que en la tipificación penal se incurra por dolo o negligencia grave y establece que se deberá incorporar entre los responsables a las personas jurídicas. De manera que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas sean responsables con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Y se hace mención expresa a las especies protegidas en el Anexo IV de la Directiva de Hábitats y del Anexo I de la Directiva de Aves así como a la existencia de Zonas de Especial Protección de Aves y Zonas de Especial

Conservación. Únicamente se excluyen de su consideración penal cuando se afecte un número insignificante de especies con una trascendencia insignificante para el estado de conservación. Por otro lado, la obligación de transponer a derecho interno el contenido de la Directiva se fija en la misma antes del 26/12/2010. No obstante, el legislador español no ha cumplido con sus obligaciones en ese plazo pues no es sino con la **Ley Orgánica 1/2015**, de 30 marzo (en vigor **desde el 01/07/2015**), con la introducción del **artículo 326 bis** en el Código Penal, cuando puede considerarse transpuesta a derecho interno la regulación penal que permite amparar los supuestos de electrocuciones de especies protegidas, pero también respecto de otros supuestos por otras actividades peligrosas. No obstante, en virtud del principio de intervención mínima, consideramos que sólo los casos más sangrantes e incluso reiterados debiera emprenderse la vía penal respecto de las personas jurídicas supuestamente responsables; dado que el artículo es uno de los que se prevén de aplicación a aquellas.

19. EL PAPEL DE LA FISCALÍA DE MEDIOAMBIENTE ANTE LAS ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA EN LA VÍA ADMINISTRATIVA, EN LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EN LA VÍA PENAL.

La **Disposición Adicional Octava de la Ley RM** otorga un papel de relevancia a la Fiscalía de Urbanismo y Medioambiente en la defensa activa del medioambiente. Se prevé su intervención demandando



tutela judicial o por inactividad de la Administración o por una actuación material que constituya vía de hecho. Además, la intervención de la Fiscalía no se ciñe sólo a la jurisdicción contenciosa-administrativa, puesto que la propia Disposición prevé la obligatoriedad por la Administración de prestarle colaboración y auxilio técnico y material o de otro tipo para la efectiva realización de sus funciones ante la jurisdicción contenciosa. De modo que la Fiscalía extiende su ámbito de actuación ante la Administración como presupuesto previo para asegurar de un modo finalista la efectiva defensa del medioambiente no sólo desde un punto de vista formal sino verdaderamente real para garantizar el resultado del cumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración. Por ello, la Fiscalía puede demandar a la Administración en un supuesto de incumplimiento de las obligaciones que se derivan de la LRM, interponiendo el recurso de inactividad de la misma. No obstante, la supuesta inactividad de la Administración debe ser indubitada y no situarse en un terreno donde campe la discrecionalidad reconocida a la Administración, puesto que la Fiscalía, en este caso, no puede inmiscuirse en las libres decisiones administrativas. Otro límite o condición que podría parecer exigible para legitimar su actuación ante la JCA es que exista una prestación debida en favor de personas determinadas de acuerdo con el artículo 29.1 de la LJCA. Sin embargo, si fuesen determinadas ONG´s ambientales que gocen de la condición de legitimados, entendemos que dicho límite sería vencido cuando éstas instasen a la Fiscalía. No obstante lo anterior, la Disposición Adicional Octava ha venido a introducir un supuesto concreto y específico al margen de las previsiones legales del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por Ley 50/1981 y de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA, aprobada por Ley 29/1998) puesto que el contenido de

la misma sitúa a la Fiscalía de Medioambiente en la posibilidad de reclamar información ante las Autoridades Administrativas e incluso instarles la iniciación de los procedimientos de exigencia de Responsabilidad Medioambiental o sancionadores correspondientes ya fueran en aplicación de la legislación de industria o de la de medioambiente; pudiendo incluso recurrir en vía contenciosa los supuestos de inactividad de las Administraciones. Así, la Fiscalía de Medioambiente adquiere un papel de relevancia actuando a través de la justicia en los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso, pudiendo incluso instar, en nuestra opinión, el nuevo recurso extraordinario en interés de ley aprobado con la introducción de la Disposición Adicional Tercera en la Ley Orgánica 7/2015 cuando se trate de casar sentencias contrarias y gravemente dañosas a los intereses generales representados aquí por el medioambiente.

Pero al margen de esta posibilidad legal en vía contenciosa, ya hemos referido la posibilidad de aplicación de la vía penal que se prevé en el nuevo artículo 326 bis del vigente Código Penal desde el 01/07/2015. En nuestra opinión, la Fiscalía está llamada a impulsar la vía del artículo 326 bis del Código Penal y también personándose ante la Jurisdicción Contenciosa por vía de la Disposición Adicional 8ª de la Ley 26/2007, superando las dudas legales que puedan existir e impulsando a los Fiscales de Medioambiente de cada provincia en el conocimiento y el interés por la materia de electrocuciones de avifauna. Aunque, el artículo 20.Dos del EOMF refiere que el Fiscal de Sala de Medioambiente ejercerá las siguientes funciones: "*b) Ejercitar la acción pública en cualquier tipo de procedimiento, directamente o a través de instrucciones impartidas a los delegados, cuando*



aquella venga prevista en las diferentes leyes y normas de carácter medioambiental, exigiendo las responsabilidades que procedan; c) Supervisar y coordinar la actuación de las secciones especializadas de medio ambiente y recabar los informes oportunos, dirigiendo por delegación del Fiscal General del Estado la Red de Fiscales de medio ambiente”, en el documento elaborado por la Fiscalía sobre electrocuciones de avifauna, se echa a faltar un enfoque distinto de la cuestión de las electrocuciones que trate el tema con una cierta sistemática con tres enfoques: la vía penal, la vía sancionadora de la Administración y la vía de la Responsabilidad Medioambiental (con y sin sanción). Para todo ello existe normativa suficiente como para que la Fiscalía de Sala fije posiciones claras y ejerza el papel para el que está llamado. En este sentido, se han dado ya algunos pasos importantes tomando interés en este asunto y llevando a cabo iniciativas de toma de contacto y solicitud de información a operadores de distribución eléctrica, con CCAA, y de otras formas⁸⁷.

20. LA SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD MEDIOAMBIENTAL DE CIERTOS TENDIDOS PELIGROSOS PARA LA AVIFAUNA.

Una parte importante de los tendidos eléctricos estaban o están todavía en situación de irregularidad administrativa desde el punto de vista legal del órgano

⁸⁷

<https://www.elperiodico.com/es/medio-ambiente/20180311/fiscalia-investiga-muerte-electrocutadas-aves-torres-electricas-6677199>

sustantivo, pues no se han regularizado de acuerdo a la **disposición transitoria tercera del Real Decreto 337/2014**, de 9 de mayo, por el que se aprueban el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en instalaciones eléctricas de alta tensión y sus Instrucciones Técnicas Complementarias ITC-RAT 01 a 23. Y, adicionalmente, no pasan tampoco las inspecciones que ese mismo RD establece cada tres años. A esta circunstancia de ausencia de legalidad sustantiva, se suma el hecho de que las empresas distribuidoras están permitiendo la continuidad de un suministro a una línea en situación de irregularidad propiedad de operadores económicos y profesionales privados en donde se pueden estar produciendo electrocuciones de especies amenazadas; lo que conlleva muchas veces que el titular del tendido ni siquiera sea consciente de su situación respecto del tendido de su propiedad; máxime si conforme se exige en la legislación industrial incluso lleva a cabo las revisiones de la línea exigidas cada tres años. Los **artículos 17.2 y 21.1** del Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en instalaciones eléctricas de alta tensión, aprobado por el **Real Decreto 337/2014**, de 9 de mayo, exigen una **inspección periódica de las líneas cada tres años y la aportación de un acta de verificación o de inspección de la instalación**. En este RD no se establece ni se menciona siquiera que las instalaciones deban pasar una inspección o certificarse respecto de que cumplan con las prescripciones técnicas mínimas previstas en el RD 1432/2008. Sin embargo de ello, las CCAA pueden dictar sus propias normas adicionales con el carácter de normas técnicas de seguridad industrial y de protección adicional del medioambiente, como ocurrió cuando se aprobó el **Decreto 5/1999** sobre Normativa de Protección de Avifauna en tendidos eléctricos de CLM. En este sentido, sería necesario



actualizar el Real Decreto 337/2014 y los Decretos autonómicos a los efectos de incorporar una modificación legal por la que Industria obligue a las compañías, a los particulares, a los Organismos de Control Autorizados (OCA's), a los Ingenieros Industriales y a los Colegios de Ingenieros Industriales a cerciorarse y verificar que tanto las instalaciones nuevas como las preexistentes cumplen con la normativa de protección de avifauna prevista en el RD 1432/2008. Aunque la ITC-LAT 05 ha sido actualizada en enero de 2018 y sí contiene ahora referencias al RD 1432/2008, entendemos la insuficiencia de la medida que debiera subsanarse con una mención legal expresamente contemplada en el Reglamento técnico de inspecciones y verificaciones; exigiéndose, además, que la normativa de protección de avifauna se extendiera a todo el territorio nacional y no sólo a zonas prioritarias, así como ese régimen de inspecciones tuviera una mayor seguridad jurídica con esa modificación legal.

21. LOS ERRORES DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LAS OBLIGACIONES MEDIOAMBIENTALES.

Reina en la práctica la confusión legal, en cuanto al ámbito de las obligaciones para con el medioambiente se refiere, por cuanto que muchos titulares todavía creen que disponer de una autorización de una línea peligrosa antigua, que ello les puede eximir de responsabilidad. No obstante, esa circunstancia proviene en una parte derivada de la interpretación jurídica que realizan los operadores del derecho. Por un lado, en materia industrial, las instalaciones deben

adecuarse y cumplir con la legislación vigente en el momento de su autorización por el órgano sustantivo. De modo que si no se hace una reforma de la instalación lo oportuno es pensar que se cumple con la legalidad vigente, cuando no es así, al menos respecto de la normativa medioambiental, aunque sea de ese modo conforme a la legalidad sustantiva. Como hemos referido la antijuridicidad del daño ambiental no puede entenderse amparada en la autorización sustantiva. Pero otra causa de esta confusión legal también la encontramos en el Real Decreto 1432/2008, que aunque es posterior a la Ley 26/2007, nada dice ni menciona de ella e incluso viene a contradecirla flagrantemente al señalar el compromiso de la financiación total de las inversiones por parte del Estado vulnerando el principio de quien contamina paga. Aunque el RD 1432/2008 tiene un ámbito de aplicación en zonas de protección prioritaria de avifauna, no puede deducirse que los titulares de líneas en otras zonas, y en las propias zonas prioritarias, puedan desatender las obligaciones de prevención, de evitación de nuevos daños y de reparación reguladas en la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental. Del mismo modo, tampoco el RD 1432/2008 puede significar que las obligaciones insertas en el artículo 9 de la Ley 21/1992 de Industria hayan dejado de ser exigibles porque el tendido esté o no en zonas prioritarias de protección de avifauna. Aunque la Sentencia 251/2018 del TSJ-CLM, analizando un caso de electrocución de avifauna en zona prioritaria de protección hace referencia a que la obligación de sufragar los costes es de los operadores económicos y profesionales, matiza que: ***“No se trata de aplicación retroactiva de las normas sino de cumplir las obligaciones que le vienen impuestas más allá de mantener las líneas eléctricas en el mismo estado en el que se implantaron; pues, como indica la***



*propia resolución sancionadora recurrida, **viene obligado por el art. 9 de la Ley 26/2007 a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes***". Por tanto, la vigencia de estas obligaciones, puesto que la Ley 26/2007 en absoluto limita su aplicabilidad a determinadas zonas prioritarias ni a espacios naturales protegidos, en modo ninguno permite deducir al operador jurídico que si se es titular de una línea situada fuera de esas zonas prioritarias ello serviría para deducir que no está afectado por las obligaciones ambientales señaladas. Otro aspecto que también rechina y genera confusión entre los obligados es la cuestión de la ausencia de ayudas de financiación pública. Referido exclusivamente a zonas prioritarias, conforme al RD 1432/2008, su Disposición Adicional Única parece contener un derecho del obligado a reformar el tendido de modo que se le financie íntegramente la inversión. Además de que ya se ha dicho por la jurisprudencia del TSJ-CLM que esta concreta cuestión son meras fórmulas programáticas de fomento y no un verdadero derecho, no faltan tampoco Sentencias que tratan la cuestión de que el Estado no lleve a cabo una determinada actuación o que proceda a modificar una norma minando con ello las expectativas de beneficios económicos de los inversores que, a la vista de la norma en su día vigente procedieron a realizar tal inversión y después, con un cambio normativo, han visto defraudadas aquellas expectativas. En supuestos como este, el Tribunal Supremo ha confirmado y establecido ya una consolidada línea jurisprudencial, precisamente en el sector eléctrico, cuando ha tratado la cuestión llamada o conocida entre la doctrina como el "**riesgo regulatorio**", que relacionamos aquí con la ausencia de convocatorias de subvenciones previa aprobación de

partidas presupuestarias en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado. En alguna de las sentencias más destacadas del Tribunal Supremo sobre el "*riesgo regulatorio*" se analiza la reclamación que hacían aquellas personas que, motivadas por la política de fomento que supuso la aprobación del Real Decreto 661/2007, que favorecía y animaba a futuros inversores para el impulso de la energía fotovoltaica, los cuales vieron truncadas sus **expectativas** de subvenciones y beneficios; y hasta llegaron a la quiebra, por los cambios normativos que operaron con las modificaciones a aquél Real Decreto a través del Real Decreto 1565/2010 y otras modificaciones posteriores. Así, tan Alto Tribunal refiere en su **Sentencia de 12/04/2012** (Id Cendoj: 28079130032012100180) que la supresión de la tarifa regulada en la que basaban sus **expectativas** de beneficio los inversores en fotovoltaicas **no constituye una irretroactividad prohibida** puesto que la proyección a futuro que se daba con el plazo de 25 años (luego 28 y después 30) no es calificable como retroactiva, dicho *grosso modo*, cuando dispone el recorte o, finalmente, la eliminación o cese de los cobros previstos, y no la devolución de cantidades ya cobradas. En este sentido, **los cambios normativos** operados sobre tales precios regulados, en los que basaban sus expectativas de beneficio y para la financiación de las inversiones por parte de tales inversores, no resultan ni ilegales ni se contradicen con los principios generales del derecho tales como los de confianza legítima, buena fe, interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, o de rentabilidad razonable. En otro sentido, también el **Tribunal Constitucional, en su Sentencia nº 30/2016** del Pleno, de fecha 18/02/2016, expone que "*se alega por los recurrentes la infracción del principio de seguridad jurídica y del principio de irretroactividad de las*



normas, contemplados ambos en el art. 9.3 CE. Los argumentos expuestos por los recurrentes, fueron ya expresamente rechazados en el fundamento jurídico 7 a) de la STC 270/2015, a la que también procede remitirse en este punto.

Así, y en cuanto al primero, hemos afirmado que «el principio de seguridad jurídica, entendido como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación de derecho, no resulta afectado por los preceptos que son objeto del presente recurso de inconstitucionalidad. No estamos ante una norma incierta o falta de la indispensable claridad, pues cuenta con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados. El respeto de dicho principio, y su corolario, el principio de confianza legítima, es compatible con las modificaciones en el régimen retributivo de las energías renovables realizado por el Real Decreto-ley 9/2013, más aún —como sucede en el presente caso—, en un ámbito sujeto a una elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica.

Los cambios legislativos producidos no pueden ser cuestionados desde la óptica del principio de confianza legítima. Este principio no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes, máxime en el contexto en que se promulgó el Real Decreto-Ley que ahora se enjuicia, es decir, de dificultades económicas y de crecimiento del

déficit del sistema eléctrico. Los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de confianza legítima, no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad. Dicha estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general.

A este respecto, las medidas cuestionadas implican, ciertamente, una modificación respecto del régimen anterior, decisión que el legislador de urgencia adopta a la vista de la situación en la que se encontraba el sistema eléctrico. No cabe calificar de inesperada la modificación producida, pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía, hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. No cabe, por tanto, argumentar que la modificación del régimen retributivo que se examina fuera imprevisible para un «operador económico prudente y diligente», atendiendo a las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir un déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores».

Por tanto, podemos considerar que las expectativas de financiación respecto de la previsión de financiación estatal y la posterior ausencia de las dotaciones presupuestarias correspondientes, para llevar a cabo actuaciones de interés general, podrían tratarse o tener las mismas consecuencias que esos "cambios regulatorios" que no han tenido materialización a la vista de la realidad material, pero esos "cambios"



basados en meras expectativas que, por otro lado, hay que decirlo hace el Gobierno con una fórmula de dudosa constitucionalidad, por cuanto que incidiría directamente contra el principio de legalidad presupuestario que atribuye a las Cortes Generales la potestad de aprobar los Presupuestos Generales del Estado, no consideramos que vulneren ni el principio de seguridad jurídica ni el de confianza legítima por cuanto que se trata de meras promesas y no de obligaciones impuestas por el Estado respecto de las que poder deducir derechos. Por tanto, el que el Estado, a través de las Cortes Generales, no haya podido atender, por las razones que fueren, las dotaciones presupuestarias anunciadas en la Disposición Adicional Única por el Gobierno en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, no le permite deducir a los operadores de distribución eléctrica y otros obligados por la Ley 26/2007 que resulta legítimo o legal causar la muerte de especies amenazadas en tendidos identificados previamente como peligrosos para la avifauna o en donde ya constan daños ambientales, en tanto en cuanto se está a la espera, de esa financiación esperada.

Otra de las cuestiones llamadas a error respecto de las soluciones técnicas a realizar tiene su origen en el RD 1432/2008 y en los Decretos autonómicos que se han promulgado para resolver el problema de la electrocución de avifauna. En estos Decretos se contienen disposiciones mínimas en cuanto a la seguridad de las crucetas y su diseño constructivo con respecto de la avifauna. Se trata como decimos de exigencias de carácter mínimo, e insuficiente en muchos aspectos, para prevenir las amenazas de daño por electrocución y la evitación de nuevos daños ambientales. Sobre la cuestión de las medidas a realizar para modificar los tendidos eléctricos, a pesar

del gran avance que supone en muchos aspectos técnicos como exigencias mínimas, ni mucho menos se puede deducir que cumpliendo con estas prescripciones constructivas mínimas se evita de forma infalible la electrocución. El deber de prevenir y evitar daños ambientales que se exige en la Ley de Responsabilidad Medioambiental, justamente al contrario, prevé que las soluciones técnicas a implantar para cumplir con las obligaciones legales de prevención, evitación y reparación pasa por adoptar soluciones que incorporen las Mejores Tecnologías Disponibles. Por tanto, reformar el tendido para implantar sólo esas mejoras mínimas pero no del todo eficaces no sirve para eximir de responsabilidad al obligado.

22. OTROS PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL DE APLICACIÓN.

Cabría añadir que además del principio de ***quién contamina paga***, la jurisprudencia europea y española y la doctrina administrativista ambiental más reputada vienen avanzando, evolucionando y señalando insistentemente en la aplicabilidad de los principios de "***no regresión ambiental***" (o *cláusula stand still* o de *statu quo*; avalado ya y recogido por el propio Tribunal Supremo en la **STS de 16/04/2015** (Recurso 3068/2012 – Id. Cendoj: 28079130052015100136) o en las STS de 30/09/2011 (Casación 1294/2008); de 29/03/2012 (Casación 3425/2009); 10/07/2012 (Casación 2483/2009) y 29/11/2012 (Casación 6440/2010) y de 14/10/2014 (Casación 2488/2012); del principio de "***prevención ambiental***"; el de "***desarrollo sostenible***"; o el de "***no pérdida neta de biodiversidad***", como fórmula para imponer medidas



compensatorias para que el resultado final resulte ambientalmente equilibrado; **o el de *prevalencia ambiental***; todos ellos vinculados a la protección finalista del derecho medioambiental, e incluso éste último positivizado en la propia legislación ambiental. De manera que la formulación constitucional del deber de todos de conservar el medioambiente y la evolución de la legislación y jurisprudencia, y hasta de la mentalidad de la sociedad actual exige poner fin al más grave de los problemas de conservación de la avifauna protegida, que además es un patrimonio público natural que no le puede ser hurtado impunemente a la sociedad sin que de ello dejen de derivarse responsabilidades para el causante que tuvo la posibilidad de haber evitado el resultado dañoso y no lo hizo.

23. LAS ZONAS DE PROTECCIÓN PRIORITARIA DEL REAL DECRETO 1432/2008.

Las mallas o zonas prioritarias de protección de avifauna aprobadas en aplicación del Real Decreto 1432/2008, *grosso modo*, sólo suponen la mitad del territorio, aunque **los casos de electrocución tanto en número de individuos como en categoría de los mismos, se producen casi en similar proporción tanto dentro de las zonificaciones en mallas como fuera de ellas**; sin que exista más diferencia que la de que se supone que los animales habitan en unas determinadas zonas, pero pudiendo ocurrir, como ocurre en la práctica real, una electrocución en los lugares más insospechados y con más frecuencia de la que podría esperarse.

Algunas de las grandes compañías de distribución intentan llegar a acuerdos y compromisos con los Gobiernos al efecto de emprender las reformas de tendidos que debían haber llevado a cabo hace muchos años; y vencidos ya los plazos que se fijaron en el Real Decreto 1432/2008 con fecha límite para estas zonas prioritarias. Estos acuerdos, que pueden ser verbales o por escrito, por impedimento legal, no pueden ni deben incorporar la suspensión de los expedientes sancionadores que procedieran ni la renegociación a la baja de sus obligaciones de preservación de la biodiversidad estableciendo nuevas moratorias que permitan seguir dando lugar a la muerte de avifauna amenazada en tanto en cuanto llevan a cabo la modificación de un ínfimo número de postes eléctricos en términos comparativos con los cientos de miles de postes a modificar. La vía de diálogo que referimos ni resulta legal en estos términos ni se justifica tampoco éticamente ante la gravísima problemática que causan los tendidos eléctricos. El argumento principal que han utilizado siempre las distribuidoras eléctricas es que en tanto la Administración no dispusiera las partidas presupuestarias para afrontar esas inversiones no les era exigible la obligación de acometer ninguna modificación de los tendidos.

Con la aprobación del **Real Decreto 1432/2008** se pretende poner fin al más grave de los problemas que tiene la avifauna en el estado español pero sólo respecto de una parte del territorio español. En el mismo se establecen normas de carácter técnico en cuanto a diseño de los tendidos, al efecto de impedir que las aves de gran tamaño resulten muertas por electrocución. Estas soluciones técnicas son sencillas y baratas en su ejecución, siendo obligatorias para todas las nuevas instalaciones que se autoricen a partir de la entrada en vigor del RD. Con respecto a las



instalaciones antiguas, las graves causantes de la tan altísima mortalidad actual, se establece un método y un calendario de actuaciones. En primer lugar, se definen las zonas donde resultará aplicable el Real Decreto; concretándose **tres zonas:** **a)** las insertas en Zonas de Especial Protección de Aves (ZEPA´s: Red Natura 2000); **b)** Zonas donde se esté aplicando un Plan de Recuperación de Especies; y **c)** Áreas Prioritarias de reproducción, alimentación, campeo, dispersión y concentración.

El Real Decreto establece que a partir de que las Consejerías de Medioambiente de las Comunidades Autónomas aprueben las zonificaciones (se denominan "mallas" en CLM), las Consejerías de Industria disponían de un plazo de un año para publicar una Relación de líneas afectadas por estas zonificaciones de protección. En CLM la **Resolución de 28/08/2009** del OAEN estableció las mallas de protección prioritarias; estando disponibles en la web de la JCCM las capas en formato GVSig. Tres meses después de aprobarse tales mallas, **la Consejería de Industria recabó consulta por escrito** (reiterada en ausencia de contestación) con acuse de recibo **a las empresas distribuidoras eléctricas** de la región. La propia Resolución refiere que se trata de los datos que ha obtenido de las distribuidoras; **sin que haya realizado ninguna notificación personal a ninguna empresa o particular** propietario de un tendido eléctrico; ya que en muchos casos desconoce la propiedad y titularidad del mismo; especialmente respecto de los tendidos más antiguos, careciendo de una base de datos actualizada, desconociendo el uso de los sistemas estándar de GVSig para identificación de Coordenadas UTM, y amparándose en que previa consulta al Gestor u operador dominante de la Red eléctrica podría conocer algunos datos que le llevaran a identificar los tendidos

de particulares. Se da la circunstancia de que la Dirección General de Industria, con la legislación que estuvo vigente en su momento, no dispuso estas décadas pasadas de un registro de forma informatizada de los titulares de las líneas eléctricas por no constar legislación que lo regulara, recibiendo así del antiguo Ministerio de Industria sólo en papel una infinidad de expedientes de líneas antiguas de difícil manejo. Por ello, la Dirección General de Industria podría no haber podido contactar con algunos titulares de tendidos si esta hubiere sido su intención, incluso con respecto de tendidos legales y mucho menos con los que siguen en situación de ilegalidad, puesto que la propia Resolución de 17/12/2009 refiere que el Anexo comprende solo la información que suministran las empresas distribuidoras de electricidad. Por otro lado, **la relación de líneas que incorpora la Resolución contiene numerosos errores**, y no resulta fácil determinar si un determinado poste eléctrico o línea está o no contemplado en la relación, ya que la identificación de los mismos deviene de denominaciones internas propias de cada distribuidora que no son conocidas en muchos casos ni para la Administración de Industria ni de Medioambiente; pero, muy especialmente, han quedado muchísimos tendidos de empresas distribuidoras pendientes de ser incorporados a aquella relación; lo que no ha sido óbice para que las sanciones impuestas por electrocuciones fueran confirmadas por el TSJ-CLM. En cuanto a los tendidos de particulares ninguno se ha incluido. A partir de la publicación de la Resolución de Industria, las empresas distribuidoras debían presentar un proyecto de modificación del tendido en **el plazo de un año** desde que se publicó; el cual terminó en enero de 2011; previendo el Real Decreto la **financiación por el Estado** mediante el establecimiento de partidas presupuestarias durante **cinco años a partir de que entrara en vigor el Real**



Decreto, y condicionando, indebidamente, la ejecución de los proyectos presentados a la disponibilidad de financiación en el Plan de Inversiones que resultara avalado por la incorporación de partidas presupuestarias en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

El **artículo 10 del Real Decreto 1432/2008** establece que el **régimen sancionador** aplicable por vulneración del mismo sería el previsto en la Ley del Sector Eléctrico así como en la normativa medioambiental. Nada se menciona respecto de la legislación de Industria aunque todos los tendidos eléctricos son instalaciones industriales. Sin embargo, ningún expediente sancionador nos consta que se haya abierto en aplicación del régimen sancionador eléctrico o industrial. En la anterior Ley 54/1997 existían diversos preceptos que podrían haber servido para imponer sanciones. Pero con la actual Ley 24/2013 del Sector Eléctrico ha desaparecido toda referencia que sirviera para sancionar por electrocuciones de avifauna, ya que sólo se hacen referencias muy genéricas respecto del Medioambiente y ninguna a fauna o avifauna, y no existe tampoco tipificación al respecto. En cambio, la Ley 21/1992 de Industria permite de un modo claro aplicar la vía sancionadora por electrocuciones de avifauna también por parte del órgano sustantivo de Industria con los artículos 31.1.a) y d); 31.2.a), m) y q); 31.3.e) y g) en relación con los artículos 9 y 10 de la misma.

Hasta ahora **el Estado no ha habilitado las partidas presupuestarias que anunció; y la Consejería de Industria de Castilla-La Mancha, hasta la fecha, no ha subsanado errores ni ha ampliado la relación de líneas afectadas** respecto de las distribuidoras que no suministraron información

ninguna, aun cuando alguna operadora de distribución, después de publicarse la inicial resolución, suministró información individualizada en formato digital de cada poste concreto (uno por uno) y de cada línea.

Con la reciente aprobación del **Real Decreto 264/2017**⁸⁸, parece que se abre la posibilidad de que el Estado apruebe anualmente subvenciones para todo el territorio del Estado con un **límite anual de 15 millones de euros**. Con esa cifra, **palmariamente insuficiente** para modificar los tendidos antiguos, no se podría abordar siquiera mínimamente el problema de las electrocuciones de avifauna cuya inversión podría superar quizás los 50.000 millones de euros sólo para zonas prioritarias de protección. Ante la **falta de auditoria energética respecto de los costes de distribución**, tantas veces reclamada por algunos grupos políticos y organizaciones de ciudadanos, y tantas veces rechazada por los distintos Gobiernos, no se conocen verdaderamente las cifras necesarias para abordar la reforma ni el coste real de distribución de la energía eléctrica.

El Real Decreto 264/2017 regula las subvenciones a percibir por personas físicas o jurídicas, públicas y privadas afectadas por las zonificaciones o mallas de protección de avifauna frente al riesgo de electrocución que lleven a cabo las modificaciones de los tendidos, previendo la financiación tanto de tendidos propiedad de empresas distribuidoras como de particulares de todo el territorio español. Entre los requisitos previstos en el RD 264/2017 para acceder a las ayudas, en régimen de concurrencia competitiva, el **artículo**

⁸⁸ Publicado en BOE núm. 92 de 18 de Abril de 2017 y Corrección de Errores en BOE núm. 230 de 23 de Septiembre de 2017.



5.1.b) exige que los proyectos de los tendidos a modificar “han de referirse a líneas eléctricas que figuren en el inventario de líneas eléctricas aéreas de alta tensión que provocan una significativa y contrastada mortalidad por electrocución” aprobado por Industria. Es decir, que los tendidos afectados por zonas o mallas a), b) o c) de protección de avifauna frente al riesgo de electrocución deben estar insertos en el listado (inventario) contenido en la Resolución de la Dirección General de Industria de cada CCAA.

Aunque dudamos, como hemos dicho, de la legalidad del RD 264/2017 respecto de su compatibilidad con el principio de “*quien contamina, paga*” y respecto del principio europeo de libre competencia que la financiación para resolver el problema de las electrocuciones pueda ser pública, el RD ha sido ya objeto de depuración por la Sentencia nº 88/2018⁸⁹ del Tribunal Constitucional de fecha 19/07/2018, si bien ningún análisis se hace en ella sobre esta cuestión ya que deviene de un conflicto de competencias planteado por la Generalidad de Cataluña con el Estado respecto del que el Tribunal resuelve que las convocatorias de tales subvenciones corresponde gestionarlas y realizarlas a las CCAA como parte de su función ejecutiva en materia de medioambiente.

24. EL COSTE DE LAS INVERSIONES A REALIZAR POR LAS EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA.

La modificación de un apoyo eléctrico tiene un coste aproximado de unos 2.000 €. Este dato y otras cifras

⁸⁹ Publicada en BOE de 17/08/2018.

económicas que vamos a dar a continuación no son más que una mera aproximación por extrapolación de cifras obtenidas de otros estudios pero sin ningún tipo de verificación, ni en absoluto se han podido contrastar. Por tanto, deben ser tomadas de un modo totalmente subjetivo y con mucha precaución. Aunque nos estamos refiriendo únicamente a las empresas del sector de distribución eléctrica, nos atrevemos a aventurar que las cifras de inversión que la memoria económica que acompañaba al proyecto del Real Decreto 1432/2008 antes de su aprobación refería una inversión aproximada en 2003 de unos 45 millones de euros⁹⁰ sin distinguir operadores del sector de distribución ni otras empresas o particulares constituían un grave error de cálculo como luego el propio Ministerio ha comprobado y se ha hecho constar en otras publicaciones. No obstante, tratando de obtener una cifra aproximada, extrapolando datos aportados por una empresa de distribución eléctrica a la Dirección General de Industria de Castilla-La Mancha en diciembre de 2010, que consideraba necesarias unas inversiones de 200 millones de euros para la reforma de 44.000 apoyos en zonas prioritarias de Castilla-La Mancha según se dispuso en cumplimiento del RD 1432/2008, puede que la cifra real del coste supere con poco los 5.000 millones para todo el territorio español si se tuviese sólo en cuenta tales zonas prioritarias, o los 10.000 millones si se contase con acometer las correcciones en

⁹⁰ 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 descargable en la siguiente dirección web: http://www.mapama.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-especies/estudioincidenciatendidoscambioclimatico_tcm30-379323.pdf



todo el territorio español además de en esas zonificaciones prioritarias. Insistimos en que son cifras que no están contrastadas en absoluto. Pero queremos reflejar la posibilidad del tremendo y grave error de cálculo del Ministerio de Medioambiente y del Gobierno cuando se aprobó la Disposición Adicional Única con la que el Estado pretendía asumir la financiación total con un Plan de Inversiones quinquenal. Ya en octubre de 2014 se ha publicado y constatado por el Ministerio el Estudio de integración de necesidades de financiación impuestas por el R.D. 1432/2008 en el que la cifra mínima se eleva a 434 millones de euros referido únicamente para las zonificaciones prioritarias y advirtiendo dicho texto que no se dispone de datos de algunas Comunidades Autónomas. De modo que el asunto de los costes de inversión presenta aún muchas dudas en cuanto a cuantía se refiere. En todo caso, ni las limitadas cifras que se señalan en el Real Decreto 264/2017 de subvenciones para afrontar la problemática de las electrocuciones ni otras formas de subvención pública autonómica parece que pudieran resultar suficientes para acabar con el problema de la electrocución de grandes rapaces; por lo que es y seguirá siendo a corto, medio y largo plazo el principal problema de conservación de nuestro Patrimonio Natural, con una gran distancia respecto de otras problemáticas de supervivencia, a menos que los multimillonarios costes de inversión fueran asumidos prácticamente en su totalidad por las grandes empresas distribuidoras así como por el resto de operadores económicos y profesionales que actúan en otros sectores de la economía; financiando, como refiere el derecho ambiental europeo, cada cual los costes e inversiones ambientales que su actividad genere.

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

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

“LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL AGUA Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”

Antonio Maniatis

Ex docente de Derecho de la Universidad de
Castilla-La Mancha
Docente de Derecho de la Universidad de Nicosia

RESUMEN:

El derecho hidráulico ha ganado un interés especial por la comunidad académica. El derecho al agua ha sido reconocido por las Naciones Unidas pero ninguna convención lo ha explícitamente consagrado como un derecho humano universal. En varios ordenamientos nacionales ha recientemente adquirido una consagración constitucional, mediante la jurisprudencia (en Grecia) y habitualmente la revisión de la Constitución. La directiva 2000/60/CE ha regulado la gestión del agua de una manera integrada de acuerdo con el principio de sostenibilidad. Además, los países de la Unión europea deberían haberse abstenido de adoptar la exclusión del sector del agua del campo de la transposición de la directiva 2014/23/UE sobre la concesión dado que no estaban obligados a adoptar la exclusión. De todos modos, el agua sigue siendo una temática especial en materia de la contratación pública, dado que está sujeta a la Directiva separada



2014/25/UE. El derecho al agua debe consagrarse de manera explícita y simple, exenta de prejuicios y distorsiones.

PALABRAS CLAVE

contratación pública; derecho hidráulico; derecho al agua;

ABSTRACT

Hydraulic law has gained a special interest by the academic community. The right to water has been recognized by United Nations but no convention has explicitly consecrated it as a universal human right, yet. In various national legal orders, it has recently acquired a constitutional consecration, through the jurisprudence (in Greece) or usually the revision of the Constitution. Directive 2000/60/EC has regulated the water management in an integrated way according to the principle of environmental sustainability. Member states of the European Union should have abstained from adopting the exclusion of the water sector from the field of transposition of Directive 2014/23/UE on concession, given that they were not obliged to adopt such an exclusion. Anyway, water still remains a special issue in terms of public contracting, as it is submitted to separate Directive 2014/25/UE. The right to water should be consecrated in an explicit and simple manner, exempted from prejudices and distortions.

KEYWORDS

public contracting; hydraulic law; right to water;

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO HIDRÁULICO.**
- II. EL DERECHO AL AGUA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.**
- III. EL DERECHO AL AGUA EN EL DERECHO COMPARADO.**
- IV. EL DERECHO AL AGUA SEGÚN LA DIRECTIVA 2000/60/CE.**
- V. EL DERECHO AL AGUA Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SEGÚN LAS DIRECTIVAS DE 2014.**
- VI. CONCLUSIÓN: EL DERECHO AL AGUA EN VÍA DE RECONOCIMIENTO.**

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO HIDRÁULICO.

Según el gran aviador Antonio de Saint-Exupéry, el agua no es meramente necesaria para la vida, es la vida⁹¹. El agua se ha utilizado no solamente para fines prácticos de la vida cotidiana sino también para la cultura, desde la antigüedad. Por ejemplo, en Grecia antigua el instrumento musical “ὕδραυλις” (palabra que significa “hidráulica”) hacía uso del agua para su funcionamiento. Los expertos pudieron recomponer el llamado “instrumento del agua” en la década de 1990 en Grecia, gracias a un descubrimiento arqueológico. Poco antes, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Aguas 29/1985 de 2 de agosto en el ordenamiento español y de la adhesión de España a la Comunidad Europea tuvo lugar la eclosión de un interés inusitado

⁹¹ GAZZANIGA, J.-L., LARROUY-CASTÉRA, X., MARC PH., OURLIAC J.-P., *Le droit de l'eau*, LexisNexis Litec, 2011, pág. 6.



por el derecho hidráulico, antes desconocido en el marco de la ciencia jurídica española⁹².

El derecho hidráulico, que ha ganado un interés especial por la comunidad académica internacional, está vinculado a otras ramas, como el derecho de medio ambiente y el derecho energético. De sobra, las tecnologías han recientemente cambiado el modo de explotación de la energía. Por ejemplo, la energía hidráulica se obtiene a partir de la energía potencial y cinética de las masas de agua que transportan los ríos y puede convertirse en energía eléctrica. Hoy día, existe una transición desde el modelo tradicional de la concentración de la producción de la energía eléctrica en los lugares en aquellos están disponibles los recursos energéticos (carbón y ríos grandes) hacia el modelo de las unidades de producción dispersa (por ejemplo, sistemas fotovoltaicos). Con la ayuda de las nuevas tecnologías, los clientes, industriales o domésticos, pueden ser consumidores y también productores, jugando así un papel conocido con el neologismo "prosumer".

En todo caso, el derecho hidráulico sigue siendo de mayor importancia. Pues, sería interesante intentar una aproximación a la garantía constitucional del agua, particularmente en combinación con el fenómeno jurídico y administrativo de la contratación pública.

⁹² LÓPEZ MENUJO, F., «Las aguas», *RAP*, 200, 2016, pág. 258.

II. EL DERECHO AL AGUA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

En el derecho internacional de medio ambiente, el agua como bien está examinada a través de la gestión de los recursos hídricos internacionales, con punto principal de referencia la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación⁹³. Esta convención marco de 1997, sobre exclusivamente los recursos físicos del agua dulce, entró en vigor en 2014.

El derecho al agua podría clasificarse en el marco de la tercera generación en la historia de los derechos fundamentales. Se trata de la generación de los derechos de solidaridad o de los pueblos, estrictamente relacionada al derecho internacional y sobre todo a la actividad de las Naciones Unidas. En principio, los derechos de solidaridad parten de problemáticas globales que necesitan de un enfoque transnacional para su concreción (como son los casos de los derechos a un medio ambiente sano, al agua, a la paz, al desarrollo, entre otros)⁹⁴.

Poco antes de la época de los derechos de tercera generación, la comunidad internacional plasmó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en 1966, en sus artículos 11.1 y

⁹³ TZATZAKI, V. - M., *El agua en el derecho internacional público*, Nomiki Vivliothiki, 2012, pág. 61 (en griego).

⁹⁴ PACHOT ZAMBRANA, K. L., «El derecho constitucional al deporte en la doctrina y el derecho comparado», *Cuestiones Constitucionales*, 35, 1, 2016, págs. 133-134.



12 la obligación de los Estados a garantizar un nivel de vida digno a todo individuo⁹⁵. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, organismo supervisor del PIDESC, ha delimitado con claridad el contenido esencial o núcleo fundamental de algunos derechos económicos, sociales y culturales (que constituyen los derechos de segunda generación, después de la época de los derechos civiles y políticos), a través de sus Observaciones Generales, como en materia del derecho al agua⁹⁶. Así, la Observación general número 15, denominada “El derecho al agua”, interpreta los artículos 11 y 12 del PIDESC⁹⁷. Existe, según el Comité, no sólo un derecho sino una obligación por parte de los Estados, al agua, y deben aplicarse las directrices siguientes:

- a) Disponibilidad,
- b) Calidad,
- c) Accesibilidad física,
- d) Asequibilidad o accesibilidad económica,
- e) No discriminación.

Además, la resolución 64/292, denominada “El derecho humano al agua y el saneamiento”, aprobada el 28 de

⁹⁵ RAFAEL AGUILAR OBREGÓN, E. A., «Genealogía del derecho al agua en México», *Impluvium*, 4, 2015.

⁹⁶ MEZA FLORES, J. H., «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema iberoamericano de protección a los derechos humanos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 132, 2011, pág. 1141.

⁹⁷ Vid. LOHSE, O., *Das Recht auf Wasser als Verpflichtung für Staaten und nichtsstaatliche Akteure*, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Kovac, 2005.

julio de 2010 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reconoce que *"el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos"*.

En conclusión, en el derecho internacional, el derecho al agua tiene un carácter fragmentado o híbrido, haciendo parte de los derechos a la vida, a un nivel suficiente de vida y a la salud⁹⁸. No existe todavía un derecho al agua, dotado con las tres características requeridas de autonomía, universalidad y coerción legal.

III. EL DERECHO AL AGUA EN EL DERECHO COMPARADO.

Aproximadamente veinte países han incorporado explícitamente el derecho humano al agua en sus Constituciones, particularmente en América. La adopción de la resolución precitada 64/292 era decisiva en la formulación del derecho humano al agua y saneamiento en México⁹⁹. El caso mexicano es muy importante en esta materia, ya que antes de la inclusión explícita del derecho de toda persona al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico, en el artículo 4º, en febrero de 2012, surgió la interpretación que el derecho

⁹⁸ PETERSMANN, M. - C., *Les sources du droit à l'eau en droit international*, Editions Johanet 2013, págs. 105-106, 109, 111.

⁹⁹ JACOBO – MARÍN, D., «El derecho humano al agua y saneamiento en México. Una lectura comparada de su formulación constitucional», *Impluvium* 4, 2015.



al agua ya estaba expresado en la Constitución¹⁰⁰. Dicho derecho se encontraba –para algunos– disperso en los artículos 2º, 4º y 27º que –de alguna manera– obligaban a las autoridades a emprender acciones para asegurar la disponibilidad y el acceso al agua. Si bien el artículo 27º ha sido reformado en varias ocasiones, en la redacción original de 1917 el párrafo tercero tenía un fraseo que establecía el derecho al agua:

"Los núcleos de población que carezcan de tierras y aguas o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad agrícola en explotación".

En todo caso, dado que la disposición añadida en el artículo 4º en 2012 hace mención del Estado como garantizador del derecho humano al agua, una consecuencia importante de esta inclusión fue que el Estado debe asumirse como el responsable de proveer y gestionar el recurso siempre y cuando siga las directrices precitadas, planteadas por el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

El agua ha provocado intensas preocupaciones y evoluciones políticas y administrativas en varios países europeos, como es el caso de Italia con el importante referéndum de 2011 sobre el agua pública¹⁰¹. Es

¹⁰⁰ RAFAEL AGUILAR OBREGÓN, E. A., «Genealogía del derecho al agua en México», *Impluvium*, 4, 2015.

¹⁰¹ Vid. P., L., «Introduzione», ALGOSTINO, A., CIOTTI, L., MONTANARI T., PEPINO, L., *Modifiche costituzionali e Italicum Io dico No*, págs.7-9, Edizioni Gruppo Abele 2016.

notable que la capital de este país hizo frente a un problema serio de escasez hídrica, en 2017¹⁰². La primavera de aquel año era la segunda más caliente por los últimos 60 años y la más seca.

Por lo que se refiere al ordenamiento español, la colaboración entre el sector público y aquel privado era muy usada sin un apoyo jurídico (por ejemplo, el programa del Ministerio de Medio Ambiente, de 2004 «A.g.u.a» Actuaciones para la Gestión y Utilización del Agua), por los últimos años antes de adoptar un marco institucional¹⁰³.

La legislación, estatal y autonómica, del derecho del agua ha generado litigación ante el Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en la línea de los conflictos suscitados por la última oleada de reforma de los estatutos de autonomía en materia de competencias sobre cuencas hidrográficas, la Comunidad Autónoma de La Rioja impugnó en 2007 los artículos 19 y 72, así como la disposición adicional, del nuevo texto del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado mediante la Ley Orgánica 5.2007, de 20 de abril. En concreto, el Gobierno de la Rioja discute entre otros la constitucionalidad del artículo 19 del Estatuto de Autonomía de Aragón, que reconoce a los ciudadanos aragoneses el "*derecho a disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes para atender sus necesidades presentes y futuras*" (apartado 1). En cuanto al derecho

¹⁰² HOROWITZ, J., «City of Ancient Aqueducts May Face Water Rationing», *The New York Times*, Friday, July 28 2017, pág. A4.

¹⁰³ MORENO MOLINA, J. A., PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley Madrid 2008, pág. 913.



reconocido, el Tribunal Constitucional, en la STC 110/2011, de 22 de junio, se remite a la doctrina desarrollada en las SSTC 247/2007, de 12 de diciembre, y 31/2010, de 28 de junio, para afirmar de nuevo, por una parte, la posibilidad de que los estatutos contengan declaraciones de derechos y, por otra, que, en cualquier caso, esos derechos solo vincularían a los poderes públicos autonómicos. Es también notable que el Tribunal Constitucional, en la STC 159/2011, de 28 de septiembre, no ha declarado inconstitucional la introducción en la legislación estatal de aguas del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas, con la Ley 46/1999. Se trata de una figura que pretendía flexibilizar el régimen concesional del agua para potenciar la eficiencia en el uso de este bien¹⁰⁴.

Además, en los últimos años las políticas de estabilidad presupuestaria y financiera han virado la tradicional política de gestión de la oferta de España, afectada por un gran desequilibrio hídrico, y han convertido en una prioridad para los agentes y poderes públicos la gestión de la demanda, aumentando la percepción social de los problemas ambientales, incidiendo en el comportamiento de los consumidores finales y de las gestoras del agua para alcanzar la eficiencia en su uso y distribución y de mercado para contener la demanda, fomentando el ahorro y superando el estancamiento en que pro su rigidez se encontraban los tradicionales instrumentos de gestión¹⁰⁵.

¹⁰⁴ DE LA VARGA PASTOR, A., JARIA I MANZANO, J., "Jurisprudencia general: derecho administrativo y constitucional", *RCDA*, 2, 2011, págs. 1-7.

¹⁰⁵ NAVARRO, T. M., «Políticas del agua, investigación y gestión de recursos hídricos», *agua Magazine*, pág. 94.

Finalmente, la misma crisis económica llevó a Grecia a la privatización del capital público de la compañía de abastecimiento de agua y alcantarillado de la capital. Sin embargo, ese proyecto ha sido bloqueado por el Consejo de Estado mediante su sentencia 1906/2014, con la cual el derecho humano al agua ha adquirido una consagración constitucional, basada en las disposiciones de los artículos 5 par. 5 y 21 par. 1 de la Constitución, relativas al derecho a la salud.

IV. EL DERECHO AL AGUA SEGÚN LA DIRECTIVA 2000/60/CE.

La Unión europea ha adoptado un texto especializado sobre el agua, la directiva 2000/60/CE "por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas"¹⁰⁶. Según el considerando 1, "*El agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal*". Basada en esta declaración, una parte de la doctrina sostiene el concepto que el agua constituye simultáneamente un recurso vital y un valor económico y que su doble

¹⁰⁶ MANIATIS, A., *La contratación pública y la colaboración público-privada en Grecia tras las directivas de 2014 Parte II. La contratación pública en Grecia tras las directivas de 2014*, Ponencia en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla - La Mancha, Curso de verano sobre «La nueva Ley de Contratos del Sector Público», Cuenca, 28 y 29 de junio de 2017, Disponible en: <https://eclass.gunet.gr/courses/LAWGU223/>. Fecha de acceso: 2 octubre 2017.



naturaleza debe ser respetada y entendida de manera global¹⁰⁷.

La directiva institucionaliza la gestión integrada del agua, promoviendo el principio de sostenibilidad ambiental. De sobra, los artículos 16 y 17 prevén estrategias para combatir la contaminación de aguas y para prevenir y controlar la contaminación de las aguas subterráneas, respectivamente. La directiva constituye en la evolución del Derecho de aguas de la Unión, incorporando al acervo comunitario instituciones jurídicas arraigadas entre los españoles (los conceptos de cuenca hidrográfica, organismos de cuenca, planes hidrográficos) y otras novedosas de marcado carácter medioambiental (buen estado del agua, control combinado de la contaminación, principio de recuperación de costes)¹⁰⁸.

Si el legislador de la directiva evita de hacer uso del término «derecho al agua», el legislador griego ha preferido un sustituto. En el párrafo 1 del artículo 11 de la ley 3199/2003, adoptada para la transposición de la directiva, cita que «*Cada persona jurídica o natural puede utilizar agua o ejecutar obras de valorización de los recursos hídricos para la satisfacción de sus reales necesidades*» pero ciertas actividades están sujetas a un régimen de autorización. Por lo que se refiere al ordenamiento español, no cabe el triunfalismo, pues existen objetivos de esta directiva aún no satisfechos debidamente (principio de recuperación de costes,

¹⁰⁷ BORDONNEAU, M.- A., *Regard juridique sur la double nature de l'eau*, Éditions Johanet 2009, pág. 105.

¹⁰⁸ FANLO LORAS, A., *La gestión del agua en España: experiencias pasadas, retos futuros*, Universidad de la Rioja, Logrono, 2001, pág. 10.

mayor participación ciudadana en la elaboración de los planes...) y subsisten las dificultades para implantar un patrón, con grado de rigidez que ha de tenerse como inevitable, a una realidad absolutamente heterogénea, cosa esta que es predicable de todos los Estados de la Unión¹⁰⁹.

V. EL DERECHO AL AGUA Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SEGÚN LAS DIRECTIVAS DE 2014.

Tiene un valor simbólico el hecho de que la convención precitada de las Naciones Unidas, sobre exclusivamente los recursos físicos de agua dulce, entró en vigor en el año de la adopción de las nuevas directivas de la Unión europea sobre la contratación pública. Según el considerando 40 del preámbulo de la directiva 2014/23/UE sobre las concesiones, *«En el sector del agua, las concesiones están sujetas a menudo a mecanismos específicos y complejos que requieren una consideración especial debido a la importancia del agua como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos de la Unión»*.

Por un lado, la legislación de la Unión reconoce no meramente el carácter público del bien acuático sino también su valor fundamental para los ciudadanos europeos, los cuales consecuentemente tienen el derecho al disfrute del agua. Por otro lado, sería importante hacer una referencia explícita al «derecho al agua» mientras el término «derecho» sigue siendo evitado.

¹⁰⁹ LÓPEZ MENUDO, F., «Las aguas», *RAP*, 200, 2016, pág. 276.



Según el precitado considerando 40 de la directiva relativa a las concesiones, «*Las características especiales de dichos mecanismos justifican exclusiones en el sector del agua ámbito de aplicación de la presente Directiva*». La ley griega 4413/2016 adopta plenamente la especificación de la previsión del artículo 12 de la directiva, citando que ella no se aplica en los contratos de concesión que adjudicadas a:

- a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable;
- b) el suministro de agua potable a dichas redes.

La ley tampoco se aplica a los contratos de concesión que se refieran a uno de los objetos siguientes o a ambos que estén relacionadas con una de las actividades apenas contempladas:

- a. proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20% del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje o
- b. eliminación o tratamiento de aguas residuales.

Consecuentemente, se pone de manifiesto la esencia central del contenido del derecho al agua, la cual consiste en el agua potable y no principalmente en otros aspectos del uso del agua, como es la irrigación. Es obvio que los recursos acuáticos son tan importantes que los países miembros de la Unión europea no están de acuerdo para someterlos a un régimen europeo común sobre los contratos de concesión, provocando

crítica de parte de la doctrina¹¹⁰. En todo caso, el agua sigue situándose en un campo excepcional por lo que se refiere no solamente a la concesión sino a la contratación pública en sentido estricto, dado que existe la directiva 2014/25/UE sobre este caso del ex «sector excluido», regulado como tal por la directiva 2004/17/CE mientras la contratación pública de la gran mayoría de los otros sectores está reglada por la directiva 2014/24/UE.

VI. CONCLUSIÓN: EL DERECHO AL AGUA EN VÍA DE RECONOCIMIENTO.

En el ámbito del derecho internacional no existe todavía ninguna convención general sobre el derecho universal al agua pese al hecho de que se trata de un derecho genuino y autónomo. De sobra, la gran mayoría de las constituciones formales es ajena a una consagración explícita de tal derecho mientras la garantía constitucional del agua cuenta con un siglo de disposiciones, como es el caso del ordenamiento mexicano. El derecho al agua no debería considerarse como una mera componente de otros derechos constitucionales, como los relativos a la salud y sobre todo al medio ambiente.

Además, el derecho de contratación pública tiene muchas particularidades, como el caso de la concesión, que constituye un tipo privilegiado de contratación. Este tipo ha sido tradicionalmente destinado a la

¹¹⁰ BRACONNIER, S., «La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives», *AJDA*, 15, 2014, pág. 840.



contratación en el campo delicado del agua. Es obvio que la Unión europea ha hecho algunos pasos de progreso con la adopción de una normatividad sobre la contratación del agua, pero debería proceder a una convergencia de las normas comunes sobre la contratación pública y de las relativas al sector del agua.

En conclusión, el derecho humano al agua debe consagrarse de manera explícita y simple, exenta de prejuicios y distorsiones.

* * *

El período corriente de la cuarta generación de los derechos fundamentales se delinea por el reconocimiento internacional del derecho a contener el cambio climático, fenómeno que amenaza varios otros derechos como el derecho al agua, mientras la revolución hidráulica, que comenzó en el siglo XIX en Europa, debe tener éxito a nivel mundial¹¹¹...

¹¹¹ Vid. LACOSTE, Y., *El agua en el mundo*, Castalia, 2007 (traducción en griego), pág. 112.

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

**COMENTARIO DE
LEGISLACIÓN**

**“COMENTARIO AL REAL DECRETO-LEY
7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL
ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA
NACIONAL DE SALUD.”**

**“COMMENTARY TO THE ROYAL
DECREE-LAW 7/2018, OF 27 JULY, ON
THE UNIVERSAL ACCESS TO THE
NATIONAL HEALTH SYSTEM IN SPAIN.”**

Leopoldo J. Gómez Zamora.

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

Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas y de la
Administración.

RESUMEN:

El Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud ha venido a revertir la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones en materia de derecho a la asistencia sanitaria y más concretamente en lo que tenía que ver



con la privación del derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos de los extranjeros que se encontraran en una situación irregular en España.

Esta reforma viene precedida de diversas sentencias del Tribunal Constitucional sobre la anterior norma y trata de recuperar un principio de universalidad de la prestación sanitaria en España.

Para llevar a cabo la modificación se regula el concepto de titular y el reconocimiento del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria con especial mención a la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español y la aportación farmacéutica de las mismas.

Se reformulan y mantienen los conceptos de asegurado y beneficiario pero únicamente a efectos de lo previsto en la normativa internacional y la aportación a la prestación farmacéutica.

Palabras clave: derecho asistencia sanitaria, prestación sanitaria y farmacéutica, gratuidad, universalidad, extranjeros

Abstract: The Royal Decree-law 7/2018, of July 27, on universal access to the National Health System has come to reverse the reform operated by Royal Decree-law 16/2012, of April 20, of urgent measures to guarantee the sustainability of the National Health System and improve the quality and safety of its benefits in terms of the right to healthcare and, more specifically, in relation to the deprivation of the right to health care charged to public funds of foreigners that they were in an irregular situation in Spain.

This reform is preceded by various judgments of the Constitutional Court on the previous rule and seeks to recover a principle of universality of health provision in Spain.

To carry out the modification regulates the concept of holder and the recognition of the right to health protection and health care with special mention to the protection of health and health care for foreigners who are in Spain do not have their legal residence in the Spanish territory and the pharmaceutical contribution of the same.

The concepts of insured and beneficiary are reformulated and maintained but only for the purposes of the provisions of the international regulations and the contribution to the pharmaceutical benefit.

Key words: right health care, health and pharmaceutical services, free, universality, foreigners

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN

1. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2. EL REAL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

A) La justificación de la reforma

B) La forma de la reforma

C) La regulación en la normativa internacional aplicable en España

D) La universalidad del sistema

II. CONTENIDO MATERIAL DEL REAL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

1. MODIFICACIÓN DE LA LEY 16/2003, DE 28 DE MAYO, DE COHESIÓN Y CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

A) Titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria



- a) Titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria
- b) Personas que se encuentren en el ámbito de aplicación de normativa europea o convenios bilaterales
- c) El mutualismo administrativo
- d) Los terceros obligados

B) Reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos

C) La transmisión de datos sin el consentimiento del interesado

D) Protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español

- a) Derecho como titulares a la protección de la salud y a la atención sanitaria as personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español
- b) Requisitos
- c) Procedimiento

E) Los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria

2. LA APORTACIÓN FARMACÉUTICA: MODIFICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE GARANTÍAS Y USO RACIONAL DE LOS MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2015, DE 24 DE JULIO

III. CONCEPTOS DE ASEGURADO Y BENEFICIARIO A EFECTOS DE LO PREVISTO EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y LA APORTACIÓN A LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA

- 1) CONCEPTO DE ASEGURADO
- 2) CONDICIÓN DE BENEFICIARIO

I. INTRODUCCIÓN

En el nº 5 de la revista Gabilex se publicó un artículo de este mismo autor, titulado "La asistencia sanitaria en España, especial referencia a la prestación sanitaria a los extranjeros en situación irregular después de la modificación operada por el Real Decreto-Ley 16/2012"¹¹². También en el nº 11 de la revista Gabilex se publicó el trabajo de D. Héctor Luis Arzola Astacio, sobre el "Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros"¹¹³. Aparte de los anteriores trabajos muchas han sido las publicaciones de toda índole y noticias en prensa que han tratado este asunto poniendo de manifiesto la relevancia política y jurídica de la cuestión¹¹⁴.

Estos antecedentes y comentarios proliferaron al abrigo del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del

¹¹²http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160418/la_asistencia_sanitaria_en_espana_leopoldo_gomez.pdf (consultado en julio de 2018).

¹¹³http://gabilex.castillalamancha.es/sites/gabilex.castillalamancha.es/files/pdfs/hector_luis_arzola_astacio.pdf (consultado en julio de 2018).

¹¹⁴ GOIZUETA VÉRTIZ, Juana. El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales. Revista Vasca Administración Pública nº 109-II, 2017 <https://www.euskadi.net/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aIdRevista=2&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=45&t59aContenido=7&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=109> (consultado en julio de 2018).



Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que supuso un golpe de timón sobre la asistencia sanitaria y por ello generó no poca polémica y dudas jurídicas. En el citado artículo de este autor ya se realizaba un examen de algunos aspectos de la asistencia sanitaria en España y la influencia del Real Decreto-ley 16/2012. Las conclusiones dejaban la puerta abierta a la derogación de la norma, al menos parcialmente, a la vista del panorama político que se dibujaba; también se mencionaron algunos argumentos esgrimidos contra la precitada disposición normativa. Hoy se han resuelto muchas de las cuestiones que entonces se planteaban como meras hipótesis: se han dictado diversas sentencias sobre la normativa autonómica que regulaba la asistencia sanitaria después del Real Decreto-ley 16/2012 y se ha promulgado el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud¹¹⁵ que trata de reconducir la situación a un momento previo a la citada norma de 2012.

Habiendo muchos trabajo y opiniones publicadas sobre la materia y sobre las consecuencias del Decreto-ley 16/2012, baste aquí con remitirse a ellos y en particular a alguno de los mencionados para continuar el análisis con un breve vistazo a las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la materia y ya entrar a comentar la nueva regulación, el Real Decreto-ley 7/2018, que será el verdadero objeto de este comentario como su propio nombre indica.

¹¹⁵ http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-10752 (consultado en julio de 2018).

1. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sin ánimo de exhaustividad, podemos mencionar algunas de las sentencias que analizaron la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012 o de normas autonómicas dictadas en el marco de la reforma:

- STC 139/2016, de 21 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra.
- STC 183/2016, de 3 de noviembre, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad formulado por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias.
- Sentencia 33/2017, de 1 de marzo de 2017, del Pleno del Tribunal Constitucional, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 4585-2012, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, en relación con diversos artículos (1.1 y 2; 4.1 y 4, y 10.4 y 5) del Real Decreto-ley 16/2012¹¹⁶.
- Sentencia 63/2017, de 25 de mayo, del Pleno del Tribunal Constitucional, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 414-2013, interpuesto por el Gobierno de Cataluña contra los artículos 1.1, 2 y 3; 4.1, 4, 5 y 14; 6.2 y 3; 8.2; 10.4, y la disposición final sexta.1 del Real Decreto-ley 16/2012¹¹⁷.
- Sentencia 64/2017, de 25 de mayo de 2017, del Pleno del Tribunal Constitucional, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 419-2013, promovido por el

116

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25303> (consultado en julio de 2017).

117

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25356> (consultado en julio de 2018).



Gobierno Vasco respecto de diversos preceptos (1.1 y 2; 4.1 y 4, 10.4 y 5) del Real Decreto-ley 16/2012¹¹⁸.

- Sentencia 98/2017, de 20 de julio de 2017, del Pleno del Tribunal Constitucional, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 433-2013, interpuesto por el Gobierno de Canarias en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril¹¹⁹.

Las resoluciones, en sustancia, analizan por un lado los límites de los decretos-leyes y las competencias sobre sanidad en relación con la suficiente acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante (STC 139/2016), el adecuado ejercicio de las competencias estatales y la constitucionalidad de los preceptos en relación con diversas materias relativas a la prestación sanitaria y por otro la constitucionalidad de diversas normas dictadas por las Comunidades Autónomas sobre el derecho a la asistencia sanitaria o la extensión del derecho. Hay que decir que muchas de las resoluciones del Tribunal Constitucional incluyen votos particulares.

La vulneración del artículo 86.1 por no concurrir el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad ha resultado desestimada en atención a lo razonado en la STC 139/2016, FFJJ 3 a 5.

La vulneración de los límites materiales del artículo 86.1 en relación con la afectación del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE) también resultó desestimada en la STC 139/2016, FJ 6.

¹¹⁸ <https://www.boe.es/boe/dias/2017/04/07/pdfs/BOE-A-2017-3874.pdf> (consultado en julio de 2017).

¹¹⁹ <http://www.boe.es/boe/dias/2017/08/11/pdfs/BOE-A-2017-9657.pdf> (consultado en septiembre de 2017).

El condicionamiento del derecho al acceso a la asistencia sanitaria a través de la condición de asegurado, que comporta la exclusión de determinados colectivos de la titularidad del derecho por reputarse contraria a los artículos 13, 14 y 43 CE resultó desestimado conforme a la STC 139/2016, FFJJ 8, 9 y 10.

La impugnación por razones competenciales del artículo 1.2, que añade un artículo 3 bis a la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, quedó desestimada en atención a lo razonado en la STC 33/2017, FJ 4.

La STC 139/2016 (FJ 9) anuló el inciso “siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente” del art. 3.3 de la Ley 16/2003, en la redacción dada al mismo por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012, por contener una remisión en blanco para la determinación de un elemento, consistente en un nivel mínimo de ingresos, que constituye el núcleo esencial en torno al que se configura legalmente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias financiadas con fondos públicos para las personas que se encuentran en las situaciones contempladas en el art. 3.3 de la Ley 16/2003. Con la literalidad de la norma es imposible, dice el Tribunal Constitucional, determinar quiénes van a tener dicha condición, dada la ausencia de criterio alguno respecto al límite de ingresos exigible. Eso deja la decisión en manos, no del legislador con la colaboración del reglamento, sino exclusivamente a disposición de la determinación reglamentaria del Gobierno. Esto suponía, según el tribunal Constitucional, una patente deslegalización que sacrifica la reserva de ley ex art. 43.2 CE.



Con esta doctrina constitucional quedan marcados los contornos competenciales sobre la materia y quedó validada jurídicamente la reforma operada por el Decreto-ley 16/2012 casi en su totalidad. La reforma desplegaría efectos hasta su derogación pero ciertamente no sin polémica o sin críticas de diversas instituciones y Administraciones Públicas, incluso con votos particulares en las sentencias del Tribunal Constitucional.

Toda esta doctrina constitucional resulta de interés para analizar la cuestión de la asistencia sanitaria pero pierde cierta vigencia con la reforma que deviene del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

2. EL REAL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

A) La justificación de la reforma

Tras un inesperado cambio de Gobierno, en junio de 2018, una de las primeras medidas normativas del nuevo ejecutivo ha sido promulgar el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud que se publicó en el Boletín Oficial del Estado nº 183, de 30 de julio de 2018. A nadie se le puede escapar la relevancia política que envuelve el debate sobre la medida.

En este marco, en el del debate político, debería entenderse la afirmación que se hace en la parte expositiva del texto al afirmar que *"La entrada en vigor*

*del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, supuso, de facto, una vulneración de este derecho (de acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad)". Es una declaración programática en cuanto declara la infracción de un derecho *de facto* o de hecho pero no de derecho, a sabiendas de que el propio Tribunal Constitucional no ha declarado dicha infracción al señalar que tal derecho es de configuración legal, siguiendo determinados principios, y extendiendo así los límites competenciales en los que el Estado podía regular. La STC 139/2016 (FJ 6) no aprecia infracción de preceptos constitucionales afirmando que el «art. 43.1 CE reconoce el derecho a la protección de la salud cuya organización y tutela se encomienda a los poderes públicos a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, atribuyéndose al legislador el establecimiento de los derechos y deberes de todos al respecto (art. 43.2). El precepto constitucional se ubica entre los principios rectores de la política social y económica, los cuales, formalmente, disfrutan de las garantías previstas en el art. 53.3 CE, por lo que su reconocimiento, respeto y protección "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos", estatales y autonómicos. Asimismo, sólo se pueden alegar ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en las leyes que los desarrollen. Atendiendo, por tanto, a su ubicación sistemática, el art. 43 CE se configura como un principio rector, razón por la que carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia.»¹²⁰.*

¹²⁰ A mayor abundamiento también el FJ 7 de la STC 139/2016 trata el asunto por ejemplo: « La norma



Es decir es un derecho de configuración legal y que puede ser limitado por los gobiernos. Eso sí, cumpliendo o persiguiendo los principios informadores del ordenamiento jurídico.

Con el Real Decreto-ley 16/2012 el acceso al sistema público sanitario se vinculaba de forma directa a ostentar la condición de asegurado e indirectamente a quien se considere beneficiario del asegurado, con las excepciones que se recogen en la norma. Ciertamente esta circunstancia apeaba del derecho a recibir asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a las personas extranjeras en situación de irregularidad

cuestionada adopta un modelo que se sustenta principalmente en la conexión entre la cotización al sistema de la Seguridad Social y el derecho a recibir las correspondientes prestaciones sanitarias en condiciones de gratuidad o de bonificación. La nueva regulación de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, que se aprecia a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud y de la gradual incorporación como titulares de las prestaciones de colectivos a los que no alcanzaba la condición de asegurado de la Seguridad Social. Como es evidente, el sólo hecho del cambio de criterio del legislador en nada afecta a la constitucionalidad de la medida, ya que la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el art. 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto. Como ya se ha señalado, se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo.»

administrativa¹²¹, o como dice la norma a personas adultas no registradas ni autorizadas a residir en España, pues difícilmente podían ostentar tal condición de beneficiario o asegurado al estar vinculada a una situación que exige estar en situación regular como es, principalmente, el trabajo o el alta en la Seguridad Social. El Real Decreto-ley 16/2012 vinculaba la prestación del servicio sanitario gratuito a la cotización al sistema de la Seguridad Social, vedando a muchas personas que estaban en situación irregular la percepción de tal prestación.

A partir de la vigencia del Real Decreto-ley 16/2012 no tenían derecho a la asistencia sanitaria gratuita, con cargo a fondos públicos, aquellos extranjeros en situación de irregularidad administrativa en territorio español que no tuvieran la condición de asegurado o beneficiario; que no fueran menores de edad; que no fueran mujeres embarazadas o que la asistencia no fuera por caso de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.

Los extranjeros en tal situación _que no se encontraran en alguna de las situaciones descritas en el párrafo anterior_ solo podrían obtener la prestación de la asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Es decir sólo

¹²¹ En todo caso se conservaba el derecho a la asistencia sanitaria gratuita de los menores de edad, de las mujeres extranjeras embarazadas y de los extranjeros mayores de edad en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.



obtenían asistencia sanitaria mediante el pago del gasto por la asistencia mediante factura o liquidación de tasa o precio público o asumiendo el pago mensual de una cuota en un sistema que se asemeja a un seguro sanitario privado.

El Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud pretende, según declara en su parte expositiva, la recuperación de la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todas las personas, independientemente de su nacionalidad, que tengan establecida su residencia en el territorio español, incluyendo aquellas que en aplicación de los reglamentos comunitarios o convenios bilaterales tengan acceso a la misma en la forma que estas disposiciones lo indiquen.

Una vez expuesto someramente el contexto y antes de analizar el contenido material de la reforma, puede resultar interesante detenernos en la justificación de la norma y el contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional al resolver sobre la anterior modificación.

La parte expositiva del Real Decreto-ley 7/2018 justifica la urgencia de la reforma y crítica la anterior regulación por entender que era contraria a la normativa internacional y a la universalidad del sistema. Veremos a continuación de forma sistemática estos tres puntos.

B) La forma de la reforma.

Instrumentalmente se ha empleado el llamado Decreto-ley, regulado en el artículo en el artículo 86 de la Constitución Española que exige la declaración de un

caso de extraordinaria y urgente necesidad y que se caracteriza como una disposición legislativa provisional que deberá ser inmediatamente sometida a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados. En la exposición de motivos de la norma se razona sobre la urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española como presupuestos habilitantes para la aprobación de un real decreto-ley.

Ya se ha visto que el Tribunal Constitucional ha razonado ampliamente sobre la concurrencia del supuesto de hecho habilitante y la conexión con la situación de urgencia y las medidas adoptadas en el Decreto-ley 16/2012, aceptando la concurrencia de justificación sobre la urgencia pero también debe señalarse que existió, sobre esta materia, un voto particular¹²². Ciertamente la situación no es idéntica pues en aquella reforma se restringían determinados derechos a un colectivo mientras que en esta se amplían los mismos, lo cual tampoco evita el deber de razonar la urgencia. Ahora el ejecutivo entiende y justifica la urgencia de la medida en que tal acuerdo requiere una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.

Más allá de las consideraciones políticas o de oportunidad que se puedan hacer parece que está formalmente justificado el supuesto de hecho habilitante y la conexión con la situación de urgencia. Analizaremos parte de la justificación que aunque no esté directamente vinculada con una urgencia inmediata, no parece probable que exista tacha de inconstitucionalidad de la norma por este aspecto

¹²² Voto Particular a la STC 139/2016.



formal a pesar de la falta de concreción o sustento en datos objetivos que permita conocer el alcance de la norma.

C) La regulación en la normativa internacional aplicable en España

Sobre la regulación en la normativa internacional aplicable en España, se configura como un elemento en parte polémico. Justifica la exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2018 que "En el ámbito de la normativa internacional, tanto supranacional como europea, el derecho a la protección de la salud se reconoce de manera expresa como un derecho inherente a todo ser humano, sobre el que no cabe introducción de elemento discriminatorio alguno, ni en general ni en particular, en relación con la exigencia de regularidad en la situación administrativa de las personas extranjeras". Ciertamente se reconoce el derecho a la salud de una forma amplia en el derecho internacional pero también es cierto que su configuración se hace en el plano estatal y puede estar sometida a límites, como de hecho así sucedió.

El concepto podría matizarse a la luz de la doctrina constitucional sobre la materia. En el fundamento jurídico décimo de la STC 139/2016 trata de forma prolija la cuestión: «Tampoco se ve afectado el límite relativo al contenido del derecho a la salud delimitado por los tratados internacionales, al que nos remite el art. 13 CE. Conforme a nuestra doctrina, los tratados y convenios internacionales no son, en sí mismos, canon de constitucionalidad de los preceptos recurridos. Las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros

en España, interpretados de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. En consecuencia, “sólo podrá declararse su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de Ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades” (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5).

Esa circunstancia no concurre aquí. El **Pacto de derechos económicos sociales y culturales** que aborda la protección de la salud en su artículo 12.1, ha señalado previamente, en su artículo 2.1, que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Además, su artículo 4 reconoce que los derechos garantizados podrán ser sometidos a limitaciones legales “sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos” y, finalmente, conviene advertir que el artículo 12.1 alude al “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, pero no que las prestaciones en las que ese derecho se materializa hayan de ser, siempre y en todo caso, gratuitas para sus destinatarios.

Por su parte, el art. 35 de la **Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea**, remite el derecho de toda persona a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria a las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. En ese sentido, en relación con el reconocimiento de prestaciones por parte de los Estados miembros, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la



Unión Europea que “la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida justifica en principio la posibilidad de comprobar la regularidad de la residencia en el momento del reconocimiento de una prestación social, especialmente en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros y que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado” (STJUE, Sala Primera, de 14 junio de 2016, y doctrina allí citada).

La **Carta Social Europea** también se refiere en su artículo 13 al derecho a la asistencia médica. En el apartado 4 de dicho artículo 13 se indica el compromiso de las partes de aplicar este derecho en condiciones de igualdad con sus nacionales a los de las restantes partes contratantes “que se encuentren legalmente en su territorio”. A su vez, el anexo a la Carta Social fija su ámbito de aplicación, indicando que los artículos 1 a 17 sólo comprenden a extranjeros de otras partes contratantes que “residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada”.

Por último es también necesario advertir que, “en la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta” (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4), de manera que esa inconstitucionalidad por omisión “sólo puede entenderse producida cuando es la propia Constitución

la que impone al legislador la necesidad de integrar su texto en aspectos no contemplados por ella" (STC 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 4), lo que es patente que no ocurre en este caso.

En suma la regulación examinada responde a una lícita opción del legislador que queda dentro de su margen de configuración que le es propio, sin que con ello se vulnere el art. 43 en relación con el art. 13 CE.».

Se colige que la normativa internacional aplicable en España permite cierta libertad a los estados para regular la materia e introducir ciertas limitaciones en la prestación de la asistencia sanitaria de forma universal. No cabrá introducir limitaciones discriminatorias, esto es cierto, pero para que se dé tal infracción debe haber una verdadera ruptura del principio de igualdad para lo que se requieren términos de comparación válidos. Dicho de otro modo, para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable y en el caso de la reforma del Real Decreto-ley 16/2012 la justificación facilitada, vinculada en especial a conceptos presupuestarios y de control del gasto, se ha considerado suficiente.

D) La universalidad del sistema

Respecto a la universalidad del sistema también se puede poner en contraste lo dicho por el Tribunal Constitucional y lo indicado en la parte expositiva del Real Decreto-ley 7/2018 que sin contradecirse acreditan el cambio de tendencia hacia la universalización del sistema, nunca conseguido, con la ruptura o retroceso en el año 2012 y la reanudación de la tendencia *universalizadora* en 2018. Dice la norma



estudiada que «Los antecedentes normativos existentes en nuestro país en reiteradas ocasiones han aludido a la universalidad de la atención sanitaria. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que regula todas las acciones que permiten hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución Española, establece los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud, como son el carácter público y la universalidad del sistema. Asimismo, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, antes de su modificación en el año 2012, establecía, entre sus principios generales, el aseguramiento universal y público por parte del Estado y recogía los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria.

La reforma que instauró el mencionado Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad del derecho establecida en la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Supuso, de este modo, una involución del esquema legal de cobertura hasta entonces armónico con los principios que, de conformidad con los tratados internacionales, la Constitución Española y la Ley 14/1986, de 25 de abril, deben imperar en las políticas sanitarias, en la actuación de los poderes públicos y la configuración de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud.».

Más allá de las interpretaciones que se puedan hacer del alcance del concepto universalidad puede afirmarse que es una tendencia o un fin a perseguir en el que el Real Decreto-ley 16/2012 supuso un paso atrás pero

que no se constituye en un principio absoluto, sin limitaciones o unívoco.

En este sentido el fundamento jurídico séptimo de la STC 139/2016 expone la evolución de la universalidad del sistema de una forma ilustrativa: «Importa señalar, en todo caso, que la universalización del acceso a las prestaciones sanitarias sufragadas con fondos públicos, ha sido, desde la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (LGS), un objetivo a perseguir en el que no se ha llegado ni a la desvinculación absoluta con respecto a la Seguridad Social ni a un acceso incondicionado y gratuito para todos los residentes en territorio español. En ese contexto debe entenderse la disposición transitoria quinta LGS, cuando establece, sin mayor concreción, que “la extensión de la asistencia sanitaria pública a la que se refieren los artículos 3.2, y 20 de la presente de la Ley se efectuará de forma progresiva”. En la búsqueda de ese objetivo de universalización de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos se dictaron normas específicas en relación a determinados colectivos y grupos de personas, como, por ejemplo, pensionistas de clases pasivas (art. 55 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre); personas sin recursos económicos suficientes (Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre); perceptores de prestaciones no contributivas (Ley 26/1990, de 20 de diciembre); menores de edad (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero); extranjeros en territorio español (art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero); trabajadores por cuenta ajena, que sean españoles de origen residentes en el exterior, que se desplacen temporalmente a España, o los retornados de más de 65 años o pensionistas, en determinadas circunstancias (Real Decreto 8/2008, de 11 de enero). Esta normativa se completa con las previsiones de la legislación en



materia de Seguridad Social, que extiende su acción protectora a la asistencia sanitaria de carácter no contributivo y universal para los casos de enfermedad común [art. 42.1 a) y 109.3 b) del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre]. Por último, la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, regula la extensión del derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública "a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico". Este último inciso condiciona la extensión del derecho a la inexistencia de otros títulos de reconocimiento y aun así dicha extensión no se realiza incondicionalmente en la medida en que se contempla la exigencia de las correspondientes obligaciones a aquellos terceros legalmente obligados al pago de dicha asistencia de acuerdo con lo establecido en la Ley general de sanidad, en el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social y de lo dispuesto en los reglamentos comunitarios europeos y convenios internacionales en la materia. (...)

Ahora bien, la naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el art. 43 CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlo en virtud del mandato del art. 43.2 CE para que establezca las prestaciones necesarias para tutelar la salud pública. (STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 7; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8, y 14/1997, de 28 de enero, FJ 11). En consecuencia, el art. 43 CE debe ser considerado como un principio rector constitucional dirigido a orientar y determinar la actuación de los poderes públicos (ATC 221/2009, de

21 de julio, FJ 4), expresivo de “un valor de indudable relevancia constitucional” (ATC 96/2011, FJ 5), lo que se traduce en su obligación “de organizar” la salud pública y de “tutelarla a través de las medidas, las prestaciones y los servicios necesarios” (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3). En suma, el desarrollo del art. 43 CE y la articulación del derecho a la protección de la salud requieren que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional. Debe tenerse presente que, dada la ubicación sistemática del art. 43 CE, nos encontramos ante una remisión a la libertad de configuración del legislador ordinario que deriva de lo dispuesto en el art. 53.3 en relación con el art. 43.2 CE. (...)

Es cierto que, desde la óptica del principio de universalidad, resulta claro el contraste resultante que se produce entre la nueva regulación de la condición de asegurado y la limitación de la cobertura que resulta de las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2012 y el marco normativo preexistente. Supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, ya hemos señalado que la universalización legislativamente proclamada ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas (en el mismo sentido, el ya citado ATC 96/2011, FJ 6).».

Esta es la doctrina constitucional que resultará aplicable para el principio de la universalidad del sistema que para ser más concretos se referiría a la universalidad de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. Pues



la prestación sanitaria en determinadas condiciones, como la urgente, se presta a todas las personas por el hecho de serlo.

Analizadas las razones de la disposición a la luz de la doctrina constitucional podemos pasar a continuación a un análisis más material del contenido.

II. CONTENIDO MATERIAL DEL REAL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La reforma sobre la asistencia sanitaria se hace mediante una derogación tácita y expresa de algunos apartados del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de persona asegurada y de beneficiaria a efectos de la asistencia sanitaria en España¹²³ y por modificación de dos normas con rango legal: la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en lo que respecta al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, y el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, en cuanto a la aportación farmacéutica.

¹²³ La disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 7/2018, deroga tácitamente cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan, contradigan o resulten incompatibles con lo dispuesto en este real decreto-ley y expresamente los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, y 8 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de persona asegurada y de beneficiaria a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

1. MODIFICACIÓN DE LA LEY 16/2003, DE 28 DE MAYO, DE COHESIÓN Y CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La modificación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en lo que respecta al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria consiste en la modificación de tres preceptos: el artículo 3, el “3 bis” y “3 ter” de tal texto¹²⁴.

A) Titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria

a) Titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria

En primer lugar se define el concepto de titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria como todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español. Por consiguiente se retorna al concepto tradicional de residencia en España que será determinado al establecer los requisitos de acceso.

¹²⁴ Que fueron modificados y añadidos (el bis y ter) por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones y que anteriormente regulaban la condición de asegurado, el reconocimiento y control de la condición de asegurado y la asistencia sanitaria en situaciones especiales.



Para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, las personas titulares de los citados derechos deberán encontrarse en alguno de los siguientes supuestos:

- i) Tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español.
- ii) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia.
- iii) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.

Para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a los fondos públicos debe tenerse la nacionalidad española y residencia en España, tener el derecho expresamente reconocido por cualquier título jurídico o ser extranjero con residencia legal. Dicho así parecería que los extranjeros en España de forma irregular no tendrían derecho a la prestación sanitaria pero, como luego se verá, en la nueva redacción del artículo 3 ter de la Ley 16/2003 se reconoce expresamente el título jurídico para recibir la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española. Equiparando así la

residencia legal de los extranjeros con la estancia en España.

b) Personas que se encuentren en el ámbito de aplicación de normativa europea o convenios bilaterales

Se hace expresa referencia en la reforma a la normativa europea o convenios bilaterales que regulen la materia, en cuyo caso las personas que se encuentren en el ámbito de aplicación de dichas normas, tratados o acuerdos tendrán acceso a la asistencia sanitaria en la forma, extensión y condiciones establecidas en las disposiciones comunitarias o convenios indicados¹²⁵. Si bien se aclara que en caso de que estas personas, afectadas por dichos acuerdos, no tengan derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, podrán obtener dicha prestación mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Más adelante se tratarán estos convenios que perviven para determinadas situaciones como esta y que pondrían de manifiesto que no hay una universalidad absoluta del sistema.

¹²⁵ Sin perjuicio de lo anterior, las personas con derecho a la asistencia sanitaria en España en aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que comprendan la prestación de asistencia sanitaria, tendrán acceso a la misma, siempre que residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales a España, en la forma, extensión y condiciones establecidos en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas.



c) El mutualismo administrativo

Finalmente se establece la salvaguarda de que esta regulación no modifica el régimen de asistencia sanitaria del mutualismo administrativo que mantendrá su régimen específico. Se refiere a las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas.

d) Los terceros obligados

Cabe plantearse en último lugar qué ocurriría en aquellas situaciones en las que no se cumplan las condiciones para una asistencia sanitaria gratuita o que existe un tercero que asuma el pago de la prestación. Nos encontraríamos en este caso ante la figura del tercero obligado.

El Real Decreto-ley 7/2018 incluye en su exposición de motivos la posibilidad de que exista un tercero obligado al pago de la prestación como criterio para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos¹²⁶.

¹²⁶ *Asimismo, partiendo de las necesarias cautelas dirigidas a no comprometer la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud, se establecen criterios para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria, como son que la asistencia será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago, o que no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía, o bien, que no se pueda exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. Todo ello en virtud de lo dispuesto en la normativa nacional,*

Concretamente esta salvaguarda se hace de dos maneras:

- Se establece expresamente como requisito para tener derecho a la asistencia con cargo a los fondos públicos de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España el no existir un tercero obligado al pago¹²⁷.
- El reconocimiento de la asistencia sanitaria será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago¹²⁸.

El tercero obligado es una figura que existe en nuestro ordenamiento y que básicamente permite a las Administraciones reclamar el gasto de la prestación sanitaria a aquellos terceros que puedan ser responsables de dicho gasto ya por asegurar el riesgo,

en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable.

¹²⁷ Artículo 3.2 b) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud "2. Para hacer efectivo el derecho al que se refiere el apartado 1 con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, las personas titulares de los citados derechos deberán encontrarse en alguno de los siguientes supuestos: (...)
b) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia."

¹²⁸ Artículo 3 ter 2.c) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud "La citada asistencia será con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes siempre que dichas personas cumplan todos los siguientes requisitos: (...)
c) No existir un tercero obligado al pago."



ya por ser responsables civiles, penales o por no tener cubierta la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

Mencionaremos brevemente la naturaleza y elementos de la figura del tercero obligado, sin entrar más a fondo, dada la extensión y finalidad de este trabajo:

El tercero obligado al pago del gasto de la prestación sanitaria se menciona expresamente en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad¹²⁹ que reconoce un derecho a las Administraciones Públicas para reclamar los costes de la asistencia sanitaria prestada cuando aparezca un tercero obligado al pago.

Por su parte la disposición adicional décima 1 a) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹³⁰ menciona la naturaleza

¹²⁹ *Los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes.*

A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados.

¹³⁰ Anteriormente la cuestión se regulaba en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio al que se hace mención en algunos preceptos, básicamente con idéntico tenor, y actualmente

jurídica de los ingresos por venta de bienes y servicios prestados a terceros diciendo que no tendrán la naturaleza de recursos de la Seguridad Social los que resulten de los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria prestada por el Sistema Nacional de Salud a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como en los supuestos de seguros obligatorios privados y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago¹³¹.

Finalmente, para delimitar la extensión del concepto debemos acudir al artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización¹³² señala que conforme a los anteriores preceptos *los servicios de salud reclamarán a los*

derogada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

¹³¹ Supuestos a los que se refieren los artículos 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

¹³² *Conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX.*

Procederá asimismo la reclamación del importe de los servicios a los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud, admitidos como pacientes privados, conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Sanidad.



terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX¹³³.

¹³³ ANEXO IX Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago

Conforme a lo previsto en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el artículo 2.7 del presente real decreto y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, incluido el transporte sanitario, la atención de urgencia, la atención especializada, la atención primaria, la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica, las prestaciones con productos dietéticos y la rehabilitación, en los siguientes supuestos:

1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, Mutualidad General Judicial o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

2. Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras en la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito.

3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina.

4. Seguros obligatorios:

B) Reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos

El artículo 3 bis modificado no regula o determina estrictamente un procedimiento para el reconocimiento del derecho pero sí se arroga la competencia para el

a) Seguro obligatorio de los deportistas federados y profesionales.

b) Seguro obligatorio de vehículos de motor.

c) Seguro obligatorio de viajeros.

d) Seguro obligatorio de caza.

e) Cualquier otro seguro obligatorio.

5. Convenios o conciertos con otros organismos o entidades.

Se reclamará el importe de la asistencia prestada, de acuerdo con los términos del convenio o concierto correspondiente.

6. Ciudadanos extranjeros:

a) Asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y Suiza, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social.

b) Asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España.

7. Otros obligados al pago.

a) Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos en caso de que se haya suscrito contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil que cubra las contingencias derivadas de estas actividades.

b) Seguro escolar.

c) Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes.



reconocimiento en favor del Estado. Se atribuye expresamente el reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social¹³⁴. No obstante, el precepto menciona la necesaria colaboración de las entidades y administraciones públicas imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos establecidos para hacer efectivo el derecho (nacionalidad, residencia, otro título jurídico que reconozca el derecho a la asistencia sanitaria en España, etc.), en la forma en que se determine reglamentariamente.

Aquí se produce una importante novedad difícil de articular puesto que se determina que será la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, la competente para dictar actos administrativos de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos. Y sólo una vez reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos por el Estado, éste se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual. Es decir, que ahora las Comunidades Autónomas con las competencias en materia de sanidad atribuidas no podrían expedir tarjetas sanitarias en favor de ciudadanos si previamente no se ha reconocido el

¹³⁴ Antes el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo correspondía al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, a través de sus direcciones provinciales.

derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. La cuestión es que cuando una persona requiere asistencia sanitaria acude a un centro sanitario, generalmente dependiente de la Comunidad Autónoma, y pretende obtener la tarjeta sanitaria como título acreditativo del derecho. El tenor del artículo determinaría que aunque se dirigiera a tal centro el trámite de la solicitud del reconocimiento del derecho debería realizarse en el Ministerio. Habrá de esperarse a la articulación del sistema para ver cómo se consigue establecer para evitar dilaciones innecesarias.

Quedamos pues en este punto a la espera de la articulación en el correspondiente reglamento y mientras, de hecho, al menos si se sigue literalmente el tenor del precepto; no se permitiría expedir tarjetas sanitarias a personas hasta ahora excluidas de la atención sanitaria sin el previo reconocimiento expreso por parte del Estado del derecho a la asistencia con cargo a fondos públicos.

La atribución de la competencia al Estado tiene cierta lógica pero en el estado de las Autonomías y ante una realidad de fraccionamiento de los servicios de salud parece complicado articular un sistema dinámico de intercambio de datos y tramitación de tarjetas sanitarias recabando autorización expresa del Estado y desvinculado de la Seguridad Social. Se puede cumplir la consecución del objetivo pero el sistema arbitrado debe resultar dinámico y realista.

En todo caso, hasta que se materialice el procedimiento, se establece un régimen transitorio para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos



públicos en la disposición transitoria segunda disponiendo que “En tanto que no entre en vigor el reglamento previsto en el artículo 3 bis.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, se mantendrán los procedimientos vigentes y las bases de datos existentes antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley”.

Por otro lado y en razón a la competencia de sanidad exterior, exclusiva del Estado, se determina que la gestión de los derechos de asistencia sanitaria derivados de las normas internacionales de coordinación de los sistemas de seguridad social, así como las demás funciones atribuidas por dichas normas a las instituciones competentes y organismos de enlace, corresponderán al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

C) La transmisión de datos sin el consentimiento del interesado

La norma analizada hace una afirmación que no va a estar ausente de polémica ya que permite la transmisión de datos, que podrían llegar a ser personales o incluso personalísimos, sin ningún tipo de autorización o posibilidad de disponer de ellos por sus titulares. Señala el artículo 3 bis 3 que los órganos competentes en materia de extranjería podrán comunicar al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y a las entidades y administraciones públicas los datos imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, sin contar con el consentimiento del interesado.

Del mismo modo, se reconoce un derecho al Ministerio, al resto de entidades y Administraciones Públicas para comprobar la concurrencia de los requisitos y para tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras, servicios comunes y órganos de las Administraciones Públicas competentes que resulten imprescindibles para verificar la concurrencia del reconocimiento y control del citado derecho.

La cuestión es que la mencionada cesión de estos datos no precisará del consentimiento del interesado.

Y se aclara que el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y las entidades y Administraciones Públicas interesadas, no precisan el consentimiento del interesado para la tratar la información imprescindible para realizar la comprobación necesaria del reconocimiento y control del derecho con la finalidad de comunicar a las administraciones sanitarias competentes los datos necesarios para verificar en cada momento que se mantienen las condiciones y los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y atención sanitaria con cargo a fondos públicos.

Esta información para la que la norma insiste en no precisar o requerir consentimiento del interesado puede resultar personal e incluso personalísima por tener que ver con su estado civil, residencia e incluso datos médicos. Puede resultar problemático, o al menos dudoso que puedan cederse o facilitarse tales datos sin recabar en ningún momento un consentimiento tácito o expreso del interesado con una finalidad administrativa.

Cualquier modificación o variación o variación de los datos que se pueda comunicar entre administraciones deberá surtir los efectos que procedan en la tarjeta



sanitaria individual. La cuestión es que en principio el procedimiento administrativo al que acude el titular y para el que en su caso facilita los datos es el de la tarjeta sanitaria pero en puridad sería para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos que tramita el Ministerio.

Recordemos que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que serán interesados en un procedimiento administrativo los titulares de derechos o intereses legítimos, aquellos que ostenten derechos que puedan resultar afectados por la decisión que se adopte y aquellos cuyos intereses legítimos puedan resultar afectados, con las precisiones que hace la Ley (artículo 4). Por ello, los titulares o potenciales titulares del derecho son sin duda interesados.

Así pues, si bien se le reconoce a los interesados en un procedimiento el derecho a no presentar documentos originales salvo que, de manera excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario (artículo 53.1 c) Ley 39/2015), el artículo 28.1 2 determina que los interesados no estarán obligados a aportar documentos elaborados por cualquier Administración, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos. En este contexto la normativa básica exige información si no consentimiento o conocimiento del uso de sus datos.

Se exige por consiguiente autorización para la consulta de ciertos datos, aunque se pueda presumir que la consulta u obtención es autorizada por los interesados salvo que conste en el procedimiento su oposición

expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso.

Por ello, la normativa básica establece que es en ausencia de oposición del interesado, cuando las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.

La norma analizada prevé sin embargo que se recaben y transmitan entre Administraciones datos para comprobar la concurrencia de los requisitos para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, sin contar con el consentimiento del interesado. No parece un error tal apreciación pues se repite en el texto y parece ser una circunstancia que se pone de manifiesto por la dificultad de recabar dichas autorizaciones tanto por la complicación de suministrar y entender la información entre determinados sectores de la población destinataria de la norma como por el posible recelo a manifestar autorización al intercambio de datos ante la situación administrativa en que se pueda encontrar en otros expedientes.

Todo ello en el marco de un procedimiento administrativo encaminado a dictar un acto administrativo de reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos que después se materializará en la expedición de la tarjeta sanitaria y la prestación del servicio.

Aunque la finalidad de la previsión sea loable puede que de ella resulte una desprotección del interesado que en



ningún momento puede aceptar, conocer u oponerse a la transmisión de sus propios datos personales.

D) Protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español

a) Derecho como titulares a la protección de la salud y a la atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español

Antes de 2012 a los extranjeros, titulares del derecho, se les reconocía el derecho en las mismas condiciones que a los españoles cuando estaban empadronados en España (art. 12 de la LO 4/2000).

Con el Real Decreto-ley 16/2012 quedó delimitado el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública mediante la definición de los conceptos de asegurado y beneficiario del asegurado.

Ahora, con Real Decreto-ley 7/2018, la asistencia sanitaria se funda en un reconocimiento que realizará el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social en base a los datos que pueda recabar y que permitirá a las Comunidades Autónomas prestar la asistencia.

En el artículo 3 ter se viene a aclarar de forma más concreta la situación de aquellos que quedaron excluidos de la asistencia sanitaria por la normativa sustituida, en este caso se les denomina personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español.

Se dice expresamente que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho como titulares a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española. Se establecen a continuación los requisitos para que tal asistencia sea con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes.

El no cumplimiento de alguno de los requisitos establecidos no privaría del derecho a la asistencia sanitaria pero sí a que la misma se financie con cargo a fondos públicos. Lo que podría determinar la exigencia del pago de la prestación como tercero obligado.

Adicionalmente, como límite a la asistencia sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español se especifica que con el reconocimiento del derecho no se genera un derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas internacionales en materia de seguridad social aplicables.

Como hemos señalado ya, conforme al artículo 3 ter de la Ley 16/2003 se reconoce expresamente el título jurídico para recibir la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española. Equiparando así la residencia legal de los extranjeros con la mera estancia en España lo cual puede dar lugar a ciertos problemas y al menos a un trato desigual al extranjero es situación



regular que tiene que acreditar la residencia y al que estando en situación irregular puede tener derecho a la asistencia sanitaria sin necesidad de acreditar ningún requisito pudiendo encontrarse en tránsito o en régimen de estancia temporal. La norma simplemente prevé un requisito adicional para los casos en que las personas extranjeras se encuentren en situación de estancia temporal de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que será preceptiva la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las Comunidades Autónomas.

b) Requisitos

Para tener derecho a la asistencia con cargo a los fondos públicos, las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, deberán cumplir todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- i) No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable.
- ii) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia.
- iii) No existir un tercero obligado al pago.

Para exponerlo en términos afirmativos podría decirse que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España para tener

derecho a la asistencia con cargo a los fondos públicos: no deberán tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable; no deben poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia y no debe existir un tercero obligado al pago.

La exposición de motivos lo justifica del siguiente modo "Asimismo, partiendo de las necesarias cautelas dirigidas a no comprometer la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud, se establecen criterios para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria, como son que la asistencia será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago, o que no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía, o bien, que no se pueda exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. Todo ello en virtud de lo dispuesto en la normativa nacional, en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable.".

c) Procedimiento

El artículo 3 ter 3 prevé un procedimiento para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español.

Se señala que serán las propias Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, las que fijarán el procedimiento para la solicitud y expedición



de un "documento certificativo que acredite a las personas extranjeras para poder recibir la prestación asistencial".

Las Comunidades Autónomas en desarrollo de la normativa deberán regular un procedimiento para emitir el citado certificado y deberán comunicar al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, mediante el procedimiento que se determine, dichos documentos certificativos.

A la espera del desarrollo reglamentario deberá complementarse el procedimiento autonómico con la competencia del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, que parece que sería previa a la concesión del derecho por la Comunidad Autónoma mediante certificado de una situación previa reconocida (que no resolución).

Se entiende que el extranjero solicitaría al servicio de salud autonómico la asistencia sanitaria y la Administración autonómica recabaría los datos para elevarlo al Ministerio para que éste dictara la resolución o acto administrativo que reconociera el derecho para después emitir la Comunidad Autónoma un certificado de tal acto o resolución. Parece deducirse que el objetivo de este complejo sistema es que el Estado tenga la competencia para el reconocimiento del derecho pero que la gestión la realice la Comunidad Autónoma.

Como hemos mencionado en los casos en que las personas extranjeras se encuentren en situación de estancia temporal será además de los trámites vistos preceptiva la emisión de un informe previo favorable de

los servicios sociales competentes de las Comunidades Autónomas.

E) Los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria.

Con la reforma acometida se quedaría prácticamente sin relevancia un instrumento creado para el aseguramiento sanitario público de las personas que anteriormente no fueran beneficiarios o asegurados; el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria. Estos convenios suponían una suerte de póliza de seguro de asistencia sanitaria pública en la que aquellas personas que no dispusieran de cobertura sanitaria, previo pago de una cuota mensual podían utilizar los servicios públicos, pero no tuvieron mucho éxito entre otras razones porque su coste¹³⁵ era similar e incluso superior al de un seguro privado y porque los destinatarios principales (extranjeros en situación irregular) carecían de recursos para costear este tipo de recursos, dado que la atención de urgencias sí se cubría y que en algunas Comunidades Autónomas sí se prestaba asistencia sanitaria gratuita bajo la cobertura de diversos instrumentos.

¹³⁵ El Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud establecía una cuota mensual de 60 euros para suscriptores de menos de 65 años y una cuota mensual de 157 euros para personas de 65 o más años.



Al margen del colectivo de personas que no estaban cubiertas por encontrarse en situación irregular existían algunos colectivos que residualmente optaron por suscribir este tipo de convenios. Por ejemplo personas adscritos al mutualismo administrativo que optaban por un seguro privado pero querían asistencia pública. Téngase en cuenta que si bien es cierto que la media de la cuota era en algunos casos superior a la ofrecida por los seguros privados no había requisitos ni se tenía en cuenta la situación previa por lo que una persona de elevada edad o enferma crónica estaría siempre cubierta por el pago de la cuota mientras que en un seguro privado las condiciones de aseguramiento podrían cambiar considerablemente.

Con los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria se cubría la asistencia sanitaria con fondos públicos mediante el pago de una contraprestación o precio público que cubría el coste medio real¹³⁶ de la misma y que se configura como un ingreso de derecho público del Servicio de Salud correspondiente. La cuota mensual podía ser incrementada por las Comunidades Autónomas cuando incorporaran en el convenio especial otras prestaciones asistenciales de la cartera de servicios complementaria de la Comunidad Autónoma.

¹³⁶ A expensas de la objetividad de los datos tomados en consideración por la Administración para fijar la cuota podría afirmarse que en 2013 el coste medio real de la asistencia sanitaria en España por ciudadanos y mes sería de 60 euros para personas de menos de 65 años y de 157 euros para personas de 65 o más años. Es una afirmación basada en los datos del Real Decreto 576/2013 que no necesariamente se corresponde con el gasto medio realmente asumido por los ciudadanos en concepto de sanidad o coste de la prestación sanitaria.

La disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 7/2018 señala que los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria suscritos en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, por aquellas personas que tras la entrada en vigor del real decreto-ley tengan derecho a recibir la asistencia sanitaria en el territorio español con cargo a fondos públicos, mantendrán su vigencia hasta el último día del mes natural en que entre en vigor el real decreto-ley.

Por el contrario, como reconocimiento implícito a la no universalidad del sistema, para aquellos que tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2018, no tengan derecho a recibir la asistencia sanitaria en el territorio español con cargo a fondos públicos mantendrán su vigencia los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria suscritos; que serán, eso sí, residuales.

2. LA APORTACIÓN FARMACÉUTICA: MODIFICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE GARANTÍAS Y USO RACIONAL DE LOS MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2015, DE 24 DE JULIO

Por último mencionaremos la modificación del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, en cuanto a la aportación farmacéutica regulando la *aportación farmacéutica para las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, por el necesario acceso a la prestación farmacéutica en igualdad de condiciones.*



Se establece así expresamente un reconocimiento no solo de la asistencia sanitaria sino también de la prestación farmacéutica con cargo a fondos públicos en los términos establecidos.

Concretamente el artículo segundo del Real Decreto-ley 7/2018 modifica el artículo 102 del Real Decreto Legislativo 1/2015 que establece la aportación de los usuarios y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria.

La prestación farmacéutica ambulatoria es la que se dispensa al paciente mediante receta médica u orden de dispensación hospitalaria, a través de oficinas o servicios de farmacia y estará sujeta a aportación del usuario, que se hará efectiva en el momento de la dispensación del medicamento o producto sanitario.

Dicha aportación del usuario será proporcional al nivel de renta y se actualizará, como máximo, anualmente.

Con la modificación se establece expresamente que en el caso de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España con derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria el porcentaje de aportación del usuario, con carácter general, será del 40 % del PVP.

III. CONCEPTOS DE ASEGURADO Y BENEFICIARIO A EFECTOS DE LO PREVISTO EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y LA APORTACIÓN A LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA

La disposición adicional única regula los conceptos de asegurado y beneficiario a efectos de lo previsto en la

normativa internacional y la aportación a la prestación farmacéutica sin que tal precepto se incardine en ninguna norma generando cierta asistemática, que únicamente favorecerá una dispersión normativa.

Se aclara, al menos, que en ambos casos, asegurados y beneficiarios, son definidos en la norma, como expresamente se dice a los efectos de lo establecido en las normas internacionales de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio. En esta última norma, el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, se utiliza el concepto para definir la aportación de los usuarios y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria conforme al artículo 102. Podría haber integrado el legislador la definición en dicha norma.

1) CONCEPTO DE ASEGURADO

Se define así en primer lugar el concepto de asegurado se entenderá realizado a aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos¹³⁷:

- a) Tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español.
- b) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español,

¹³⁷ Previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo.



siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia.

c) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.

2) CONDICIÓN DE BENEFICIARIO

En segundo lugar se señala que tendrán la condición de beneficiarios de una persona asegurada el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65 %, que además cumpla los siguientes requisitos:

a) Tengan su residencia legal y habitual en España, salvo que la misma no sea exigible en virtud de la norma internacional correspondiente, o que se trate de personas que se desplacen temporalmente a España y estén a cargo de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español en situación asimilada a la de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social.

b) No se encuentren en alguno de los siguientes supuestos de los regímenes de la Seguridad Social:

1º Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado y en situación de alta o asimilada a la de alta.

2º Ostentar la condición de pensionista de dichos regímenes en su modalidad contributiva.

3º Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de dichos regímenes.

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

COMENTARIO DE SENTENCIA

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CASTILLA-LA MANCHA Nº 268 DE 28
DE MAYO DE 2018. SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA. RECURSO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO núm.:
598/2016. APLICACIÓN NO
AUTOMÁTICA DE UN COEFICIENTE
CORRECTOR EN FUNCIÓN DEL TIPO DE
CULTIVO (TIPO DE CAPITALIZACIÓN
R2 DEL REGLAMENTO DE
VALORACIONES DE LA LEY DE SUELO).**

Ana M^a Rodríguez Martín

Secretaria del Jurado Regional de Valoraciones de la
Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

SUMARIO:

- 1.- ANTECEDENTES.
- 2.- CONTENIDO DE LA SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2018 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA.



- 3.- INTERPRETACIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DEL COEFICIENTE CORRECTOR EN FUNCIÓN DEL TIPO DE CULTIVO (TIPO DE CAPITALIZACIÓN R2 DEL REGLAMENTO DE VALORACIONES DE LA LEY DE SUELO) POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA EN LA SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2018.
- 4.- VOTO PARTICULAR DE LA SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2018.
- 5.- CONCLUSIONES.

1. ANTECEDENTES.

El Jurado Regional de Valoraciones adoptó acuerdo de justiprecio, con fecha 30 de septiembre de 2016, en relación con una serie de parcelas situadas en Talavera de la Reina, afectadas de expropiación forzosa con motivo de la ejecución del proyecto "Ampliación y refuerzo de la Carretera CM-4132. Tramo: Talavera de la Reina-Mejorada. P.K. 0,000 al 6,618 (Toledo)". Las parcelas fueron objeto de expropiación parcial en pleno dominio, siendo afectados diferentes cultivos en suelo rústico. Entre ellos: cereal de secano, pastos, pradera y encinar.

Contra el mencionado acuerdo se interpuso por la mercantil expropiada recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que ha dado lugar a la Sentencia nº 268/2018 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 28 de mayo de 2018.

El fallo de la sentencia de 28 de mayo de 2018, que cuenta con un voto particular, establece lo siguiente:

1. *Estimamos parcialmente el recurso contencioso*
2. *Anulamos la resolución del Jurado.*
3. *Declaramos la nulidad del expediente expropiatorio.*
4. *No siendo posible la restitución de los bienes expropiados, declaramos el derecho de los expropiados a percibir una indemnización sustitutoria por importe de 51.300,88 €. A lo que se añade el interés legal de esta cantidad desde la fecha de la ocupación”.*

El Jurado Regional de Valoraciones en su acuerdo fijó el valor del suelo, clasificado como rústico y en situación básica de estado rural, por el método de capitalización de las rentas potenciales del suelo (según lo establecido en el art. 23 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, texto legal vigente y de aplicación atendiendo a la fecha a la que se debía de referir la valoración. En la actualidad se ha sustituido por el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre) que supone capitalizar la renta neta de explotación obtenida en el momento de su valoración (en síntesis, la renta neta es el resultado de la diferencia entre ingresos y costes en un determinado período) al tipo de capitalización general (r1), establecido en el apartado primero de la Disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. Este tipo de capitalización general era entonces *“la última referencia publicada por el Banco de España del rendimiento de la deuda pública del Estado en mercados secundarios entre dos y seis años”*.¹³⁸

¹³⁸ El texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre establece ahora como nuevo tipo de capitalización general (r1) en su Disposición adicional



Además tuvo en consideración el apartado segundo de la Disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley de Suelo, que señalaba que el tipo de capitalización que impone el punto primero de esta misma disposición (r1) podría ser corregido aplicando al tipo de referencia indicado un coeficiente corrector en función del tipo de cultivo, explotación o aprovechamiento del suelo, *"cuando el resultado de las valoraciones se aleje de forma significativa respecto de los precios de mercado del suelo rural sin expectativas urbanísticas"*. La forma de cálculo de dicha corrección se establece reglamentariamente en el artículo 12.1.b) y los coeficientes correctores en el Anexo I del Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo (es el denominado r2).

El Jurado motivó en su acuerdo que se requería para la aplicación del coeficiente corrector mencionado la justificación de que concurría la circunstancia prevista en el apartado segundo de la Disposición adicional séptima, es decir, que *"el resultado de las valoraciones se aleje de forma significativa respecto de los precios de mercado del suelo rural sin expectativas urbanísticas"* y ello atendiendo a la interpretación que de este apartado de la Disposición adicional séptima estaban fijando determinados Tribunales Superiores de Justicia (algunas sentencias de las cuales han sido citadas por el propio Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en la sentencia que es objeto del presente comentario). Añadía que, con fecha 30 de

séptima, primer punto, el siguiente: *"(...) se utilizará como tipo de capitalización el valor promedio de los datos anuales publicados por el banco de España de la rentabilidad de las Obligaciones del Estado a 30 años, correspondiente a los tres años anteriores a la fecha a la que debe referirse la valoración"*.

septiembre de 2016 y en lo sucesivo (hay que añadir, aunque no se dijera en el acuerdo, que tras muchos debates y reflexiones sobre el asunto), el órgano colegiado había acordado tomar como referencia válida para determinar "*el precio medio de mercado del suelo rural*" a valorar la que recoge la publicación oficial del Servicio de Estadística del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente "Encuesta de precios de la Tierra" como valor medio para esta Comunidad Autónoma del terreno, atendiendo al cultivo, explotación o aprovechamiento del mismo y para el año de referencia de la valoración (<http://www.magrama.gob.es/es/estadistica/temas/estadisticas-grarias/economia/encuesta-precios-tierra/>).

Dado que el valor del suelo que había sido obtenido con la aplicación del tipo de capitalización general r_1 en el acuerdo que se adoptaba no estaba por debajo de los reflejados en dicha publicación oficial, se consideraba que carecía de fundamento la aplicación del coeficiente corrector r_2 en la valoración.

Como ya se ha anticipado, el tipo de capitalización r_2 , para actividades agropecuarias o forestales, surge de aplicar al tipo de capitalización r_1 un coeficiente corrector (Disposición adicional séptima, apartado segundo del Texto Refundido de la Ley de Suelo, art. 12.1.b) y Anexo I del Reglamento de Valoraciones de la ley de Suelo). El tipo de capitalización en la fórmula de la capitalización aparece en el denominador de la misma lo que implica que cuanto menor es el tipo de capitalización mayor es el valor del suelo¹³⁹.

¹³⁹ El artículo 11 del Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo establece que con carácter general para la capitalización de la renta de la explotación se utilizará la siguiente expresión:



La aplicación de este coeficiente corrector nos es una cuestión baladí pues tiene mucha trascendencia en el precio final del suelo. Los valores establecidos para el coeficiente corrector en función de los diferentes tipos de cultivos, contemplados en el Anexo I del Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo, ha supuesto en muchos casos una elevación desorbitada de los precios que no es acorde con los valores que los peritos consideran que es el propio del suelo rural. En suma, la aplicación o no de este coeficiente corrector es de gran importancia en el ámbito de las valoraciones a efectos expropiatorios pues puede originar variaciones importantes en los precios en función de si el mismo se aplica o no, cuestión que se manifiesta como relevante tanto para expropiados como para las entidades expropiantes.

Es respecto a este factor de corrección, y el análisis de su aplicabilidad automática o no, donde se produce por primera vez un pronunciamiento del Tribunal al haberse originado una controversia respecto de su aplicación entre las partes implicadas. Es por ello el principal motivo de análisis del comentario que ahora se realiza, sin perjuicio de la mención a otras

$$V = \frac{R_1}{(1+r)^1} + \frac{R_2}{(1+r)^2} + \dots + \frac{R_n}{(1+r)^n} = \sum_{i=1}^{n \rightarrow \infty} \frac{R_i}{(1+r)^i}$$

Donde:

V = Valor de capitalización, en euros.

R_1, R_2, \dots, R_n = Renta anual de la explotación desde el primer año hasta el final de la duración ilimitada de la vida útil, en euros.

r = Tipo de capitalización.

i = Índice de suma

n = Número de años, siendo $n \rightarrow \infty$.

cuestiones conexas que se derivan de la propia sentencia.

2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2018 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA.

La recurrente planteó diversas cuestiones en su escrito de demanda. En primer lugar solicitaba la nulidad del expediente expropiatorio por tres motivos: 1) ausencia de tramitación del expediente expropiatorio con el propietario de la finca según el Registro de la Propiedad (art. 3 de la Ley de Expropiación Forzosa); 2) falta de consignación de los depósitos previos y perjuicios por rápida ocupación y 3) falta de notificación individual del acuerdo de necesidad de ocupación.

Ante la imposibilidad de restituirse el bien, ilícitamente sustraído, el expropiado cuantificaba el daño por ocupación ilegal en el 25% del valor de los bienes ocupados. Con motivo de la presentación de la hoja de aprecio por la expropiada ante la Administración expropiante ya puso de manifiesto no solo el justiprecio que estimaba por la expropiación de sus terrenos sino que solicitaba una indemnización adicional por ocupación ilegal, que cifraba en el mismo porcentaje sobre el valor de lo expropiado.

En segundo lugar, y en relación con el contenido del acuerdo del Jurado Regional de Valoraciones, discrepaba de los cálculos realizados para la obtención del valor del suelo por el método de capitalización de las rentas, en concreto: del valor obtenido como renta neta de explotación, del tipo de capitalización r1 aplicado, de la no consideración del factor de corrección



o tipo de capitalización r_2 y de los factores de localización considerados.

La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se opuso a los motivos de impugnación solicitando la desestimación del recurso por ser conforme a derecho el acuerdo del Jurado Regional de Valoraciones. En cuanto a la nulidad requerida, más allá de la existencia de los motivos de tal nulidad, que no se discutían, porque consta que el expediente no se siguió por la Administración expropiante con quien registralmente era propietario, se hacía hincapié que lo cierto es que no se había acreditado un daño efectivo por este motivo y, en aplicación de la nueva redacción de la Disposición adicional de la Ley de Expropiación Forzosa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2013, no procedía el abono del 25% solicitado. En cuanto a la valoración del Jurado se defendían los cálculos realizados y se añadía que no habían sido combatidos por la propiedad, señalando la corrección tanto en el tipo de capitalización aplicado (habiéndose motivado la no aplicación del coeficiente corrector r_2), como la aplicación del factor de localización.

Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, es decir, sobre la nulidad del expediente expropiatorio la Sala ha reconocido que se dan las circunstancias para la declaración de tal nulidad y, además, trae a colación su criterio ya asentado en numerosas sentencias sobre cuál debe ser la indemnización a percibir en casos como el que se examina, en los que la propiedad solicita al hilo del cuestionamiento del justiprecio una indemnización adicional del 25% del valor de los bienes ocupados por la nulidad producida ante la imposibilidad de restituirse el bien ilícitamente sustraído, y lo mantiene aun considerando la nueva redacción de la

Disposición adicional de la Ley de Expropiación Forzosa.
Dice así en su Fundamento de Derecho primero:

"(...) En la Sentencia dictada en autos 114-2015, aludíamos a esta cuestión del siguiente modo:

"TERCERO.- Se hace invocación por la Administración demandada de la Disposición Adicional de la LEF, en redacción introducida por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, y citando algunas sentencias recientes de Tribunales Superiores de Justicia donde se desestiman pretensiones de indemnización del 25% por nulidad del procedimiento expropiatorio con base en la mencionada Disposición. La misma establece lo siguiente: "En caso de nulidad del expediente expropiatorio, independientemente de la causa última que haya motivado dicha nulidad, el derecho del expropiado a ser indemnizado estará justificado siempre que éste acredite haber sufrido por dicha causa un daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

Pues bien, sobre la posibilidad de seguir aplicando la indemnización del 25 % nos hemos pronunciado en supuestos precedentes (por ejemplo, sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo 265/13, entre otras muchas), y debemos seguir el mismo criterio ahora (...).

(...) la DA de la LEF introducida por Ley 17/2012, de 27 de diciembre, no supone en absoluto la necesidad de abandonar tal doctrina. Esta DA señala, como vimos, que, en caso de nulidad, el derecho del expropiado a ser indemnizado estará justificado siempre que éste acredite haber sufrido por dicha causa un daño efectivo



e indemnizable en la forma y condiciones del artículo 139 de la Ley 30/1992. Ahora bien, esta DA es una norma por completo irrelevante, pues, obsérvese, se limita a decir que si se dan las circunstancias del art. 139 existirá ese derecho, cosa obvia en extremo, hasta el punto de que para ello ya existía el art. 139, sin que sea necesario un nuevo artículo que recuerde que el art. 139 es un artículo aplicable y en vigor. Pero ni siquiera dice la norma que "solo" se tenga derecho en tales casos, sino que en tales casos se tendrá derecho, lo que no es lo mismo. Y desde luego no puede querer decir que "solo" haya derecho a ser indemnizado cuando se demuestre la existencia de un daño de acuerdo con el art. 139 si se toma en cuenta que hay en el ordenamiento jurídico otras normas que pueden establecer una indemnización bajo criterios propios y particulares, y si la DA quisiera derogarlas a favor de la exclusiva aplicación del art. 139 debería haberlo dicho expresamente. Normas como, en lo que a nosotros nos interesa, el art. 105 Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que establece que el Tribunal fijará una indemnización en caso de inejecución de sentencia. Según ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, y es por demás obvio, la nulidad radical de una expropiación debe provocar la devolución del bien. Si la Administración no lo devuelve por imposibilidad, habrá que proceder conforme al art. 105, y fijar una indemnización por la inejecución de la sentencia. Y en esa indemnización es perfectamente posible introducir un daño moral incrementado respecto del daño moral que la Ley indemniza con el premio de afección, pues, como más arriba decíamos, a la privación coactiva de un bien se añade que la privación es ilegal y sin embargo el bien no se devuelve. Cuando la sentencia aplica el 25 % no hace sino resumir en sentencia aquello a lo que se habría llegado inevitablemente en ejecución.

Esta última reflexión sobre el daño moral agudizado cierra el círculo en el sentido de que, en cualquier caso, aunque se interpretase la DA como que limita la indemnización "solo" a los casos del art. 139 de la Ley 30/1992, no hay ningún impedimento a la aplicación del 25 %. En efecto, es obvio que dentro del art. 139 cabe la indemnización del daño moral. Pues bien, en materia expropiatoria está legalmente admitido que la privación coactiva del bien ocasiona no sólo una pérdida estrictamente patrimonial, sino también un daño moral que se indemniza bajo la denominación de "premio de afección" (art. 47 LEF). Admitido pues que la privación coactiva de un bien provoca un daño moral, hay que decir que el premio de afección que contempla la LEF lo es para una expropiación legal y regular. Luego nada hay que se oponga a considerar que en estos casos, esa afección y esa aflicción o constricción moral que deriva de que el propietario deba desprenderse del bien de manera coactiva, se vea incrementada por las circunstancias, ya mencionadas, de que, además de coactiva, la privación fue ilegal y que aun declarada dicha ilegalidad el Estado no devuelve el bien ilegalmente adquirido porque ha ejecutado ya la obra. De modo que debemos reconocer a la parte actora el derecho a percibir la correspondiente indemnización por ocupación ilegal" (...).

Sin embargo la muy reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo fijando la interpretación de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa no parece acorde con el parecer del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. En su primera sentencia sobre esta cuestión, de 4 de junio de 2018 (rec. casación 210/2016), señala con rotundidad que: "(...) sin perjuicio de la devolución del bien ocupado o la fijación de la correspondiente indemnización sustitutoria al amparo del art. 105.2º de la Ley Reguladora de la



Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para el reconocimiento del derecho del expropiado de los daños y perjuicios derivados de la actividad anulada, es preciso que se justifique la realidad del daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del art. 139 de la ley 30/92 (arts.32 y ss. Ley 40/2015) (...)". En el mismo sentido se pronuncia en las sentencias de 12 de junio de 2018 (rec. casación 755/2017), de 18 de junio de 2018 (rec. casación 2392/2017), de 26 de junio de 2018 (rec. casación 4274/2017) y de 9 de julio de 2018 (rec. casación 1551/2017).

No nos detenemos más en este asunto, por no ser el objeto principal de este comentario, sin dejar de resaltar el especial interés que ha suscitado para los operadores jurídicos la nueva doctrina fijada por el Tribunal Supremo sobre la Disposición adicional mencionada por su trascendencia¹⁴⁰.

Respecto a la segunda cuestión planteada, que es la disconformidad de la recurrente con el contenido del acuerdo del Jurado Regional de Valoraciones, la Sala se muestra conforme con los cálculos realizados por el Jurado para la obtención de la renta neta de explotación, porque el acuerdo contiene una detallada explicación de cada uno de los factores a tener en cuenta para dicho cálculo. En cuanto al tipo de capitalización r1 aplicado por el Jurado señala que aunque correspondía aplicar el indicado por la propiedad y perito judicial, se mantiene el tipo aplicado en el acuerdo por ser más favorable a la propiedad. En

¹⁴⁰ Ver en este sentido el comentario de CHAVES, J.R., "La barata nulidad del expediente expropiatorio", disponible en <https://delajusticia.com/2018/06/23/la-barata-nulidad-del-expediente-expropiatorio/#more-965324>. Último acceso el 6 de septiembre de 2018.

cuanto al factor de localización también se mantiene el fijado por el Jurado, puntualizando que el u3 no es de aplicación, a diferencia de lo que indica el perito judicial, por no estar ubicada la finca en un entorno de singular interés ambiental o paisajístico. Por último, y respecto del tipo de capitalización r2, por ser el principal motivo de este comentario, y al igual que hace el Tribunal en su sentencia, lo trataremos de forma individualizada en el apartado siguiente.

3. INTERPRETACIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DEL COEFICIENTE CORRECTOR EN FUNCIÓN DEL TIPO DE CULTIVO (TIPO DE CAPITALIZACIÓN R2 DEL REGLAMENTO DE VALORACIONES DE LA LEY DE SUELO) POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA EN LA SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2018.

La sentencia dedica el Fundamento de Derecho Tercero a tratar con detalle esta cuestión.

Comienza el Fundamento con una cuestión previa en la que el Tribunal reconoce que se enfrenta por primera vez al debate sobre la aplicación o no de este factor de corrección, pues también es la primera que se presenta ante él una controversia sobre su aplicación. Apostilla como la opinión que se deducirá es mayoritaria pero no unánime, pues la sentencia incorpora un voto particular.

Explica a continuación que la normativa de aplicación sobre la que se ha de reflexionar es por una parte la ya varias veces mencionada Disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 (vigente



en la fecha de valoración) y por otra el artículo 12 del Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo (Real Decreto 1492/2001, de 24 de octubre) y el Anexo I del mismo.

El tenor de ambos es el siguiente:

Disposición adicional séptima. Reglas para la capitalización de rentas en suelo rural.

1. Para la capitalización de la renta anual real o potencial de la explotación a que se refiere el apartado 1 del artículo 23, se utilizará como tipo de capitalización la última referencia publicada por el Banco de España del rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.

2. Este tipo de capitalización podrá ser corregido aplicando a la referencia indicada en el apartado anterior un coeficiente corrector en función del tipo de cultivo, explotación o aprovechamiento del suelo, cuando el resultado de las valoraciones se aleje de forma significativa respecto de los precios de mercado del suelo rural sin expectativas urbanísticas.

Los términos de dicha corrección se determinarán reglamentariamente.

Artículo 12. Tipos de capitalización.

1. Los tipos de capitalización que se aplicarán en la valoración en suelo rural, de acuerdo con los usos y aprovechamientos de la explotación, serán los siguientes:

a) Como tipo de capitalización aplicable con carácter general, r_1 , se utilizará el establecido en el apartado 1 de la Disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley de Suelo.

b) Cuando en el suelo rural se desarrollen actividades agropecuarias o forestales, se utilizará como tipo de capitalización, r_2 , el resultado de multiplicar el tipo de capitalización general r_1 por el coeficiente corrector establecido en la tabla del Anexo I de este Reglamento según el tipo de cultivo o aprovechamiento.

A continuación se destaca como de la lectura de la Disposición adicional séptima segundo párrafo del texto legal y de la regulación reglamentaria se puede obtener dos posibles interpretaciones sobre la aplicación del factor de corrección r_2 . Se dice así en el mismo Fundamento Jurídico de la sentencia:

“(...) Aplicación no automática.

*Deriva de la Ley y del sentido gramatical del término verbal **podrá**, que se anuda a la concurrencia de la condición o supuesto que se expone a continuación:*

*“...**cuando** el resultado de las valoraciones se aleje de forma significativa respecto de los precios de mercado del suelo rural sin expectativas urbanísticas”.*

Ciertamente, esta aparente simplicidad interpretativa, no lo es tanto cuando tratamos de hallar lo que es o son los precios de mercado del suelo rural sin expectativas urbanísticas; ahora bien, una cosa es que exista dificultad, y otra que sea imposible su concreción, aproximación u obtención de referencia, para, a partir de esta dificultad, considerar que el factor r_2 sería de aplicación automática.

Aplicación automática del factor r_2 .

*Parte de la regulación reglamentaria y el empleo del término “...**se utilizará** como tipo de capitalización...”*

Es la que se hace en la demanda sin mayor justificación. Es sabido que cuando menor es el tipo de capitalización mayor es el valor del suelo;



concretamente, y para el suelo de labor seco, multiplicar por 0,49 (r2) supone incrementar en más del doble el valor final del suelo. Concretamente, aplicando sólo el r1 (1,514 % del Jurado), el valor del suelo de seco es para el Jurado de 1,3780 €/m², y para la propiedad, aplicando sólo el r1 (2,07 %) de 1,15 €/m².

Tenemos que decir que el Jurado Regional lo ha aplicado de forma automática en otros casos y también sin motivación. Al igual que se ha aplicado en numerosos informes periciales judiciales o de parte; curiosamente cuando por aplicación de dicho factor r2 se obtenían valores por metro cuadrado aparentemente elevados y se preguntaba a los peritos si, en su opinión, dicho valor se acomodaba al de mercado, se respondía que no, pero que era el que resultaba en aplicación de los coeficientes aludidos. No parece que esta respuesta se acomode a la que pretende la DF 7^a (...)".

Prosigue con la cita de doce sentencias dictadas por diferentes Tribunales Superiores de Justicia, reproduciendo los párrafos de especial interés respecto a lo que ahora concierne (STSJ de Extremadura de 29/01/2013, rec. 433/2011; STSJ de Andalucía de 4/07/2014, rec. 141/2012;; STSJ de Cantabria de 28/12/2016, rec. 230/2015; STSJ de Cantabria de 28/12/2016, rec. 143/2015; STSJ Cantabria de 27/12/2016, rec. 145/2015; STSJ de Cantabria de 01/04/2015, rec. 33/2013; STSJ de Cantabria de 10/06/2016, rec. 34/2015; STSJ de Castilla-León, Burgos, de 03/11/2017, rec. 54/2016; STSJ de Castilla-León, Burgos, de 26/01/2018, rec. 79/2016; STSJ de Castilla-León, Valladolid, de 26/02/2018, rec. 466/2016; STSJ de Islas Baleares de 11/01/2018, rec. 366/2014; y STSJ de Murcia, de 29/01/2018, rec.

300/2016), resaltando que todas ellas, de forma unánime, entienden que el factor de corrección r2 **no debe aplicarse automáticamente** y que no se han encontrado sentencias que entiendan que, al contrario, la aplicación deba ser automática. Dice el Tribunal que de las resoluciones indicadas se puede concluir:

- a) El factor de corrección r2 no es de aplicación automática.
- b) Sólo es de aplicación en el supuesto legalmente previsto: “... **cuando** el resultado de las valoraciones se aleje de forma significativa respecto de los precios de mercado del suelo rural sin expectativas urbanísticas”.
- c) Ha de estarse al caso concreto, analizar las circunstancias, fundamentación de los Jurados y prueba aportada para concluir, o no, que se da el supuesto de la letra anterior.

Por fin llega el Tribunal a fijar su posición sobre esta cuestión, que como se ha dicho no es unánime, sino mayoritaria. **Su postura es que la aplicación del coeficiente corrector r2 no es de aplicación automática, sino en función del caso concreto:**

“(...) Consideramos acertada la interpretación que se hace por los TSJ indicados. De la citada interpretación obtenemos las conclusiones anteriores.

De la regulación de la DA 7ª se desprende, no tanto que pueda obtenerse de forma exacta un valor de mercado del suelo rural sin expectativas urbanísticas, pues si así fuera la norma lo recogería como método de valoración principal, y en este sentido el método de comparación de la anterior regulación perseguía esta finalidad, sino que la aplicación del r2 se lleve a cabo, cuando por la sola aplicación del factor r1, se obtenga



un valor que sea notoria o claramente inferior, groseramente inferior podríamos decir, a los precios de mercado del suelo sin expectativas; y a esta referencia sí podemos llegar por algún que otro camino, como lo ha hecho el Jurado; en este sentido, afirma el Jurado que el valor resultante no es inferior al que deriva de los precios medios obtenidos de referencias oficiales; concretamente de la publicación oficial del Servicio de Estadística del Ministerio de Agricultura realizada sobre la "Encuesta de precios de la Tierra" (el subrayado es de quien suscribe) .

El reglamento no contraviene la Ley si se interpreta sistemáticamente con ella; es decir, las disposiciones del Reglamento y Anexo sobre el r2 entran en juego si se da el supuesto, y sólo el supuesto, previsto en la Ley.

Ciertamente, de entender que es de aplicación automática y en todo caso, nos encontraríamos con una confrontación entre Ley y Reglamento de Desarrollo, lo que nos llevaría a plantear la ilegalidad de éste. Entendemos que no es preciso por la razón indicada. (el subrayado y negrita es de quien suscribe).

Debemos añadir, que el Reglamento es casi cuatro años posterior a la Ley, y que ya ésta contenía la DA 7ª con una regulación igual a la actual. Si, a falta del Reglamento, era imposible aplicar la previsión legal, aun concurriendo el supuesto previsto en aquélla, la regulación reglamentaria no hace sino colmar y llenar la previsión legal; no de otra manera ha de entenderse la expresión "Los términos de dicha corrección se determinarán reglamentariamente" (...).

Finaliza el Fundamento de Derecho Tercero analizando si en el caso concreto de autos se da el supuesto para la aplicación del coeficiente corrector r2. Así indica que el Jurado ha motivado adecuadamente por qué no lo hace, la parte actora lo aplica automáticamente sin refutar o combatir la decisión del Jurado en este punto, y el informe pericial indica que lo hace por la posición de las parcelas, lo que no es ajustado a la normativa. En conclusión, señala que no se ha presentado prueba hábil bastante que desvirtúe los razonamientos del Jurado, por lo que por ello no procede la aplicación de este factor de corrección.

De cuanto antecede es evidente que lo que se podría deducir es la posible confrontación entre una norma legal y una norma reglamentaria (el Texto Refundido de la Ley de Suelo y la regulación establecida por el Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo). El art 9.3 de la Constitución Española consagra el principio de legalidad y el de jerarquía normativa lo que supone, como no puede ser de otra manera, la primacía de la Ley sobre el Reglamento (téngase en cuenta también el art. 103 de la Constitución, el art. 1.2 del Código Civil, y los arts.128 y 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). La interpretación sistemática que mayoritariamente realiza el Tribunal elimina este posible atisbo de confrontación en la línea con lo que ya venía haciendo otros Tribunales Superiores de Justicia. Es decir, el Reglamento de Valoraciones no vulnera la Ley, por el contrario completa la regulación prevista en la misma, y el texto reglamentario no será de aplicación cuando el supuesto previsto en el texto legal no se produzca.



4. VOTO PARTICULAR DE LA SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2018.

La sentencia, como ya se ha anticipado, no es unánime y cuenta con un voto particular que comienza exponiendo el panorama normativo aplicable. En este sentido, además de mencionar como normativa objeto de debate tanto la Disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley de Suelo, como el art. 12 del Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo, resalta que la sentencia ni ha citado ni ha aplicado el art. 13 del mismo Reglamento, cuando a su juicio debería haberlo hecho. Este artículo es el que establece la fórmula matemática de cálculo para la capitalización de la renta real potencial en explotaciones agropecuarias y forestales y dicha fórmula hace utilización precisamente del r^2 .

Ahora bien se olvida de que el art. 11 del Reglamento de Valoraciones es el que establece la fórmula que, con carácter general, ha de aplicarse para la capitalización de la renta de la explotación, es decir, la fórmula del art. 13 no es la única a tener en cuenta.

A continuación dedica un apartado a la interpretación de la Ley y el Reglamento. Comienza reconociendo, como ya se hace en la sentencia mayoritaria, como la Disposición adicional séptima establece un tipo general (párrafo 1) y uno secundario (párrafo 2) cuya aplicación se prevé para el caso de que *"el resultado de las valoraciones se aleje de forma significativa respecto de los precios de mercado del suelo rural sin expectativas urbanísticas"*, remitiendo a Reglamento los términos de dicha corrección. Esto, que parecería que en principio le pone en la línea de la opinión de la mayoría, de repente se olvida y se deja a un lado y comienza una argumentación que se centra única y exclusivamente

en lo que dice el tenor literal del Reglamento. En ningún momento se vuelve a hacer referencia a lo que "literalmente" dice la Ley que, por su primacía, debería ser la primera consideración a tener en cuenta. De esta forma se destaca que el Reglamento no da margen alguno a ser "interpretado", por su carácter imperativo. Añade que la literalidad de una norma debe imponerse sobre cualquier otra posible interpretación y que *"no es posible vestir de interpretación lo que es franca y directa inaplicación del Reglamento"*.

Seguidamente, manifestando que a su juicio existe una posible contradicción entre Ley y Reglamento, pues el Reglamento establece, sin lugar a dudas, la aplicación en todas las valoraciones de terrenos destinadas a explotaciones agropecuarias del factor r2, mientras que por el contrario la Ley determina su aplicación solo para el caso de que la aplicación del r1 produzca una desviación respecto del precio de mercado, señala una serie de cuestiones: 1) que el Jurado Regional, como órgano administrativo que es, debería haber aplicado el Reglamento sin poder objetar su legalidad, ni disfrazar bajo el manto de la *interpretación* lo que a su juicio es *paladina inaplicación*; 2) en cuanto a la Sala entiende que no pueda examinar la posible ilegalidad del Reglamento pues quien recurre el expropiado que no cuestiona la legalidad del mismo; 3) considera que para salvar la posible contradicción entre ambos, Ley y Reglamento, resulta perfectamente entender que la Administración al redactar este Reglamento: *"ha hecho uso de la cláusula de la Disposición Adicional 7ª de una sola vez dando por sentado que el tipo de capitalización r1 no es apto generalmente para reflejar el valor del mercado, o las diferencias de valor de mercado según los tipos de cultivos (...). Puede haber entendido la Administración que por razones de economía aplicativa sea más adecuado adoptar un criterio general y fijo de*



adaptación a mercado que tener que acudir caso por caso a una comparación con un "precio de mercado" (...) Que al hacerlo así el autor del Reglamento se haya equivocado en los cálculos, o finalmente se alcance resultados que no sean los que se había previstos, a la vista de la más o menos previsible evolución a la baja de los tipos de interés, no es razón para dejar de aplicar el Reglamento, sino que en su caso lo sería para su modificación (...)". Finaliza diciendo que si se acoge esta perspectiva el Reglamento podría ser perfectamente legal y que la negativa del Jurado y del Tribunal a aplicarlo es una injustificada falta de aplicación de normas vigentes en perjuicio del expropiado. Si no se acoge esta perspectiva concluye que no es aceptable que el Jurado deje de aplicar en Reglamento en vigor, y que si la Sala quiere inaplicar el Reglamento en un recurso interpuesto por la propiedad solo puede hacerlo con expresa invocación del art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, previo planteamiento de tesis al efecto, y declarando hacer inaplicación de la norma reglamentaria, a la espera de que algún recurso de una beneficiaria o de la administración expropiante que permitiera una más completa depuración del ordenamiento mediante la anulación del Reglamento.

Con el debido respeto hemos de manifestar nuestro desacuerdo con este voto particular y ello porque se aprecia una falta de entendimiento de cuál ha sido el proceder del Jurado así como de la opinión mayoritaria de la Sala:

- a) No se ha producido una inaplicación del Reglamento:

Como dice Domenech Pascual *"inaplicar una norma jurídica consiste, sencillamente, en prescindir de la misma para resolver un caso en el que tenía vocación*

de ser aplicada. Se resuelve sin observar la norma" (en este caso sería el Reglamento)¹⁴¹. Pero eso no sucede en el caso de autos. No se ha utilizado el r2 previsto en el Reglamento porque simple y llanamente no se da el supuesto previsto en la Ley.

Ya hemos tenido ocasión de trasladar como la Sentencia ha explicado como la Disposición adicional séptima en su párrafo segundo no establece una norma imperativa sino una facultad ("podrá") lo que implica que su aplicación necesite que se acrediten y motiven las disposiciones que la justifiquen. La posibilidad de corregir el precio obtenido es potestativa, no preceptiva, y sólo procederá cuando se pruebe que el resultado de las valoraciones se aleje de forma significativa respecto de los precios de mercado del suelo rural sin expectativas urbanísticas, y si ello queda probado se aplicará el coeficiente corrector r2.

Se ha expuesto con detalle en los antecedentes de este comentario cual fue la motivación que llevó a adoptar el acuerdo del Jurado como también lo ha explicado la sentencia mayoritaria en su Fundamento de Derecho Tercero, que se ha tenido ocasión de comentar.

Es indiscutible que la vinculación a la Ley, que es la expresión de la voluntad general, es más intensa que la vinculación al Reglamento, norma de rango inferior a la ley. Por ello, en caso de contradicción debe primar la ley e inaplicarse el Reglamento. Ahora bien desde el punto de vista del Derecho positivo solo los tribunales pueden inaplicar los Reglamentos, en virtud

¹⁴¹ Domenech Pascual, G., *"La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales"*, Revista de Administración Pública, núm. 155. Mayo-agosto 2001.



de lo dispuesto por el artículo 6 Ley Orgánica del Poder Judicial: *“Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley y al principio de jerarquía normativa”*. Aun así, la cuestión no es pacífica, y doctrinalmente hay quien ha calificado como que estamos ante una “patología” del Derecho y que cabe la posibilidad incluso para la Administración de inaplicar el Reglamento cuando existe una colisión frontal y clara con la Ley formal. En este caso, la Administración podría inaplicar el Reglamento mediante la aplicación directa de la Ley que desarrolla el mismo, lo cual no atentaría contra la seguridad jurídica sino todo lo contrario.

No obstante lo anterior no es esto lo que sucede en el caso de autos, como bien expone la Sentencia. Ni Jurado ni Tribunal han dejado de aplicar el Reglamento y ninguno ha entendido que exista una confrontación entre Ley y Reglamento. Así también lo han entendido las doce sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que se mencionan en la sentencia que nos ocupa.

b) No se ha puesto en duda la legalidad del mismo:

El Jurado Regional de Valoraciones, como no puede ser de otra forma, sigue aplicando el Reglamento en todas sus valoraciones y la aplicación del r2 se efectúa cuando concurre el supuesto previsto en la Ley.

Es cierto que en sus inicios el Jurado lo aplicó automáticamente, pero tras las diferentes sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia sobre el hecho en cuestión, lo que le llevó a someter a debate y reflexión el tenor literal de la Ley, modificó su postura inicial, la cual ha sido ahora refrendada por la Sala.

La sentencia por su parte no lo puede dejar más claro cuando dice: *“El reglamento no contraviene la Ley si se interpreta sistemáticamente con ella; es decir las disposiciones del Reglamento y Anexo sobre el r2 entran en juego si da el supuesto, y sólo el supuesto, previsto en la Ley. Ciertamente, de entender que es de aplicación automática y en todo caso, nos encontraríamos con una confrontación entre Ley y Reglamento de Desarrollo, lo que nos llevaría a plantear la ilegalidad de éste. Entendemos que no es preciso por la razón indicada (FJ 3º).*

- c) No se puede interpretar lo que no dice ni la Ley ni el Reglamento:

Se argumenta en el voto particular que la Administración autora del Reglamento ha decidido cerrar de una sola vez el *tipo de capitalización aplicable* porque ha hecho un Reglamento y ha establecido unos valores de corrección en un Anexo. Esto no deja de ser una opinión particular que no se deduce del contenido de la Ley ni del Reglamento.

Al contrario, la modificación operada por la Disposición final tercera de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras en el tipo de capitalización r1 (y que ha sido recogida con el mismo tenor literal en el vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto 7/2015, cuya entrada en vigor es posterior al Reglamento)¹⁴², y que

¹⁴² Disposición final tercera de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras. Modificación del texto refundido de la Ley del suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio:

Se modifica el apartado 1 de la disposición adicional séptima del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo, que



ha puesto de manifiesto que el legislador ha sido consciente de la problemática que la aplicación de los tipos de interés estaban produciendo en los valores obtenidos, sirve para refrendar que las valoraciones no son ciencias exactas, que dependen de la fluctuación del mercado y de los tipos de interés aplicables, que no se trata de una actividad estática.

La Disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Suelo ha ligado siempre la aplicación del coeficiente corrector, vía Ley de Presupuestos (así lo decía en su redacción inicial) o vía reglamentaria a la existencia de una diferencia entre la valoración obtenida y los precios de mercado.

El Reglamento no puede sustituir a la Ley, la complementa. La Ley ya decía en su artículo 23 que método se debía aplicar (el de capitalización de rentas) y, por tanto, como se debía hacer la valoración del suelo rural, completándose la regulación con la Disposición adicional séptima en cuanto el tipo de capitalización aplicable. Se podía valorar, sí, aunque no se dispusiera de un Reglamento, aunque evidentemente mientras no existiera texto reglamentario era imposible aplicar la previsión legal de la Disposición adicional en su totalidad.

queda redactado de la siguiente forma: «1. Para la capitalización de la renta anual real o potencial de la explotación a que se refiere el apartado 1 del artículo 23, se utilizará como tipo de capitalización el valor promedio de los datos anuales publicados por el Banco de España de la rentabilidad de las Obligaciones del Estado a 30 años, correspondientes a los tres años anteriores a la fecha a la que deba entenderse referida la valoración.»

5. CONCLUSIONES.

Esta sentencia es de importancia para el ámbito de la Comunidad Autónoma pues fija por primera vez la postura del Tribunal Superior de Justicia sobre la aplicación no automática del coeficiente corrector en función del tipo de cultivo (tipo de capitalización r_2 del Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo), lo que tiene una especial trascendencia en las valoraciones a efectos expropiatorios, cuestión que se demuestra ciertamente relevante tanto para expropiados como para las entidades expropiantes.

El Tribunal establece que: 1) el factor de corrección r_2 no es de aplicación automática; 2) sólo es de aplicación en el supuesto legalmente previsto (es decir, cuando el resultado de las valoraciones se aleje de forma significativa respecto de lo preciso de mercado del suelo rural son expectativas urbanísticas); y 3) ha de estarse al caso concreto, analizar las circunstancias, fundamentación de los Jurados y prueba aportada para concluir, o no, que se da el supuesto anterior.

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS 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. Es importante destacar en este punto que la Revista cuenta con dos secciones, una destinada a Artículos doctrinales NACIONALES y otra destinada a Artículos doctrinales INTERNACIONALES. Esta última corresponde a trabajos de autores de otros países.
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.

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.

Asimismo, para que el esfuerzo y el mérito tengan el reconocimiento social y profesional que merecen, podrán publicarse Trabajos Final de Grado (TFG) o Final de Máster (TFM) si han obtenido una calificación mínima de sobresaliente, **en cuyo caso la propia publicación pondrá de manifiesto que se trata de un TFG o un TFM.** Todo ello sin perjuicio de la

obligatoriedad de cumplir el resto de requisitos exigidos en estas bases. Esta modesta iniciativa, pretende el reconocimiento al mérito de haber obtenido unas calificaciones que son fruto de un rendimiento académico digno de elogio.

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 a propuesta del Consejo de Redacción de la Revista.

El **Consejo Evaluador Externo** estará formado por un máximo de seis personas, que podrán ser renovadas por mitades cada dos años a propuesta del Consejo de Redacción.

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 ARTICULOS como las RESEÑAS deberá 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 *Verdana*¹⁴³. 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.

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

¹⁴³ 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.



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 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 un 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