

Revista digital CEMCI

Número 40: octubre a diciembre de 2018

ISSN 1989-2470



La Revista digital CEMCI (ISSN 1989-2470) es una publicación periódica trimestral, elaborada por el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, cuya difusión se realiza de forma electrónica. Con el objeto de facilitar la consulta y descarga de la misma, se ha preparado el presente documento en formato PDF. No obstante, a la versión oficial de la [Revista CEMCI](#) se puede acceder a través de la página web del [CEMCI](#).

SUMARIO:

1.- Editorial

2.- Tribuna

- La municipalidad laboral en las nuevas tecnologías. La videovigilancia: con o sin límites. Rafael Leopoldo AGUILERA MARTÍNEZ
- Impacto de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales en el ámbito local. Concepción CAMPOS ACUÑA
- La contratación del suministro eléctrico por las entidades locales en el mercado mayorista. Pedro CORVINOS BASECA y José María AGÜERAS ANGULO
- El nuevo régimen jurídico de las terrazas y veladores en la legislación andaluza sobre espectáculos públicos y actividades recreativas. José Luis RODRÍGUEZ LAÍN

3.- Trabajos de evaluación

- Aproximación a un modelo de dirección pública profesional para la administración local. Especial referencia a los municipios de gran población. Angel Luis DEL RÍO FERNÁNDEZ
- La prestación compensatoria generada por las empresas eólicas. Miguel Ángel SIERRA GARCIA.

4.- Actualidad jurídica

- Normativa andaluza
- Normativa estatal
- Jurisprudencia

5.- Convocatorias

6.- Ahora en el CEMCI

7.- Novedades editoriales

8.- Novedades bibliográficas

9.- Ocio: Volver

10.- Actualidad Informativa

EDITORIAL

Una vez más, nos enfrentamos a un nuevo año, con ilusión y con ganas de seguir trabajando y mejorando en la implementación del [Proyecto Estratégico de Creatividad, Transparencia y Mejora Continua \(2016-2019\)](#) del CEMCI, un ambicioso proyecto en el que se establecen unas líneas generales de actuación, que se van perfilando con los [Planes Generales de Acción](#) Anuales, con el propósito último de constituir un Centro de Estudios Público líder y de referencia en Gobierno y Administración Local.

En esta ocasión, deseamos destacar la convocatoria de la [IV Edición de los Premios CEMCI](#) en su doble modalidad, "Prácticas Municipales Exitosas" e "Investigación Científica Avanzada de la Administración y el Gobierno Local", cuyo plazo para la presentación de trabajos está abierto hasta el 31 de agosto de 2019. Los premios consistirán en una dotación económica de 3.500 euros a los trabajos premiados y las menciones especiales en una dotación económica de 1.500 euros cada una, así como la publicación de los trabajos por el CEMCI. Puede ampliar información en nuestra web.

Respecto al número de la [Revista digital CEMCI](#) que ahora presentamos, en esta ocasión hemos seleccionado una parrilla de contenidos que consideramos de gran interés y actualidad. Iniciamos la Sección "Tribuna" con una aportación de Rafael Leopoldo AGUILERA MARTÍNEZ, Responsable de Relaciones Laborales en el Ayuntamiento de Roquetas de Mar (Almería), titulada "La municipalidad laboral en las nuevas tecnologías. La videovigilancia: con o sin límites", que nos sitúa en el estado de la cuestión de esta controvertida situación.

A continuación, un artículo de indudable actualidad, firmado por Concepción CAMPOS ACUÑA, Doctora en Derecho y Secretaria de Administración Local, Categoría Superior, titulado "Impacto de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales en el ámbito local", en el que realiza un brillante análisis de esta Ley de reciente publicación.

En tercer lugar, se ha seleccionado un trabajo sobre "La contratación del suministro eléctrico por las entidades locales en el mercado mayorista", que ha sido elaborado por Pedro CORVINOS BASECA, Abogado, y por José María AGÜERAS ANGULO, Interventor-Tesorero de Administración Local con Categoría Superior, ambos especialistas en Derecho Administrativo y en Régimen Local.

Para terminar esta sección, se ha incluido un texto de gran actualidad: “El nuevo régimen jurídico de las terrazas y veladores en la legislación andaluza sobre espectáculos públicos y actividades recreativas”, de José Luis RODRÍGUEZ LAÍN, Magistrado del Juzgado Instrucción 4 de Córdoba. Este artículo es complemento del trabajo del mismo autor titulado “Las terrazas o veladores: especial referencia a su régimen jurídico en la legislación medioambiental andaluza”, publicado por este Centro en la obra colectiva *Contaminación acústica. Gestión del ruido por las Corporaciones Locales, aspectos jurídicos, técnicos y sanitarios*, 2018.

En la sección “Trabajos de evaluación” en esta ocasión se han destacado dos documentos. El primero, elaborado por Ángel Luis DEL RÍO FERNÁNDEZ, Técnico de Organización del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón (Madrid), nos presenta un tema de interés para el personal que presta sus servicios en las administraciones locales, “Aproximación a un modelo de Dirección Pública Profesional para la administración local. Especial referencia a los municipios de gran población”.

En segundo lugar, se ha seleccionado un trabajo de Miguel Ángel SIERRA GARCÍA, Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Abrucena y Las Tres Villas (Almería), sobre “La prestación compensatoria generada por las empresas eólicas”.

Esperamos que los textos recogidos en este número sean de su agrado, y agradecemos a nuestros colaboradores el magnífico trabajo realizado, así como a todos nuestros lectores el interés demostrado en las actividades y publicaciones que este Centro lleva a cabo.

CEMCI

LA MUNICIPALIDAD LABORAL EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. LA VIDEOVIGILANCIA: CON O SIN LÍMITES

Rafael Leopoldo AGUILERA MARTÍNEZ

Responsable Relaciones Laborales. Ayuntamiento de Roquetas de Mar

SUMARIO:

1. Estado de la cuestión.
2. El sistema electrónico del control laboral
3. El control gubernamental municipal con video vigilancia
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
4. Conclusión

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Cada vez que nos acercamos a un Centro Directivo del Sector Público¹ con lo primero que nos solemos encontrar, entre otros elementos informativos previniéndonos de alguna cuestión interior o exterior, es con una pegatina, generalmente, de color amarillo luminoso con un fotograma que plasma una cámara de vídeo y unas palabras legibles en color negro ruán, que nos advierte que ese lugar o entorno inmediato, está protegido por video vigilancia a fin de tener constancia y conocimiento de lo que pueda acontecer.²

Lo que se pretende, en todo caso, es respetar en todo momento la concurrencia de circunstancias que legitimen su tratamiento y la definición y garantías que deban de aplicarse para no vulnerar derechos individuales y colectivos protegidos por las normas sobre protección de datos.³

¹ Artículo 2. Ámbito Subjetivo. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. «BOE» núm. 236, de 02/10/2015.

² Instrucción 1/2006 de 8 de noviembre por parte de la “Agencia Española de Protección de Datos”, sobre el tratamiento de datos personales con fines de video-vigilancia a través de cámaras y videocámaras.

³ Diariamente tenemos conocimiento de los daños que sufre el patrimonio de titularidad municipal con actos de naturaleza vandálica, de algunos, los menos, conciudadanos incívicos, contra el mobiliario urbano, bancos, papeleras, marquesinas, farolas, así como contra el patrimonio natural; nuestros jardines, árboles, etcétera. Actos amparados en la falta de vigilancia o en la nocturnidad, y que en la mayoría de los casos gozan de impunidad, lo cual anima a la reincidencia. Por otro lado, los efectivos de que dispone la Policía Local, son los que son, en la mayoría de ocasiones muy por debajo de la ratio que establece la UE. Incluso cumpliendo la ratio en la Relación de Puestos de Trabajo, por ejemplo 100 agentes de la Policía Local, por bien que estén distribuidos organizacionalmente y funcionalmente, es de suma rareza que una plantilla de 100 personas se encuentren los 365 operativa al 100 %, ya que como menos siempre habrá situaciones derivadas de permisos, licencias, excedencias u otras derivadas de la conciliación de la vida personal y familiar

Cualquier comportamiento o conducta que vaya a suceder va a quedar grabada.

Este hecho de poder ser considerado un acto doloso o culposo, posteriormente mediante la correspondiente denuncia, sea de oficio, a instancia de parte o por el orden jurisdiccional competente o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado u otras entidades con facultades,⁴ pudieran establecer tras la visualización de los mismos una presunción ilícita por parte de personas, sean o no administrados, que han acudido al inmueble público o transeúntes sin definición específica de su presencia, puedan servir la grabación efectuada por las cámaras situadas en lugares estratégicos de toma de datos como prueba fehaciente, notoria y pública ante un estrado judicial a la hora de poder analizar y valor un ilícito penal o irregularidad administrativa.

En todo caso, la grabación tiene que ajustarse a unos mínimos detalles respetuosos con las personas y que nos sean invasivos de la libertad que nos asiste como ciudadanos a pie de calle sin nada que ocultar ni esconder si no se ha vulnerado el ordenamiento jurídico.

Esta podría ser una de las muchas definiciones técnicas con las que podríamos sintetizar los motivos por los cuales las Entidades Locales, mediante los correspondientes procesos de contratación pública, suelen establecer mecanismos de seguridad interna respecto a daños o perjuicios que puedan sufrir intencionadamente o no, no solo en el patrimonio municipal sino las propias autoridades, trabajadores o en quienes se encuentren en el interior o exterior colindante para la realización de gestiones o no de carácter público.

Nada que objetar sí las cámaras de vídeo vigilancia está para garantizar el orden y la seguridad de los usuarios de las instalaciones municipales.

Pero las dudas y con ellas los sentimientos contrariados comienzan a hacerse visibles, cuando las grabaciones de las cámaras tienen otros objetivos diferentes o simultáneos, entre los que se encuentran el pretender controlar a los trabajadores, sean funcionarios o laborales, eventuales o directivos, durante el ejercicio de su actividad laboral.

Por tanto, el presente artículo viene a aclarar, sí es posible, en breves líneas amanuenses, sí conforme a la jurisprudencia europea y nacional, la aplicación de estas nuevas tecnologías de aplicación al ámbito estrictamente de las relaciones laborales en el segmento de la Función Pública Local es legal, conforme a los poderes directivos de quienes ejercen la gestión y gobernanza municipal por voluntad ciudadana establecida

que no permitirán estar todos cuantos tienen que estar en acto de servicio, lo que conllevará que las unidades siempre se encuentren mermadas hasta límites de inoperatividad de efectivos.

⁴ Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno de la Nación, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, según establece el artículo 104 de nuestra CE. La Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, recoge en su preámbulo, "... ha establecido el marco jurídico aplicable a la utilización de los sistemas de grabación de imágenes y sonidos, como medio del que pueden servirse las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el cumplimiento de su misión, encomendada por el artículo 104 de la Constitución, de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

en las urnas o por delegación quienes les sustituyan en este menester controlador laboral.

Hay que expresar sin duda a equivocarnos, que ni la LMRF,⁵ ni el TREBEP,⁶ ni el TRLBRL,⁷ RFORJEL,⁸ ni demás leyes concordantes y de aplicación a la Gestión del Personal, hacen alusión a este tipo de medios de control y fiscalización de la vida laboral de los trabajadores en sus centros de trabajo, lo que no aminora el deber del empleado público de cumplir con exactitud los deberes establecidos en el artículo 52 del TREBEP en concurrencia con el artículo 53 del mismo Texto legal que trata sobre los principios éticos como código deontológico.

Tenemos que remontarnos a la Constitución Española de 1978, para determinar si la colocación de estos aparatos electrónicos o digitales vulneran los derechos fundamentales de las personas - trabajadores municipales- con la implantación de mecanismos de video vigilancia o informática, especialmente los contemplados en los artículos 18.1 de la CE, derecho a la intimidad; artículo 18.3 de la CE, secreto de las comunicaciones; y artículo 18.4 de la CE sobre libertad informativa.⁹

Antes de adentrarnos en la deliberación de este asunto desde la praxis científica, unos segundos para deletrear en un párrafo y poner de manifiesto el uso irregular de estos medios en fines distintos para los que se han colocado, dando lugar a sentimientos de conflicto colectivo cuando quienes ejercen la representatividad sindical no han sido avisados de la utilización de estos medios para fines laborales.¹⁰

⁵ Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública. «BOE» núm. 185, de 03/08/1984.

⁶ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. «BOE» núm. 261, de 31/10/2015.

⁷ Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. «BOE» núm. 96, de 22/04/1986.

⁸ Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. «BOE» núm. 305, de 22/12/1986. En este RD, en su artículo 104.2 establece que mediante Reglamentos Orgánicos Municipales podrán establecerse medios de control y fiscalización de los órganos de gobierno, pero no establece, ni en un sentido ni en otro, que puedan regularse mediante este tipo de reglamentos el control de las relaciones laborales.

⁹ Esta novedosa regulación no solo tiene por finalidad poner a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el empleo de estos medios para la prevención de actos delictivos, la protección de las personas y la custodia de bienes en espacios públicos, sino que su finalidad primordial consiste en establecer las garantías necesarias para que dicha utilización sea estrictamente respetuosa con los derechos y libertades de los ciudadanos.

Así, las normas contenidas en la citada Ley someten, en primer lugar, la utilización de videocámaras a autorización administrativa previa, si bien el régimen de autorización es distinto según se trate de instalaciones fijas de videocámaras o de videocámaras móviles. En segundo lugar, describen los principios de su utilización, esto es, los principios de idoneidad e intervención mínima. Y, en tercer lugar, establecen las garantías precisas en relación con las videograbaciones resultantes. Dentro del régimen de garantías establecido en la Ley Orgánica 4/1997 tiene un papel clave la Comisión prevista en su artículo 3, como órgano consultivo dotado de Independencia de la autoridad administrativa competente para otorgar la autorización.

¹⁰ La larga experiencia en el ámbito local he tenido conocimiento, como determinadas personas con cargos electos, saltándose los protocolos de la protección de datos y quienes pueden tener derecho a visualizar las cintas de las cámaras, con carácter retroactivo cada día o cuando le place, controlan a los empleados públicos si han entrado o a salido a su hora o si ha realizado otras salidas o entradas para después recriminarle y aperebirlas las veces que se ha ausentado de su oficina, sin tener en cuenta determinados derechos que asisten al trabajador durante su jornada ordinaria de trabajo, sea porque

En conclusión al presente apartado introductorio, el CCN-CERT¹¹ y la Agencia Española de Protección de Datos (AERD) han establecido un mecanismo de colaboración con el objetivo de ofrecer a las Administraciones Públicas una referencia de cumplimiento normativo en materia de protección de datos y seguridad ante la próxima entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) el 25 de mayo de 2018.

El Esquema Nacional de Seguridad¹² y el RGPD¹³ establecen la obligación de que las Administraciones Públicas realicen análisis de riesgos para determinar el posible impacto de los tratamientos de datos sobre los derechos y libertades de las personas y las medidas de seguridad aplicables.

En este sentido, la AEPD ha publicado un documento en el que pone de manifiesto que esas medidas de seguridad -en el caso de las AAPP- estarán marcadas por los criterios establecidos en el Esquema Nacional de Seguridad, fruto de la colaboración del CCN-CERT y la AEPD, que han trabajado de forma conjunta para ofrecer una herramienta a las Administraciones Públicas que les permita evaluar de manera sistemática y objetiva los posibles riesgos en materia de protección de datos y de seguridad de la información.

Así, la herramienta PILAR incluye desde hoy un módulo de cumplimiento que permite a las AAPP verificar los requisitos establecidos en el RGPD, facilitando la gestión normativa tanto del Reglamento como del Esquema Nacional de Seguridad.

La obligatoriedad de contar con un registro de actividades de tratamiento, designar un Delegado de Protección de Datos o notificar las quebras de seguridad en caso de producirse son algunos de los aspectos recogidos en este nuevo módulo. Evidenciado el problema, en cuanto a la existencia de actos vandálicos que afectan a los

han ido al aseo, han fumado un pitillo en la puerta, se han entretenido conversando con algún vecino o concejal de la oposición, y un sinnúmero de hechos relacionados con la vida conciliadora del personal con su ámbito privado de actuación o incluso profesional que no empatizante con el ojo visualizador.

¹¹ El CCN-CERT (www.ccn-cert.cni.es) es la Capacidad de Respuesta a Incidentes de Seguridad de la Información del Centro Criptológico Nacional, CCN (www.ccn.cni.es). Este servicio se creó en el año 2006 como el CERT Gubernamental/Nacional español y sus funciones quedan recogidas en la Ley 11/2002 reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, el RD 421/2004 regulador del CCN y en el RD 3/2010, de 8 de enero, regulador del Esquema Nacional de Seguridad (ENS), modificado por el RD 951/2015 de 23 de octubre.

¹² Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica. «BOE» núm. 25, de 29 de enero de 2010.

¹³ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. «BOE» núm. 17, de 19/01/2008. El artículo 10.3. b) hace mención Los datos de carácter personal podrán tratarse sin necesidad del consentimiento del interesado cuando: Se recaben por el responsable del tratamiento con ocasión de la celebración de un contrato o precontrato o de la existencia de una relación comercial, **laboral** o administrativa de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; y el artículo 31.1 sobre el Derecho de oposición a las decisiones basadas únicamente en un tratamiento automatizado de datos, en el que “los interesados tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, tales como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad o conducta.”

bienes de titularidad municipal, así como a la seguridad de nuestros vecinos y visitantes en el disfrute de los espacios públicos de nuestros municipios.¹⁴

Las circunstancias actuales en todo el país, más en unas zonas que en otras, se ha convertido en imprescindible acometer actuaciones, decisiones ajustadas a la ley, y cuya experiencia es demostrada en otros municipios para la protección y aseguramiento de bienes de titularidad municipal y de personas que hacen uso de estos medios de video vigilancia y grabación.

Así, podemos contar con la tecnología que nos permita realizar la vigilancia de multitud de espacios con coste relativamente bajo para las arcas municipales, costes por otro lado que son amortizados con el ahorro en la reposición y/o arreglo de los destrozos que el vandalismo suele realizar en el patrimonio municipal y reducir al mínimo la inseguridad ciudadana.

Con la presencia de cámaras que puedan grabar la acción, estamos convencidos de que se producirá un efecto disuasorio y más de un convecino incívico se lo pensará dos veces antes de romper algo que es de todos y que de otro modo su autoría quedaría en un constante anonimato e impunidad.

Es primordial que nuestro patrimonio natural, jardines, infraestructuras, mobiliario y equipamiento urbano tanto de valor histórico, artístico, como edafológico, o simplemente económico, debería poder ser vigilado por cámaras para:

- Disuadir a aquellos que tengan intención de cometer ataques a propiedades públicas, que son de todos.
- Ayudar a la policía a dar con la identidad de quien los comete, con el fin de ponerlos a disposición judicial y terminar con la impunidad.
- Facilitar la labor judicial aportando las pruebas necesarias para poder imponer la sanción correspondiente.

Otra cuestión será la que converge en los trabajadores de las entidades afectadas por video cámaras y a esto dedicaremos el siguiente epígrafe.

2. EL SISTEMA ELECTRÓNICO DEL CONTROL LABORAL

Cuando una entidad física o mercantil, en este caso, objeto de la reflexión las relaciones laborales, soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco a quienes ostentan la condición de trabajadores, salvo que sean datos que la Administración Pública necesita en el ámbito de sus competencias y nunca afecten a inviolable dignidad de toda persona.

¹⁴ No todos los municipios tienen un Cuerpo de Policía Local con la ratio establecida a nivel de la UE, ni poseen una Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, siendo realizadas estas labores por la Guardia Civil que tampoco se caracteriza de disponer de suficientes efectivos.

Asimismo, deben autorizarse excepciones a la prohibición de tratar categorías especiales de datos personales cuando lo establezca el Derecho de la Unión o de los Estados miembros y siempre que se den las garantías apropiadas, a fin de proteger datos personales y otros derechos fundamentales, cuando sea en interés público, en particular el tratamiento de datos personales en el ámbito de la legislación laboral, la legislación sobre protección social, incluidas las pensiones y con fines de seguridad, supervisión y alerta sanitaria, la prevención o control de enfermedades transmisibles y otras amenazas graves para la salud.

Por tanto, el Derecho de los Estados miembros o los convenios colectivos, incluidos los «convenios de empresa», pueden establecer normas específicas relativas al tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito profesional, en particular en relación con las condiciones en las que los datos personales en el contexto laboral pueden ser objeto de tratamiento sobre la base del consentimiento del trabajador: los fines de la contratación, la ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por convenio colectivo, la gestión, planificación y organización del trabajo, la igualdad y seguridad en el lugar de trabajo, la salud y seguridad en el trabajo, así como a los fines del ejercicio y disfrute, sea individual o colectivo, de derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la rescisión de la relación laboral.

3. EL CONTROL GUBERNAMENTAL MUNICIPAL CON VIDEO VIGILANCIA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El control empresarial de la actividad laboral municipal corresponde al Alcalde-Presidente o, en su caso, por delegación a los Concejales o Concejales, generalmente pertenecientes al Equipo de Gobierno, que integran la Corporación Municipal, aunque la gestión de esta cuestión esté incardinada con carácter organizacional y funcional en las unidades administrativas que forman las correspondientes oficinas de recursos humanos y relaciones laborales respecto a la gestión del personal.¹⁵

Para tener un idea actualizada de cuál es el pensamiento del máximo órgano judicial interpretador de la CE tenemos que acudir al Tribunal Constitucional – TC-, el cual en diversas Sentencias dictadas en momentos determinados en el tiempo han puesto de manifiesto en relación con la instalación de vídeo cámaras, que dos cuestiones tienen un claro interés para los trabajadores, por un lado, que el Derecho es un instrumento vivo y por tanto cambiante ante la permanencia *sine die* de las normas

¹⁵ El mencionado artículo 3 de la Ley Orgánica 4/1997 establece que la composición y funcionamiento de esta Comisión, cuya presidencia corresponderá al presidente del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de que se trate, así como la participación de los municipios en ella, se determinará reglamentariamente.

Otra de las garantías establecidas en la Ley Orgánica 4/1997 es el régimen aplicable a la conservación de las grabaciones, para el cual impone importantes limitaciones, tales como su destrucción en el plazo de un mes, con carácter general, y los derechos de los interesados de acceso y cancelación de las mismas. En este régimen resulta fundamental la responsabilidad atribuida al órgano o autoridad gubernativa que tenga a su cargo la custodia de las imágenes obtenidas, sobre el ulterior destino de las mismas y en la resolución de las peticiones de acceso o cancelación...

constitucionales y, por otro lado, nuestro Derecho está supeditado al Derecho de la Unión Europea – UE- lo que conlleva que en ocasiones algunas resoluciones judiciales a nivel nacional *se escriban derecho con renglones torcidos*.

En este espacio, vamos a aglutinar las Sentencias del TC en dos bloques bien diferenciados, especialmente por el contenido del Fallo de las mismas y por las concurrencias que se dieron en ambas. Por un lado, nos referimos a la STC 37/1998, de 17 de febrero y la STC 98/2000, de 10 de abril, en las cuales se enjuicia el control empresarial de la actividad laboral por mecanismo de vídeo vigilancia.

La primera de la Sentencias, 37/2000, trata sobre grabaciones efectuadas por agentes de la policía, viniendo a demostrar que las mismas se exceden del propio control atribuible al orden y la seguridad cívica y del ámbito laboral, yendo más lejos en las pretensiones empresariales, al querer controlar al personal para después poder sancionar o condicionar laboralmente a trabajadores que intervinieron legalmente como piquetes informativos, nada violentos, durante una huelga, lo que conllevaba cercenar el derecho de la libertad sindical y el ejercicio del derecho a la huelga. Por tanto, con buen criterio de este Alto Tribunal consideró que las grabaciones que tenían esta finalidad tan fiscalizadora de los derechos de los trabajadores vulneraban los derechos y libertades públicas contempladas en la CE.¹⁶

La otra Sentencia señalada anteriormente, 98/2000, se refiere a la grabación no solo de imágenes sino también de sonido en un espacio de trabajo, las cuales no solo iban dirigidas dichas grabaciones a las personas – usuarios- que entraban o salían en el citado centro comercial, sino para controlar a los trabajadores, sí los mismos cumplían escrupulosamente con sus deberes. Este control llevó consigo, que el empresario descubrió que ciertos trabajadores obviaban las obligaciones contraídas laboralmente dentro de las tareas que debían realizar y, no solo eso, sino que sus conductas podían ser calificadas como de presuntos ilícitos penales – robo de fondos económicos- lo que conllevaba disciplinariamente el despido por la comisión de faltas muy graves.

En este caso, los trabajadores que habían sido despedidos instaron un recurso de amparo al TC por vulnerar el derecho a la intimidad personal regulado en el artículo 18.1 de la CE, y es que aunque el espacio sea estrictamente profesional no podemos obviar que en el mismo, a los trabajadores también les asisten cuestiones de carácter personal e íntimo, que nada tienen que ver con la actividad laboral, como pueden ser conversaciones entre trabajadores o éstos y clientes o usuarios, en las cuales se aborden temas ajenos al orden laboral.

¹⁶ En mis 30 años de servicio en el ámbito municipal, en todas las huelgas que se han llevado a cabo, puedo decir salvo en una, que el número de huelguistas compañeros ascendió al número de 20 empleados de una plantilla de 700, el resto de convocatorias de huelgas, sean de carácter general o parcial, dirigidas los empleados públicos, el grado de participación ha sido nulo, aprovechándose ese día con anterioridad como día de permiso o licencia por asuntos que no permitían su no autorización. Esto pone de manifiesto la situación en el ámbito de la Administración Local a la hora que los empleados con libertad de conciencia puedan acceder a tales derechos, a sabiendas que su participación supondría el no abono de retribución o salarios sobre el citado día, más los efectos sobre pagas extraordinarias, quedando en situación de alta asimilada en la TGSS.

A mayor abundamiento, en este caso no se había solicitado ni comunicado al Comité de Empresa que el empresario iba a colocar estos mecanismo de video conferencia sonorizados, lo que unido a que siendo visualizados por el propio Comité le instó al empresario su retirada, haciendo caso omiso, entendiéndose por tanto, que la visualización de las grabaciones suponían una intromisión ilegítima en la vida personal de los trabajadores resultando lesiva a sus derechos. Por supuesto, la colocación de este tipo de instalaciones de control no puede estar situada en zonas de descanso o esparcimiento como vestuarios, aseos, comedores o análogos, aunque a veces determinadas actitudes de nepotismo en el ámbito municipal puede llegar a violentar a los trabajadores con estas medidas condicionadoras y coaccionadoras del ámbito laboral.

Algo está claro a pesar de las interpretaciones que puedan darse, y es que las medidas que se adopten en nuestro caso por la autoridad municipal deben de ser atendidas previamente por los representantes de los trabajadores y llevar sí es posible su autorización expresa de conformidad, sabiendo que de las visualizaciones se pueden obtener datos que puedan ser tipificados como faltas graves o muy graves que podría llevar aparejado el despido disciplinario tras las incoación del correspondiente expediente sancionador. Por tanto, las decisiones que se adopten por el empresario, en este caso la autoridad municipal, deben de venir influenciadas con un sentido de ponderación de todos los derechos que están en juego, a fin de ninguno se solape ni se contradiga, y no sea que una decisión indiscriminada atente contra la intimidad de los trabajadores municipales.

Es importante reiterar, que las autoridades municipales no pueden actuar como si fuesen un servicio de contraespionaje, y que la colocación de cualquier circuito cerrado de televisión interna en las dependencias municipales debe de ser puesto en conocimiento de los representantes sindicales, Junta de Personal y Comité de Empresa, así como mediante Edicto o Bando publicado en los lugares de acceso a la información municipal por parte de todos los empleados públicos. El hecho de no hacerlo, cualquier filmación de conductas o comportamientos que pudieran ser tipificadas como de infracción administrativa o penal, en su caso, frustraría la finalidad pretendida ante la falta de una legalidad de obligado cumplimiento ordinaria.

Pero más adelante se dictaría otra Sentencia por el TC 29/2013, que vino a determinar que aunque se cumplan los requisitos establecidos de dar información y conocimiento a los trabajadores de los fines que se persiguen con las grabaciones y con las autorizaciones pertinentes por la Agencia de Protección de Datos, no por ello, puede sancionarse a un trabajador por incumplimiento, atendiendo que se sigue vulnerando el artículo 18.4 de la CE, al grabarse datos que pertenecen a la esfera de lo personal del propio trabajador, ya que no solo identifican al trabajador, sino incluso puede servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, pudiéndose constituir estos datos como una amenaza para el empleado municipal, quien todos los días, como ejemplo ordinario por las razones que desee conversa con ediles de la oposición de forma amigable y distendida, lo que no conlleva

que falte a la discreción sobre los asuntos administrativos que lleve por razón del empleo.

Aunque la STC 29/2013 da cobertura al artículo 18.4 de la CE, una Sentencia anterior del mismo TC 292/2000, de 30 de diciembre, venía a establecer una clara diferenciación entre lo que supone en las grabaciones el derecho a la intimidad y la protección de datos de carácter personal, ya que lo que se debe de pretender es la defensa de toda persona a que no se invada su vida personal y familiar, no pudiendo tener poder alguno ningún ámbito de actuación laboral o que no garanticen por encima de cualquier contingencia el restringir o aminorar un derecho fundamental con elementos sorpresivos o no informados del tratamiento de datos que permitan la vigilancia sin ampararse en el interés municipal de controlar la actividad laboral, confundiéndose la legitimidad del fin para lo que se establecen las grabaciones, las cuales se ajustarán a la constitucionalidad del propio acto si las mismas han seguido todas las exigencias procedimentales para con los trabajadores, las cuales deben de ser previas y expresas, precisas, claras e inequívoca.

Ahora bien, una STC 39/2016¹⁷ vino a modificar de manera intensa y extensa la anterior STC 26/2013. Estamos en el mismo sitio normativo constitucional, pero las interpretaciones jurídicas describen la legalidad y legitimidad del acto invocado con otros matices técnicos, las cuales tienen una proyección sobre el trabajador, cuánto menos le transmite un mínimo grado de inseguridad laboral. Solo basta con saber por parte de los trabajadores que existe una pegatina indicando que existe un control de video vigilancia,¹⁸ sin que haya que especificar nada más en cuanto a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales, y otro, a saber los trabajadores sobre los mismos.

Lo que no podrá hacer la autoridad municipal competente es obtener datos laborales de los trabajadores para un control profesional para una finalidad diferente de lo que venga establecido en los instrumentos jurídicos que regulan la gestión del personal, desde el contrato de trabajo, resolución de nombramiento y toma de posesión, manual de análisis, descripción y valoración de puestos de trabajo, relación de puestos de trabajo, plantilla de personal u otros establecidos en la correspondiente entidad local, ya que entonces estaría obligado la autoridad municipal a solicitar de forma expresa el consentimiento de los propios trabajadores.

Hay una cuestión formal en el ámbito del control mediante cámaras, es que la protección establecida en la CE hacia el derecho a la intimidad es superior a cualquier otra normativa de rango inferior que quiera regular en circular forma un derecho

¹⁷ Esta sentencia integra el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad informativa, la sentencia dictada por la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 12 de enero de 2016, (asunto Barbulescu I) que, en efecto, entendió de la falta de información del deber de información a los empleados de controles informáticos no constituye violación del derecho a la "vida privada" (artículo 8, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas). Posteriormente fue una decisión que fue modificada por la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo que establecería una doctrina radicalmente opuesta.

¹⁸ Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. «BOE» núm. 296, de 12/12/2006.

fundamental cuya regulación y limitación está sujeta al artículo 53.1 de la CE, no pudiendo otras normas de rango inferior interferir en el ámbito laboral, debido a que los mecanismos de cámaras de video vigilancia y grabaciones están orientadas más bien al ámbito sustantivo de la esfera privada de lugares privados.¹⁹

4. CONCLUSIÓN

Para aquellas Entidades Locales que deseen la instalación en sus dependencias municipales de video vigilancia y grabación de imágenes hay que estar a lo manifestado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH- , debido a que afecta a los derechos a la vida privada, es imprescindible informar de la misma por la autoridad municipal competente de la misma del contenido esencial a los trabajadores – empleados públicos municipales- de la instalación de sistemas de vigilancia tecnológicos y a su puesta en funcionamiento, y cuando afecte a trabajadores determinados por cualquier circunstancia, éstos deben tener un conocimiento más exhaustivo de forma más directa toda la información concerniente a la grabación de datos y su uso.²⁰

La opinión cualificada del TEDH tiene efectos ad extra sobre las resoluciones que pueda dictar el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, ya que España se encuentra dentro de los países que firmaron el Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH-.²¹

Como expresó el Magistrado del Tribunal Constitucional Fernando Valdés Dal-Ré en las XVI Jornadas de Trabajo y Seguridad Social organizadas por el Colegio Oficial de Graduados Sociales de Almería, quien indicó “la indiscutible desautorización de esa doctrina constitucional ha tenido el efecto lateral de validar de manera completa, respecto de la video vigilancia, la doctrina sentada en la STC 26/2016 y en el voto particular a la STC 241/2012 confirmando a una y otro la condición de doctrina constitucional de referencia en la materia. Y también ha venido a validar, ahora respecto de la intromisión del empresario en los correos electrónicos de sus empleados, el criterio contenido en el voto particular a la STC 241/2012”.²²

¹⁹ Artículo 42.4 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, que establece que las grabaciones obtenidas por la video vigilancia de seguridad no podrán destinarse a uso distintos de su finalidad.

²⁰ Sentencia Barbulescu II del TEDH: (párr.133); y Sentencia López Ribalda, que han cuestionado las Sentencias referenciadas anteriormente del TC SSTC 39/2013, en materia de grabación de imágenes, y 241/2012 y 170/2013, respecto del control del empresario del uso del correo electrónico.

²¹ Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. «BOE» núm. 108, de 6 de mayo de 1999.

²² En mi condición de Vocal de Deontología y Relaciones Institucionales del Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de Almería doy fe y testimonio de lo reseñado y más aún, en el sentido que, la jurisprudencia del TEDH constituye un obligado y relevante instrumento de interpretación con vistas a definir el contenido y alcance de los derechos fundamentales (art. 10.2 CE). Adicionalmente, las decisiones del TEDH influyen en la jurisprudencia del TJUE, pues el artículo 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho de toda persona “al respeto

En fin, en el contexto actual en el que nos movemos jurídicamente en la Unión Europea, a pesar de las tribulaciones de cohesión interna, no puede ser doctrinalmente diferente a las resoluciones que dicten los órganos de la jurisdicción como el propio Tribunal Constitucional,²³ ni debería de eludir de forma sibilina la aplicación de la jurisprudencia del TEDH, y tomarse en serio en el ámbito de las relaciones laborales empiecen a tomarse en serio esos derechos.



de su vida privada [...] y de sus comunicaciones”, mientras que su artículo 8.1 proclama el derecho de toda persona a la protección de su datos de carácter personal.

²³ Esta doctrina del TEDH va a permitir un mayor número de interposiciones de Recursos de Amparo ante el TC por no haberse garantizado en resoluciones judiciales de manera real y efectiva los derechos fundamentales de la persona trabajadora.

IMPACTO DE LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES EN EL ÁMBITO LOCAL

Concepción CAMPOS ACUÑA

Doctora en Derecho y Secretaria de Administración Local, categoría Superior

SUMARIO:

1. Un nuevo marco legal para la protección de datos personales en el ámbito local.
2. Bases legítimas de tratamiento de los datos personales típicas del ámbito local.
3. Régimen de derechos: especial referencia al bloqueo de datos.
4. Nueva arquitectura institucional: el modelo de gobernanza.
5. El registro de actividades de tratamiento y las obligaciones de transparencia.
6. El debilitado régimen sancionador aplicable a las entidades locales.
7. Garantía de derechos digitales.
8. Modificaciones normativas de mayor relevancia para la administración local.
9. Otros aspectos regulatorios de interés.
10. Conclusión: la protección de datos desde la prevención.

1. UN NUEVO MARCO LEGAL PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO LOCAL

La vigencia desde el 25 de mayo de 2018 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD) ha obligado a las entidades locales a introducir relevantes novedades en su modelo de gestión y protección de los datos personales.

El RGPD, tal y como señala JIMÉNEZ ASENSIO se configura como la norma que desarrolla y regula directamente el derecho fundamental a la protección de datos recogido en la Constitución Española, en su artículo 18, adoptando la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) un papel complementario o auxiliar. El propio preámbulo de la Ley lo deja bien claro al afirmar que “*más que de incorporación cabría hablar de ‘desarrollo’ o complemento del Derecho de la Unión Europea*”, su aprobación se explica por razones de salvaguardar el principio de seguridad jurídica “*tanto para la depuración del ordenamiento nacional como para el desarrollo o complemento*” del RGPD.

Con anterioridad a la LOPDGDD y a la vista del retraso que llevaba su tramitación parlamentaria, se aprobaba el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, con el que, sin perjuicio de que los aspectos que configuran el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal que requerían su incorporación a una ley orgánica, se daba respuesta a la adopción urgente de una norma con rango de ley que permita la adaptación del Derecho español al Reglamento General de Protección de Datos.

La LOPDGDD, publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 183, de 6 de diciembre de 2018, consta de noventa y siete artículos estructurados en diez títulos, veintidós disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dieciséis disposiciones finales. En su Disposición derogatoria única, establece que, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional decimocuarta, relativa a Normas dictadas en desarrollo del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE y en la disposición transitoria cuarta, relativa a Tratamientos sometidos a la Directiva (UE) 2016/680, queda derogada la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; asimismo queda derogado el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos y cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el RGPD y en la propia norma, entrando en vigor al día siguiente al de su publicación, de conformidad con lo establecido en su Disposición Final única.

No obstante, no todos los preceptos de la LOPDGDD gozan de la protección reforzada de la naturaleza de Ley Orgánica, pues tal y como señala la Disposición Final Primera tendrán naturaleza de ley ordinaria: el Título IV, el Título VII, salvo los artículos 52 y 53, que tienen carácter orgánico, el Título VIII, el Título IX, los artículos 79, 80, 81, 82, 88, 95, 96 y 97 del Título X, las disposiciones adicionales, salvo la disposición adicional segunda y la disposición adicional decimoséptima, que tienen carácter orgánico, las disposiciones transitorias y las disposiciones finales, salvo las disposiciones finales primera, segunda, tercera, cuarta, octava, décima y decimosexta, que tienen carácter orgánico.

A continuación realizaremos una breve aproximación a aquellos extremos regulatorios que presentan mayor impacto en la gestión de la protección de datos personales por parte de las entidades locales, sin perjuicio del análisis en profundidad que alguno de ellos pueden merecer, como es el novedoso Título X relativo a los derechos digitales y su impacto en los empleados públicos. Destaca también la regulación de los datos referidos a las personas fallecidas, pues, tras excluir del ámbito de aplicación de la ley su tratamiento, se permite que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos puedan solicitar el acceso a los mismos, así como su rectificación o supresión, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido.

2. BASES LEGÍTIMAS DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES TÍPICAS DEL ÁMBITO LOCAL

El tratamiento de los datos de carácter personal constituye, en determinados supuestos, una actividad necesaria para el desarrollo de las competencias de las diferentes administraciones públicas, y de las entidades locales en particular, pero eso no justifica que se encuentren exentas de acreditación de dicho tratamiento sobre las bases jurídicas que ofrezcan legitimación al mismo, en clara coherencia con la protección que merece un derecho calificado por nuestro modelo constitucional como fundamental.

Para conocer cómo articular adecuadamente la legitimación de los tratamientos llevados a cabo por las entidades locales debemos recordar que los Considerandos 45 y 50 RGPD establecen que para poder ser llevado a cabo el tratamiento de datos personales, éste debe tener una base en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, es decir, que siempre que se traten datos personales por parte de la respectiva entidad local ha de existir algún tipo de habilitación y se debe tener en cuenta, entre otras cosas, cualquier relación entre los fines que justificaron la recogida de los datos y los fines del tratamiento previsto posteriormente, es decir, es precisa una base jurídica concreta.

Para la determinación de esta base jurídica concreta es preciso acudir al RGPD, que se ocupa de esa cuestión en su art. 6 RGPD y a la LOPDGDD con la incorporación del art. 8, en el que clarifica la aplicación del RGPD. De las bases de tratamiento recogidas en el art. 6 RGPD, resultan de aplicación a las entidades locales, específicamente las señaladas en los apartados c) y e)

- c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;*
- e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento*

Estableciendo expresamente que, o dispuesto en la letra f) del párrafo primero¹ no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

El recurso a estas bases de legitimación para el tratamiento de datos personales por las EELL se completa con lo dispuesto en el art. 8 LOPDGDD relativo al tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos, cuando señala que:

¹ f) *el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.*

- El tratamiento de datos personales sólo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) RGPD, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV RGPD.

- El tratamiento de datos personales sólo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) RGPD, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley.

Sobre esta materia y el título que sirve de base para la legitimación ha venido también a incidir la LOPDGDD en un doble aspecto. Por una parte, modificando el art. 28 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), para legitimar la consulta y la cesión de datos personales entre las diferentes administraciones públicas a través de las Plataformas de Intermediación y, por otra, en la Disposición Adicional Octava, relativo a la potestad de verificación de las Administraciones Públicas, como se examinará en el correspondiente apartado.

3. RÉGIMEN DE DERECHOS: ESPECIAL REFERENCIA AL BLOQUEO DE DATOS

El RGPD ampliaba el catálogo de derechos que recogía la LOPD, para garantizar la efectiva protección de datos personales de los afectados, en sus artículos 12 y siguientes contempla un nuevo régimen de derechos de los afectados frente al modelo de los derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición) establecidos en la LOPD y que ahora se incorporan en la LOPDGDD: Acceso, Rectificación, Supresión, Oposición, Portabilidad, Limitación. Entre ellos destaca la amplia configuración del derecho a la información, pero también la incorporación de nuevos derechos como el derecho a la portabilidad de los datos, derecho a la supresión, que comprende el conocido como “derecho al olvido”², en base precisamente a la necesidad

² De creación jurisprudencial gracias a la conocida como “Sentencia Google”, la sentencia del TJUE 13-5-14, asunto C-131/12, Google Spain, S.L., Google Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, dando respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional del Reino de España, que permitía la solicitud directa a Google del borrado de los datos personales que aparecen en el buscador indexados, y Google tendrá la obligación de hacerlo, pudiendo acudir de forma efectiva a solicitar la Tutela de la AEPD o de los Tribunales en caso de conflicto.

de contemplar una limitación temporal en la vida de los datos ante la inexistencia de fronteras espacio-temporales que ha impuesto la utilización de las nuevas tecnologías.

El Título III de la LOPDGDD, dedicado a los derechos de las personas, lleva a cabo la adecuación al ordenamiento jurídico español del principio de transparencia en el tratamiento RGPD que regula el derecho de los afectados a ser informados acerca del tratamiento y recoge la denominada «información por capas», mediante lo dispuesto en su art. 11. Las EELL estarán obligadas a incluir la información clara y precisa en sus sedes electrónicas sobre cómo ejercer dichos derechos facilitando toda la información de forma clara y transparente³.

La LOPDGDD impone en su artículo 32 una obligación adicional al responsable: la de bloquear los datos cuando proceda al ejercicio de sus derechos de rectificación o supresión. El bloqueo de los datos consiste en la identificación y reserva de los mismos, adoptando medidas técnicas y organizativas, para impedir su tratamiento, incluyendo su visualización, excepto para la puesta a disposición de los datos a los jueces y tribunales, el Ministerio Fiscal o las Administraciones Públicas competentes, en particular de las autoridades de protección de datos, para la exigencia de posibles responsabilidades derivadas del tratamiento y solo por el plazo de prescripción de las mismas, sin que los datos bloqueados no podrán ser tratados para ninguna finalidad distinta. Transcurrido ese plazo deberá procederse a la destrucción de los datos.

Cuando, para el cumplimiento de esta obligación, la configuración del sistema de información no permita el bloqueo o se requiera una adaptación que implique un esfuerzo desproporcionado, se procederá a un copiado seguro de la información de modo que conste evidencia digital, o de otra naturaleza, que permita acreditar la autenticidad de la misma, la fecha del bloqueo y la no manipulación de los datos durante el mismo.

No obstante, este deber de bloqueo de los datos podrá excepcionarse cuando así lo determine la Agencia Española de Protección de Datos y las autoridades autonómicas de protección de datos, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, cuando, atendida la naturaleza de los datos o el hecho de que se refieran a un número particularmente elevado de afectados, su mera conservación, incluso bloqueados, pudiera generar un riesgo elevado para los derechos de los afectados, así como en aquellos casos en los que la conservación de los datos bloqueados pudiera implicar un coste desproporcionado para el responsable del tratamiento.

³ Sobre esta cuestión y cómo cumplir esta obligación puede consultarse la “Guía para el cumplimiento del deber de informar” de la AEPD, disponible en el siguiente enlace <https://www.aepd.es/media/guias/guia-modelo-clausula-informativa.pdf>

4. NUEVA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL: EL MODELO DE GOBERNANZA

El considerando 78 del RGPD advertía ya la necesidad de introducir cambios organizativos para implantar el nuevo modelo de gobernanza de los datos, cambios que resultarán también de aplicación al sector público local

La protección de los derechos y libertades de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos personales exige la adopción de medidas técnicas y organizativas apropiadas con el fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos del presente Reglamento. A fin de poder demostrar la conformidad con el presente Reglamento, el responsable del tratamiento debe adoptar políticas internas y aplicar medidas que cumplan en particular los principios de protección de datos desde el diseño y por defecto.

En este modelo organizativo destaca, frente a rígidos esquemas tradicionales, su carácter interdisciplinar, su aplicación requiere la combinación de diferentes áreas de conocimiento y la asunción de roles de distinta naturaleza para garantizar su eficacia, aunque en su definición queda suficientemente abierto, para que los sujetos obligados puedan adaptarlo a sus características organizativas y de funcionamiento, adaptación que en el caso de las administraciones públicas requiere de especiales condiciones, por un lado, por la configuración de la relación de empleo público de especial sujeción, como por el debido respeto a un marco legal definido en materia de contratación pública.

Este nuevo modelo de gobernanza de los datos se estructura en torno a tres figuras: el responsable, el encargado y el delegado de protección de datos, que se definen en el artículo 4 RGPD del siguiente modo:

| | |
|---------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Responsable | persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento |
| Encargado | persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento |
| Delegado de Protección de Datos | persona física o jurídica, empleado en plantilla o mediante contrato de servicio, que informa y asesora al Responsable, al Encargado y a otros empleados sobre las obligaciones del RGPD y supervisa su cumplimiento, cooperando y actuando como punto de contacto con las Autoridades de Control” |

La figura del encargado del tratamiento se regula específicamente en el artículo 33 LOPDGDD, con una mención expresa a la proyección estructural de la figura en las Administraciones Públicas, en su apartado 4 y, en relación con los contratos del encargado de tratamiento, cabe destacar la importante disposición transitoria quinta, recogida ya en el Real Decreto Ley 5/2018, pero al que se le ha incorporado un párrafo nuevo, estableciendo la vigencia de los contratos hasta 2022, sin perjuicio de que cualquiera de las partes podrá exigir la modificación.

Con algunas modificaciones, la LOPDGDD mantiene la configuración del Delegado de Protección de Datos (DPD) que recoge el RGPD, destacando especialmente una novedad en su art. 37, relativo a la “Intervención del delegado de protección de datos en caso de reclamación ante las autoridades de protección de datos”, mediante el reconocimiento de su papel como órgano intermedio de control. De este modo, cuando el responsable o el encargado del tratamiento hubieran designado un delegado de protección de datos el afectado podrá, con carácter previo a la presentación de una reclamación contra aquéllos ante la AEPD o, en su caso, ante las autoridades autonómicas de protección de datos, dirigirse al DPD de la entidad contra la que se reclame. En este caso, el DPD comunicará al afectado la decisión que se hubiera adoptado en el plazo máximo de dos meses a contar desde la recepción de la reclamación. Habría que determinar si se configura como una autoridad intermedia de control, escenario que plantearía problemas en aquellos casos en los que las AAPP hayan recurrido a la vía de la contratación externa, vía LCSP, para el desempeño de estas funciones, dada la reserva del ejercicio de las funciones públicas de autoridad, o como un órgano de intermediación⁴.

5. EL REGISTRO DE ACTIVIDADES DE TRATAMIENTO Y LAS NUEVAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA

El modelo de protección de datos personales previsto en la derogada LOPD sobre la base de ficheros de datos personales registrados ante la AEPD, evoluciona con la vigencia del RGPD a un modelo de autotutela de las entidades que llevan a cabo el tratamiento de los datos, y, señaladamente, de los responsables de tratamiento y que se erige sobre una pieza clave y novedosa: el registro de actividades de de tratamiento, al que se refiere el Considerando 82 RGPD señalando que

«para demostrar la conformidad con el presente Reglamento, el responsable o el encargado del tratamiento debe mantener registros de las actividades de tratamiento bajo su responsabilidad. Todos los responsables y encargados están obligados a cooperar con la autoridad de control y a poner a

⁴La Agencia Española de Protección de Datos mantiene una relación pública y actualizada de los delegados de protección de datos, accesible por cualquier persona, al cierre de este trabajo contiene los datos de contacto de cerca de 20.000 entidades, de las cuales alrededor de 3.000 corresponden al sector público y las restantes al sector privado. Se encuentra disponible en el siguiente enlace <https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/vistas/infoSede/consultaDPD.jsf;jsessionid=4ZrUUQGINTW4ucv9Iz8WC0aU>

su disposición, previa solicitud, dichos registros, de modo que puedan servir para supervisar las operaciones de tratamiento»

Corresponde a cada organización, de acuerdo al principio de responsabilidad proactiva que rige el RGPD, decidir el nivel de segregación o agregación con el que desea registrar los tratamientos de datos de carácter personal que requiere su actividad. Deberá valorar hasta qué punto la segregación de sus tratamientos en elementos diferentes se corresponde con finalidades, bases jurídicas y categorías de afectados distintos. Asimismo, le corresponde ponderar la optimización de la gestión de la protección de datos dentro de su organización para que resulte útil, ágil, efectiva y permita el cumplimiento de la finalidad que la legislación persigue: que los individuos cuyos datos de carácter personal son objeto de tratamiento puedan tener, en su caso, un control efectivo de los mismos.

Por su parte, la LOPDGDD destina su artículo 31 a regular el registro de las actividades de tratamiento, apuntando que los responsables y encargados del tratamiento o, en su caso, sus representantes deberán mantener el registro de actividades de tratamiento al que se refiere el artículo 30 RGPD, que podrá organizarse en torno a conjuntos estructurados de datos, deberá especificar, según sus finalidades, las actividades de tratamiento llevadas a cabo y las demás circunstancias establecidas en el citado reglamento, cuando el responsable o el encargado del tratamiento hubieran designado un delegado de protección de datos deberán comunicarle cualquier adición, modificación o exclusión en el contenido del registro.

Se introduce una nueva obligación para los sujetos enumerados en el artículo 77.1 LOPDGDD que harán público un inventario de sus actividades de tratamiento accesible por medios electrónicos en el que constará la información establecida en el artículo 30 RGPD y su base legal. Y para ello, lleva a cabo la modificación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG), ampliando las obligaciones de publicidad activa, con la introducción de un nuevo artículo 6 bis relativo al Registro de actividades de tratamiento, vía Disposición final undécima.

Los sujetos enumerados en el artículo 77.1 LOPDGDD son los órganos constitucionales o con relevancia constitucional y las instituciones de las comunidades autónomas análogas a los mismos, los órganos jurisdiccionales, la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración Local, los organismos públicos y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, las autoridades administrativas independientes, el Banco de España, las corporaciones de Derecho público cuando las finalidades del tratamiento se relacionen con el ejercicio de potestades de derecho público, las fundaciones del sector público, las Universidades Públicas, los consorcios y los grupos parlamentarios de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas autonómicas, así como los grupos políticos de las Corporaciones Locales, publicarán su inventario de actividades de tratamiento.

Por tanto, en aplicación de dicho precepto deberán publicarse en el Portal de Transparencia de la respectiva entidad local un Inventario basado en el registro de actividades, siguiendo la distinción establecida en el mismo, conforme al cual cada responsable y, en su caso, su representante llevarán un registro de las actividades de tratamiento efectuadas bajo su responsabilidad, con el contenido que se recoge en el mismo.

6. EL DEBILITADO RÉGIMEN SANCIONADOR APLICABLE A LAS ENTIDADES LOCALES

El Real Decreto-ley 5/2018 citado ya permitía anticipar la voluntad del estado español en cuanto a la definición del régimen sancionador aplicable a las administraciones públicas y, por extensión, a las entidades locales. La citada norma mantenía la vigencia de lo establecido en la LOPD en cuanto a esta materia, es decir, permaneciendo ajenas a la posibilidad de recibir una sanción de carácter económico, ofreciendo un perfil muy debilitado frente a las posibilidades que permite el RGPD.

En este marco, la LOPDGDD procede a describir las conductas típicas, estableciendo la distinción entre infracciones muy graves, graves y leves, tomando en consideración la diferenciación que el RGPD establece al fijar la cuantía de las sanciones. La categorización de las infracciones se introduce a los solos efectos de determinar los plazos de prescripción, teniendo la descripción de las conductas típicas como único objeto la enumeración de manera ejemplificativa de algunos de los actos sancionables que deben entenderse incluidos dentro de los tipos generales establecidos en la norma europea.

La especialidad diferencial en relación a otras entidades distintas a las previstas en la LOPDGDD radica en el tipo de sanción que se puede imponer, pues frente a las elevadas cuantías que contempla el RGPD para los sujetos de derecho privado, en este caso, cuando estos responsables o encargados cometiesen alguna de las infracciones a las que se refieren los artículos 72 a 74 LOPDGDD, la autoridad de protección de datos que resulte competente dictará resolución sancionando a las mismas con apercibimiento, resolución que también establecerá asimismo las medidas que proceda adoptar para que cese la conducta o se corrijan los efectos de la infracción que se hubiese cometido. La resolución se notificará al responsable o encargado del tratamiento, al órgano del que dependa jerárquicamente, en su caso, y a los afectados que tuvieran la condición de interesado, en su caso.

Asimismo, la autoridad de protección de datos propondrá también la iniciación de actuaciones disciplinarias cuando existan indicios suficientes para ello. En este caso, el procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario o sancionador que resulte de aplicación, por lo que habrá que distinguir la naturaleza o el vínculo existente entre el responsable y/o el encargado con la respectiva entidad local.

También se recoge una peculiaridad cuando las infracciones sean imputables a autoridades y directivos, y se acredite la existencia de informes técnicos o recomendaciones para el tratamiento que no hubieran sido debidamente atendidos, en la resolución en la que se imponga la sanción se incluirá una amonestación con denominación del cargo responsable y se ordenará la publicación en el Boletín Oficial del Estado o autonómico que corresponda. En este caso, respecto al ámbito local se plantea una dificultad para su aplicación, pues si bien la determinación de la condición de autoridades estaría clara, en relación con los miembros de las Corporaciones locales, pero en el caso de los directivos, la inexistencia de esta categoría profesional, en los términos señalados en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Empleado Público (TREBEP), más allá de la determinación de órganos directivos de una serie de puestos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).

Destaca la existencia de obligaciones de comunicación y publicación, como una medida adicional sancionadora:

a) Obligaciones de comunicación:

- Se deberán comunicar a la autoridad de protección de datos las resoluciones que recaigan en relación con estas medidas y actuaciones
- Se comunicarán al Defensor del Pueblo o, en su caso, a las instituciones análogas de las comunidades autónomas las actuaciones realizadas y las resoluciones dictadas al amparo de este artículo.

b) Obligaciones de publicidad:

- Cuando la autoridad competente sea la Agencia Española de Protección de Datos, ésta publicará en su página web con la debida separación las resoluciones, con expresa indicación de la identidad del responsable o encargado del tratamiento que hubiera cometido la infracción.
- Cuando la competencia corresponda a una autoridad autonómica de protección de datos se estará, en cuanto a la publicidad de estas resoluciones, a lo que disponga su normativa específica.

7. GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES

Se incorpora un nuevo Título X, con una novedosa regulación, relativa a la “*Garantía de los derechos digitales*”, en la que se recogen derechos que introducen en el ordenamiento jurídico aspectos necesarios para adaptar la norma a la sociedad actual cuya actividad pivota en gran medida en un entorno digital, tal y como se puede ver a continuación:

| | |
|-------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Artículo 79 | Los derechos en la Era digital |
| Artículo 80 | Derecho a la neutralidad de Internet |
| Artículo 81 | Derecho de acceso universal a Internet |
| Artículo 82 | Derecho a la seguridad digital |
| Artículo 83 | Derecho a la educación digital |
| Artículo 84 | Protección de los menores en Internet |
| Artículo 85 | Derecho de rectificación en Internet |
| Artículo 86 | Derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales |
| Artículo 87 | Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral |
| Artículo 88 | Derecho a la desconexión digital |
| Artículo 89 | Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo |
| Artículo 90 | Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral |
| Artículo 91 | Derechos digitales en la negociación colectiva |
| Artículo 92 | Protección de datos de los menores en Internet. |
| Artículo 93 | Derecho al olvido en búsquedas de Internet. |

| | |
|-------------|---------------------------------------------------------------------------------|
| Artículo 94 | Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes. |
| Artículo 95 | Derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes |
| Artículo 96 | Derecho al testamento digital. |

De este conjunto abordamos, sintéticamente, aquéllos con mayor impacto en los empleados públicos y en su relación con la entidad.

7.1. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral

Constituye uno de los derechos digitales y más novedosos, cuya finalidad es la de garantizar a los trabajadores, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

No obstante, resulta de compleja articulación a efectos de garantizar su eficacia en los distintos puestos. En todo caso, la entidad local elaborará una política interna dirigida a trabajadores, también los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

7.2. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.

Con el reconocimiento de este derecho se pretende proteger a los trabajadores frente a la utilización de imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas. Para ello, los empresarios están obligados a informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

7.3. Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral

Ante la indefensión que supone la indebida utilización de los sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores, resulta preciso arbitrar contrapesos para garantizar el derecho a la intimidad, facilitando información clara, expresa e inequívoca acerca de la existencia y características de estos dispositivos e igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

7.4. Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral

Se reconoce este derecho a los empleados públicos en relación al uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador, estableciendo como límite que el empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos.

Asimismo, la entidad local deberá establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente

7.5. Derechos digitales en la negociación colectiva

Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral, por lo que en el marco de la negociación colectiva, tanto convenios como acuerdos marco se irán incorporando las condiciones necesarias para garantizar la eficacia de estos derechos.

Por último, no pueden dejar de citarse las políticas de impulso de los derechos digitales que impone el artículo 97 al Gobierno, en colaboración con las comunidades autónomas, elaborará un Plan de Acceso a Internet y un Plan de Actuación. Aunque no se hace mención a las EELL, el despliegue de este tipo de políticas no puede realizarse sin contar con las entidades que tienen mayor presencia en el territorio y de proximidad al conjunto de la ciudadanía. Igual valoración merece la elaboración de un Plan de Actuación, concebido como un instrumento dirigido a promover las acciones de formación, difusión y concienciación necesarias para lograr que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de las redes sociales y de los servicios de la sociedad de la información equivalentes de Internet con la finalidad de garantizar su adecuado desarrollo de la personalidad y de preservar su dignidad y derechos fundamentales.

8. MODIFICACIONES NORMATIVAS DE MAYOR RELEVANCIA PARA LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

La LOPDGDD contempla en sus Disposiciones Adicionales numerosas modificaciones de otras normas, entre las cuales, destacaremos por su importancia, las que contempla en materia de transparencia, procedimiento administrativo común y empleo público.

8.1. Modificación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno

A la modificación ya expuesta en relación con nuevas obligaciones de publicidad activa, la LOPDGDD reitera el criterio general consolidado de que la protección de datos es un derecho fundamental que matiza las obligaciones de transparencia en su Disposición Adicional Segunda “Protección de datos y transparencia y acceso a la información pública”. Deja claro así la LOPDGDD que todas las obligaciones de transparencia, con independencia de si se trata de las impuestas en la modalidad de publicidad activa (artículos 6 a 8 LTBG), como las de publicidad pasiva (derecho de acceso a la información pública), están sometidas a los límites derivados de la protección de datos, con independencia de la fuente obligacional, bien sea la normativa estatal básica o las normas dictadas en la materia por las respectivas CCAA.

Por otra parte, lleva a cabo un ajuste en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, pues la redacción del apartado 1 del artículo 15 también es objeto de modificación, vía Disposición Final Decimotercera, para su adecuación a la terminología del RGPD que, frente al modelo de la anterior LOPD, que distinguía entre datos personales protegidos y datos personales especialmente protegidos, se limita a establecer una categoría general de datos personales, y categorías especiales de datos personales (aquellos que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física) recogidos en el artículo 9 RGPD.

Tras la modificación efectuada la redacción del apartado 1 del artículo 15 LTBG queda redactado como sigue:

«1. Si la información solicitada contuviera datos personales que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

Si la información incluyese datos personales que hagan referencia al origen racial, a la salud o a la vida sexual, incluyese datos genéticos o biométricos o contuviera datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor, el acceso solo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquel estuviera amparado por una norma con rango de ley.»

Se trata de actualizar las reglas aplicables para resolver la tensión existente entre el derecho de acceso y uno de sus límites, de hecho el que podría considerarse como su mayor límite: la protección de datos personales, adecuado ahora a la nueva normativa europea.

8.2. Modificación de la Ley 39/2015, de de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Uno de los temas más controvertidos en la utilización de las Plataformas de Intermediación de Datos (PID) por las AAPP en ejecución del principio “*once&only*”, es la posible colisión entre el art. 28 LPAC y el RGPD, por cuanto este último veta la posibilidad de poder utilizar como base de legitimación el consentimiento tácito que es, en cierta medida, lo que recoge este precepto en su redacción original.

Tras la modificación efectuada en los apartados 2 y 3 del art. 28 LPAC, por la Disposición final duodécima, se mantiene el reconocimiento a los interesados del derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la entidad local actuante o que hayan sido elaborados por cualquier otra Administración. La entidad local podrá consultar o recabar dichos documentos salvo que el interesado se opusiera a ello, sin que quepa oposición cuando la aportación del documento se exigiera en el marco del ejercicio de potestades sancionadoras o de inspección. Para ello las EELL 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. Las EELL tampoco requerirán a los interesados datos o documentos no exigidos por la normativa reguladora aplicable o que hayan sido aportados anteriormente por el interesado a cualquier Administración. Su obtención se realizará de igual modo al anterior supuesto, salvo que conste en el procedimiento la oposición expresa del interesado o la ley especial aplicable requiera su consentimiento expreso.

Esta nueva redacción debe leerse a la luz de lo establecido en la Disposición adicional octava LOPDGDD, relativa a la “*Potestad de verificación de las Administraciones Públicas*”, que otorga dicha legitimidad al señalar que cuando se formulen solicitudes por cualquier medio en las que el interesado declare datos personales que obren en poder de las AAPP, el órgano destinatario de la solicitud podrá efectuar en el ejercicio de sus competencias las verificaciones necesarias para comprobar la exactitud de los datos.

8.3. Modificación del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público,

Como veíamos, la LOPDGDD establece que los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral, puede ser objeto de garantías adicionales en los términos establecidos en el art 91, relativo a los “*Derechos digitales en la negociación colectiva*”, al tiempo que, como garantía básica y medida de protección de los trabajadores, se modifican las dos normas básicas que regulan las relaciones laborales.

En su Disposición final decimocuarta se lleva a cabo la modificación del TREBEP añadiendo una nueva letra j bis) en el art. 14, con la Disposición final decimocuarta, para recoger el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en esta normativa.

9. OTROS ASPECTOS REGULATORIOS DE INTERÉS

Sin perjuicio de otras medidas y a efectos de dar respuesta a la finalidad de aproximación a que obedece el presente estudio, señalaremos una serie de extremos que deben tomarse en consideración por parte de los operadores afectados por el nuevo marco legal.

9.1 Identificación de los interesados en las notificaciones por medio de anuncios y publicaciones de actos administrativos

La Disposición adicional séptima LOPDGDD contempla una serie de prescripciones relativas a cómo habrá de realizarse la identificación de los interesados en las notificaciones por medio de anuncios y publicaciones de actos administrativos, garantizando la debida protección de datos personales. Para ello establece que cuando sea necesaria la publicación de un acto administrativo que contuviese datos personales del afectado, se identificará al mismo mediante su nombre y apellidos, añadiendo cuatro cifras numéricas aleatorias del documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente y cuando la publicación se refiera a una pluralidad de afectados estas cifras aleatorias deberán alternarse.

Cuando se trate de la notificación por medio de anuncios, particularmente en los supuestos a los que se refiere el art. 44 LPAC, se identificará al afectado exclusivamente mediante el número completo de su documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente. Cuando el

afectado careciera de cualquiera de los documentos mencionados se identificará al afectado únicamente mediante su nombre y apellidos. En ningún caso debe publicarse el nombre y apellidos de manera conjunta con el número completo del documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente.

9.2. Registros de personal del sector público

La LOPDGDD regula específicamente los tratamientos de los registros de personal del sector público en su Disposición adicional duodécima, señalando que se entenderán realizados en el ejercicio de poderes públicos conferidos a sus responsables, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1.e) del RGPD, y facultando el tratamiento de los datos personales relativos a infracciones y condenas penales e infracciones y sanciones administrativas, limitándose a los datos estrictamente necesarios para el cumplimiento de sus fines.

Igualmente contempla que de acuerdo con lo previsto en el artículo 18.2 RGPD, y por considerarlo una razón de interés público importante, los datos cuyo tratamiento se haya limitado en virtud del artículo 18.1 RGPD, podrán ser objeto de tratamiento cuando sea necesario para el desarrollo de los procedimientos de personal.

9.3. Medidas de seguridad en los tratamientos de datos personales

Dentro del modelo de protección basado en la responsabilidad proactiva, en el caso de las EELL, como administraciones públicas, registran la especialidad de su sujeción al Esquema Nacional de Seguridad (ENS), aprobado por Real Decreto 3/2010, estableciendo la Serie CCN-STIC-800 establece las políticas y procedimientos adecuados para la implementación de las medidas contempladas en el ENS y que deberá ser objeto de adecuación. El art. 156 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) dispone que el ENS tiene por objeto establecer la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos en el ámbito de dicha norma, y está constituido por los principios básicos y requisitos mínimos que garanticen adecuadamente la seguridad de la información tratada.

La Disposición Adicional primera LOPDGDD, relativa a las medidas de seguridad en el ámbito del sector público, contempla que el ENS incluirá las medidas que deban implantarse en caso de tratamiento de datos personales para evitar su pérdida, alteración o acceso no autorizado, adaptando los criterios de determinación del riesgo en el tratamiento de los datos a lo establecido en el artículo 32 RGPD. Los responsables enumerados en el artículo 77.1 LOPDGDD deberán aplicar a los tratamientos de datos personales las medidas de seguridad que correspondan de las previstas en el ENS, así como impulsar un grado de implementación de medidas equivalentes en las empresas o fundaciones vinculadas a los mismos sujetas al Derecho privado. En los casos en los que un tercero preste un servicio en régimen de concesión, encomienda de gestión o

contrato, las medidas de seguridad se corresponderán con las de la Administración pública de origen y se ajustarán al ENS.

10. CONCLUSIÓN: LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DESDE LA PREVENCIÓN

Como decíamos al inicio de este artículo, la LOPDGDD se encontraba fuertemente condicionada por el RGPD, y la naturaleza del mismo en el marco del ordenamiento jurídico europeo y la posición de los Estados miembros respecto al mismo, a diferencia de las Directivas comunitarias. Con esta norma se cumple la obligación de los Estados miembros de integrar el ordenamiento europeo en el interno de una manera lo suficientemente clara y pública como para permitir su pleno conocimiento tanto por los operadores jurídicos como por los propios ciudadanos, en tanto que, en su vertiente negativa, implica la obligación para tales Estados de eliminar situaciones de incertidumbre derivadas de la existencia de normas en el Derecho nacional incompatibles con el europeo. De esta segunda vertiente se colige la consiguiente obligación de depurar el ordenamiento jurídico.

El derecho a la protección de datos y el deber de protección que desarrollan ambas normas deben incardinarse en el desarrollo de las competencias locales en múltiples ámbitos de actividad, que exigen tomar en consideración las interacciones normativas que presentan mayores dificultades y soluciones de conflictos. Nos hallamos, una vez más, ante un marco jurídico complejo, nada más y nada menos que la protección de datos personales, en un entorno tecnológico cambiante, tan cambiante que no permite prácticamente predictibilidad de futuro y, por tanto, con muchas sombras en su aplicación y graves riesgos para la privacidad de la ciudadanía. Tal y como recoge el Considerando 6 RGPD

“La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales”.

Nos enfrentamos pues a un nuevo modelo de gestión de los datos personales desde la perspectiva de su protección, a través de herramientas y mecanismos de carácter preventivo, frente al modelo anterior puramente represivo, que exige profundas transformaciones en el modelo de organización y funcionamiento de la administración,

pasando a un modelo de control previo con la figura del Delegado de Protección de Datos, y mediante la aplicación del principio «privacy por design», protegiendo los datos desde el diseño y por defecto, y obligando a las entidades locales a realizar una gestión de riesgos, inusual en la práctica administrativa más tradicional.

BIBLIOGRAFÍA

CAMPOS ACUÑA, M^a C. “Finalidades y bases jurídicas de los tratamientos de datos por parte de las entidades locales”, en *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

DELEGADO de protección de datos en las Administraciones Públicas, AEPD 2018
<https://www.aepd.es/media/docs/funciones-dpd-en-aapp.pdf>

GUÍA para la adaptación al Reglamento General de Protección de Datos de las Administraciones locales, AEPD 2018
<https://www.dcd.es/ebooks/RGPD-administraciones-locales.pdf>

GUÍA Protección de Datos y Administración Local, AEPD, 2018.
<https://www.aepd.es/media/guias/guia-proteccion-datos-administracion-local.pdf>

JIMÉNEZ ASENSIO, R. “(Algunas) Ideas-fuerza de la nueva Ley de Protección de Datos en su aplicación al Sector Público”, en blog *La mirada institucional*, consultado el 17 de diciembre de 2018.
<https://rafaeljimenezasensio.com/2018/12/09/algunas-ideas-fuerza-de-la-nueva-ley-de-proteccion-de-datos-en-su-aplicacion-al-sector-publico/>

ONTAÑÓN RAMOS, I. “El Tribunal de Justicia Europeo respalda el Derecho al Olvido”, en *Noticias jurídicas*, 2014.
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4921-el-tribunal-de-justicia-europeo-respalda-el-derecho-al-olvido>

POVEDANO, D. “Responsabilidad activa en la protección de datos: el responsable y el encargado del tratamiento en el ámbito local”, en *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO POR LAS ENTIDADES LOCALES EN EL MERCADO MAYORISTA

Pedro CORVINOS BASECA

Abogado

José María AGÜERAS ANGULO

Interventor-Tesorero de Administración Local con Categoría Superior

SUMARIO:

1. Cuestiones previas.
2. Algunas consideraciones sobre el mercado de producción de energía eléctrica.
3. El difícil encaje de la contratación por los municipios en el mercado de producción de energía eléctrica en la LCSP.
4. Régimen jurídico aplicable a la contratación del suministro eléctrico en el mercado diario por las entidades locales como consumidores directos.
5. Contratos de acceso a redes con la empresa distribuidora.
6. Constitución de una comercializadora municipal como medio propio para la adquisición de electricidad.

1. CUESTIONES PREVIAS.

1.1. El contrato integrado de suministro de energía eléctrica.

Hay que señalar a modo de antecedente que antes de la liberalización del sector eléctrico, impuesta por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, las relaciones entre los suministradores de energía (empresas distribuidoras) y los consumidores, incluidas las Administraciones públicas, se articulaban a través del denominado contrato integrado de suministro. El objeto de este contrato era el suministro de electricidad, considerado como un servicio público de prestación obligatoria. Este contrato integraba el suministro de la electricidad y el uso de las redes para transportarla al punto pactado.

Así pues, mediante este contrato la empresa distribuidora se comprometía a suministrar energía eléctrica al consumidor en un punto determinado y con las características técnicas de calidad establecidas reglamentariamente, correspondiendo al usuario el pago de la tarifa establecida. Es decir, el usuario de este servicio público tenía

que contratar necesariamente con el distribuidor que le correspondía y pagar el precio regulado.

El carácter de servicio público de prestación obligatoria determinaba la naturaleza jurídica del contrato. Se configuraba como un contrato de naturaleza mixta: en parte de carácter privado – en lo que se refiere al acuerdo de voluntades de suministrar energía a cambio de un precio regulado– y en parte de carácter administrativo, en la medida que contenía una serie de condiciones establecidas por disposiciones normativas para asegurar la prestación de un suministro de calidad a un precio regulado

Las Administraciones públicas a la hora de contratar la electricidad no se diferenciaban del resto de los consumidores; tenían que contratar con el distribuidor correspondiente y pagar el precio regulado. Precisamente por las peculiaridades de este contrato quedó excluido del ámbito de la Ley de Contratos del Estado –texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril. El apartado 3 del artículo 2 de esta Ley, excluía de su ámbito de aplicación “*las operaciones que celebre la Administración con los particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico resulte mediatizado en virtud de disposiciones legales sobre productos intervenidos estancados o prohibidos*”, entre las que se incluía el suministro eléctrico.

De manera que el contrato integrado del suministro eléctrico quedaba excluido de la legislación de contratos, rigiéndose por su normativa específica.

La situación varía como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993, recaída en el asunto C–71/92, que declara que el Reino de España había incumplido las obligaciones impuestas en las Directivas 71/305/CEE, del Consejo de 26 de julio de 1971 y 77/62/CEE, del Consejo de 21 de diciembre de 1976, al mantener en vigor ciertas disposiciones que constituían una exclusión del campo de aplicación de la legislación nacional sobre contratación pública, refiriéndose expresamente el número 3 del artículo 2 de la Ley de Contratos del Estado.

Ello dio lugar a que en la Ley 11/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas –que sustituyó a la Ley de Contratos del Estado de 1965– desapareciese la exclusión relativa a “*las operaciones que celebre la Administración con los particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico resulte mediatizado en virtud de disposiciones legales sobre productos intervenidos estancados o prohibidos*”. De manera que tras la entrada en vigor de la Ley 11/1995, el contrato integrado de suministro eléctrico, entraba dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones públicas.

El peculiar régimen jurídico de este contrato –debía de celebrarse necesariamente con la empresa distribuidora que correspondiese y por el precio regulado– hacía difícil su encaje en la legislación de contratos de las Administraciones públicas,

Inmediatamente después de la entrada en vigor de la Ley 11/1995, algún Ayuntamiento planteó sus dudas ante la Junta Consultiva de Contratación del Estado (en lo sucesivo JCCE) acerca del alcance de su aplicación a los contratos de suministro. Se planteó en particular lo siguiente:

“2.– Contratos de la luz y del teléfono.

Teniendo en cuenta entre otras las siguientes circunstancias: "el importe de algunos contratos de luz (albdo. público, motores del depósito para elevación del agua) exceden de 5 millones; existe un solo proveedor; las tarifas son oficiales; las condiciones son impuestas por las Eléctricas y Telefónica", se consulta sobre las siguientes cuestiones:

- a) Tipo de contrato: administrativo de suministro o privado.*
- b) La necesidad de un procedimiento licitatorio.*
- c) Formalización del contrato en documento administrativo o mediante las pólizas de las Compañías”.*

La JCCE, en el informe 31/1996, de 30 de mayo, resolvió las cuestiones que se le planteaban en los siguientes términos:

“El segundo grupo de cuestiones se plantean en relación con los contratos de suministro de energía eléctrica y de teléfono, centrándose la consulta en la naturaleza administrativa o privada de los respectivos contratos, en la necesidad de un procedimiento licitatorio y en la formalización del contrato en documento administrativo o en las pólizas de las compañías. La naturaleza administrativa y no privada de estos contratos, ya sean calificados como de suministro o de servicios, deriva del artículo 5.2.a) que establece esta calificación, debiendo señalarse, a mayor abundamiento, que la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley que se recogía en el artículo 2.3 de la Ley de Contratos del Estado, referente a operaciones que celebrase la Administración con particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico resultase mediatizado en virtud de disposiciones legales o sobre productos intervenidos, estancados o prohibidos, ha desaparecido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en virtud de una indicación de la Comisión de la Unión Europea por considerar que los contratos sobre tales bienes y derechos estaban sujetos a las Directivas comunitarias y, por tanto, debían quedar sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Respecto a la necesidad de un procedimiento licitatorio cabe señalar que una de las posibilidades previstas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas consiste en la utilización del procedimiento negociado, equivalente a la antigua contratación directa, y que precisamente, según los artículos 183.c) y 211.b) está justificado en los supuestos en que el contrato sólo pueda adjudicarse a un solo suministrador o prestador de servicios. En cuanto a la necesidad de formalización en documento administrativo hay que reiterar que, salvo la excepción a la necesidad de formalizar antes de la iniciación ejecución del contrato prevista en el artículo 55.4, con remisión a los artículos 72 y 73 de la propia Ley, no existe ninguna excepción a la necesidad de formalizar estos contratos, sin perjuicio de que pueda,

además, extenderse la correspondiente póliza de la Compañía suministradora, cuyo contenido no podrá diferir del pliego y documento de formalización”.

Se concluye en este informe que el contrato integrado de suministro, a pesar de sus peculiaridades, es un contrato de naturaleza administrativa, debiendo utilizarse el procedimiento negociado, equivalente a la contratación directa, para la adjudicación necesariamente a la empresa distribuidora de la zona, a la que legalmente correspondía la prestación de ese servicio.

1.2. La contratación de la energía eléctrica en el mercado minorista.

Un paso en esta evolución se produjo con la total liberalización del sector eléctrico en el año 2009, que dio lugar a la disgregación del contrato integrado de suministro en dos contratos de diferente naturaleza: el contrato de acceso a redes y el contrato de compra de electricidad.

El contrato de acceso a redes (ATR) consiste en que la empresa distribuidora se compromete a permitir el tránsito por sus redes de la electricidad adquirida por los consumidores, recibiendo como contraprestación los peajes de acceso legalmente fijados. Lo que caracteriza a este contrato es la intensidad con la que está regulado, dejando poco margen a la autonomía de las partes para pactar su contenido: el contrato debe celebrarse siempre con el distribuidor de la zona y titular de la red de distribución, sin que el consumidor tenga capacidad para elegir a otro distribuidor; el distribuidor está obligado a permitir el acceso de quienes lo soliciten en las condiciones legalmente establecidas, sin que pueda decidir libremente quien puede utilizar sus redes; y el precio por la utilización de las redes es un precio regulado. Y todo ello bajo el control de las Administraciones competentes, que garantizaran el acceso a las redes. Se hará referencia más adelante al régimen jurídico aplicable a este contrato.

Por lo que respecta al contrato de compra de electricidad, la liberalización del sector eléctrico ha supuesto que los consumidores, entre ellos las Administraciones públicas, tengan libertad para elegir a quién comprarla. Se crea el mercado de producción de energía eléctrica, al que los consumidores pueden acceder directamente para comprar la electricidad. Y, por otra parte, se liberaliza el mercado minorista, con la consiguiente entrada de nuevas comercializadoras que compiten entre ellas para vender la electricidad a los consumidores. De tal manera que los consumidores tras la liberalización pueden comprar la energía eléctrica directamente en el mercado de producción o bien pueden adquirirla en el mercado minorista a alguna de las comercializadoras que en él participan.

En este nuevo contexto, surge la obligación de las Administraciones públicas en general, y en particular de los Municipios, de optimizar la gestión de la contratación del suministro eléctrico.

Las Administraciones públicas optaron inicialmente por contratar la electricidad con alguna de las comercializadoras participantes en el mercado minorista. Se ha

utilizado en estos casos el típico contrato administrativo de suministro, sujeto a la legislación de contratos del sector público. Además, se aprovecha el contrato de suministro con el comercializador para encomendarle a éste, en la condición de mandatario, la contratación del acceso a redes con el distribuidor.

La realidad es que la contratación de la electricidad por las Administraciones públicas en el mercado minorista, a través de la celebración del correspondiente contrato administrativo de suministro, no ha servido, por varias circunstancias, para obtener unos buenos precios por la electricidad adquirida.

La falta de competencia real en el mercado minorista, controlado por las comercializadoras vinculadas a las grandes empresas del sector eléctrico, la deficiente redacción de los pliegos que han regido los procesos de licitación, el riesgo de impago del suministro eléctrico por algunas Administraciones públicas con graves problemas financieros, entre otras circunstancias, han desincentivado la concurrencia en las licitaciones convocadas para adjudicar el suministro eléctrico, hasta el punto que en algunos casos se han tenido que declarar desiertas.

Ciertamente las Administraciones públicas han ido cumpliendo poco a poco las exigencias jurídico-formales en lo que respecta a la licitación pública del contrato de suministro de electricidad, pero se ha descuidado el objetivo de la eficiencia, que debe estar presente en la contratación pública.

La eficiencia en la contratación del suministro eléctrico pasa porque las Entidades Locales tengan un conocimiento preciso de las distintas opciones con que cuentan para adquirir la electricidad. El aprovisionamiento por parte de las Entidades Locales, se ha venido produciendo en el mercado minorista, como se ha visto, contratando la electricidad con alguna de las distintas comercializadoras que operan en este mercado.

Pero algunos Municipios ya están contemplando la posibilidad de aprovisionarse en el mercado mayorista, bien interviniendo como Consumidores Directos o bien constituyendo una comercializadora que actúe como medio propio. A ello nos vamos a referir a continuación.

Pero, además, existen otras opciones de aprovisionamiento que poco a poco se van introduciendo en España, como los denominados Power Purchase Agreement (acuerdo de compra de energía), utilizadas con normalidad en otros países, que, sin duda, abrirán nuevas expectativas tanto para los productores –sobre todo los de energías renovables– como para los consumidores, entre los que las Entidades Locales pueden jugar un importante papel. Estos acuerdos de compra de energía pueden ser un buen complemento a la compra de electricidad en el mercado mayorista.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MERCADO DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

El mercado de producción de energía eléctrica –denominado mercado mayorista– se define –artículo 8.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en lo sucesivo LSE)– como aquel integrado por el conjunto de transacciones comerciales de compra y venta de energía y de otros servicios relacionados con el suministro de energía eléctrica.

El mercado mayorista engloba varios mercados en los que se puede contratar la electricidad. Por una parte está el **mercado diario**, que es un mercado físico, organizado y que incluye tres tramos: el mercado diario, el mercado intradiario y mercado de servicios complementarios. El mercado diario se celebra el día anterior al de la entrega de la energía y en él compradores y vendedores intercambian energía para cada una de las horas del día siguiente. El operador del mercado (OMIE) cruza las ofertas de venta y de compra, lo que da como resultado el precio del mercado para cada hora del día. Se trata de un mercado marginalista, en el que todos los generadores casados reciben un mismo precio, que viene determinado por el cruce de las curvas de oferta y demanda.

Junto al mercado diario está el **mercado intradiario**, gestionado también por el OMIE, que tiene por objeto permitir a generadores y a comercializadores adaptarse a los cambios que puedan producirse tras el cierre del mercado diario; con este fin se prevén 6 sesiones diarias, repartidas a lo largo del día, en las que los agentes pueden modificar sus posiciones.

Están además los denominados **mercados de operación técnica** –resolución de restricciones técnicas, resolución de restricciones por garantía de suministro, servicios complementarios y gestión de desvíos–, gestionados por el operador del sistema (REE) y cuya finalidad es garantizar la seguridad y fiabilidad del sistema de generación y transporte.

Y por otra parte están los **mercados a plazo**, entre los que hay que distinguir el mercado organizado, gestionado por OMIP, y el mercado no organizado (OTC), en el que se celebran contratos bilaterales físicos y contratos con liquidación financiera por diferencias. La finalidad de los mercados a plazo es permitir a los vendedores y compradores de electricidad controlar el riesgo económico derivado de la volatilidad de los precios de la energía en el mercado diario. Los contratos que se celebran en estos mercados a plazo son contratos de cobertura, de naturaleza financiera, que tienen por finalidad garantizar un precio cierto para las partes, independientemente de los precios que resulten del mercado diario. El carácter financiero de estos contratos es relevante para determinar el régimen jurídico aplicable en aquellos casos en que sean celebrados por alguna Administración pública, como se verá más adelante.

Quede claro, por tanto, que los mercados a plazo son complementarios del mercado diario y que los precios de la electricidad resultantes de este mercado sirven de referencia para la liquidación de los contratos financieros a plazo.

Se expondrán a continuación los rasgos que caracterizan la compraventa de electricidad en el mercado diario. Hay que destacar que la contratación se produce en un mercado organizado, intensamente regulado, en el que intervienen distintos sujetos, algunos de los cuales presentan ofertas de venta de la electricidad que producen y otros –fundamentalmente empresas comercializadoras y consumidores directos– presentan ofertas de adquisición, correspondiendo al operador del mercado (OMIE) la gestión de las ofertas de compra y venta.

El correcto funcionamiento de este mercado requiere una detallada regulación que establezca las condiciones generales de acceso de los sujetos a los diferentes segmentos del mercado organizado, diseñe la infraestructura institucional necesaria y fije las normas básicas de funcionamiento. Esta regulación se contiene en la LSE, en el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica (en lo sucesivo RD 2019/1997) y en las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica.

Esta intensa regulación limita la capacidad de las partes para pactar; en este sentido el artículo 8.1 LSE dispone que los sujetos que actúen en el mercado de producción podrán pactar libremente los términos de los contratos de compraventa de energía eléctrica que suscriban, respetando las modalidades y contenidos mínimos previstos en la presente ley y en sus reglamentos de desarrollo. Y el artículo 7.1 del RD 2019/1997, exige como requisito para poder participar como agentes en el mercado diario, el haberse adherido expresamente a las reglas y condiciones de funcionamiento y liquidación del mercado, mediante la firma del correspondiente contrato de adhesión.

La contratación en este mercado se caracteriza por el cruce de ofertas de venta – que por regla general deben de realizar obligatoriamente los productores– y de adquisición de energía que, como ha quedado dicho, casa el operador del mercado (OMIE) Este peculiar sistema de entrecruzamiento de ofertas de venta y adquisición, determina que el contrato se entienda perfeccionado y formalizado en el momento de la casación y ejecutado cuando se haya producido el suministro de energía eléctrica (artículo 24.2 LSE)

Otro rasgo a tener en cuenta es que la pluralidad de sujetos que intervienen en este mercado ofreciendo la compra y la venta de electricidad, impide al comprador, al menos inicialmente, saber quién es la entidad de quién adquiere la electricidad y, viceversa, impide al vendedor conocer a quien vende la electricidad producida. La identificación del comprador y del vendedor se produce al final, una vez que, despachada la electricidad, el OMIE ha practicado las liquidaciones.

El precio del contrato no es en este caso, como suele ser habitual en todo contrato, el que las partes pactan libremente. Al tratarse de un mercado marginalista, en el que los agentes participantes presentan sus ofertas de venta y adquisición para cada una de las 24 horas del día siguiente, el precio para cada una de las horas viene determinado por la casación de estas ofertas realizada por un algoritmo. Quede claro, pues, que el precio que para cada una de las horas resulte de la casación se aplicará a todos los que hayan vendido y comprado energía en ese periodo de programación.

Conviene advertir que para el Consumidor Directo en Mercado el **precio final de la electricidad adquirida** es el resultado de añadir al precio marginalista del mercado diario, el correspondiente al mercado intradiario y los derivados de los mercados de operación técnica a los que antes se ha hecho referencia.

Corresponde al operador del mercado (OMIE) llevar a cabo la liquidación y comunicación de las obligaciones de pago y derechos de cobro a que dé lugar la energía contratada en el mercado. Se entiende por liquidación el proceso mediante el cual el operador del mercado determina el precio e importe final a pagar por los compradores y el precio e importe a percibir por los vendedores en virtud de la energía contratada en el mercado (artículo 22 RD 2019/1997)

En relación con lo expuesto, es preciso señalar que la normativa reguladora de este mercado establece un estricto régimen de penalizaciones en caso de impago por los compradores. La finalidad es garantizar el correcto funcionamiento del mercado.

Con este fin precisamente, la normativa reguladora del mercado establece un completo sistema de garantías que da cobertura a las obligaciones económicas que se puedan derivar de la actuación de los sujetos que en él intervienen. Este régimen de garantías incluye las que se deben prestar tanto al operador del sistema (REE), por las obligaciones económicas derivadas de la gestión de los mercados de operación técnica como al operador del mercado (OMIE), en relación con las obligaciones económicas de los mercados diario e intradiario. La prestación de estas garantías es uno de los requisitos para ser sujeto en el mercado de producción y para poder participar como agentes en el mercado diario.

Por último, hay que destacar el peculiar sistema de resolución de los conflictos derivados de la gestión económica y técnica del mercado de producción, previsto en el RD 2019/1997 y en las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción. Se atribuye la competencia para resolver estos conflictos a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Además, se prevé la celebración de arbitrajes para resolver las controversias, desacuerdos, reclamaciones y diferencias que puedan surgir en esta materia, que no deban ser objeto de conflicto de gestión económica y técnica.

3. EL DIFÍCIL ENCAJE DE LA CONTRATACIÓN POR LOS MUNICIPIOS EN EL MERCADO DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN LA LCSP.

No hay duda que los Municipios –y el resto de Administraciones públicas– pueden comprar directamente la electricidad en el mercado mayorista. La LSE, al regular los distintos sujetos que desarrollan actividades de suministro, contempla – artículo 6.1.g–, entre otros, a aquellos consumidores que adquieran energía directamente en el mercado de producción, denominados Consumidores Directos en Mercado. Nada impide, pues, que los Municipios adquieran energía eléctrica directamente en el mercado de producción.

Por otra parte, el apartado 1 del artículo 8 LSE dispone que los sujetos que actúen en el mercado de producción a que se refiere el párrafo anterior podrán pactar libremente los términos de los contratos de compraventa de energía eléctrica que suscriban, respetando las modalidades y contenidos mínimos previstos en la presente ley y en sus reglamentos de desarrollo. Y el artículo 24, en el apartado 1, establece que la contratación de energía eléctrica podrá realizarse libremente, en los términos previstos en la presente ley y en su normativa de desarrollo.

La posibilidad de que un Ayuntamiento participase en el mercado mayorista como consumidor directo, le fue planteada a la Comisión Nacional de la Energía, respondiendo afirmativamente la consulta que se le hace en el informe de 21 de febrero de 2013. Se desprende de este informe que los Municipios pueden acceder al mercado mayorista en las mismas condiciones que cualquier otro consumidor, sin que le sea exigible ningún requisito adicional.

Existen, además, experiencias de Municipios que compran la electricidad en el mercado mayorista como consumidores directos. La experiencia pionera fue la del Ayuntamiento de Avilés, que compra en el mercado mayorista la electricidad para el alumbrado público. Otros Ayuntamientos como es del Rivas Vaciamadrid y el de Zaragoza han optado por esta forma de suministro de energía eléctrica.

Otra experiencia es la del Ayuntamiento de Cádiz, que ha venido prestando el suministro eléctrico mediante la gestión de la red de distribución. Con la liberalización del sector eléctrico y la exigencia de separar las actividades, el Ayuntamiento creó en el año 2000 una entidad mercantil dedicada a la actividad de comercialización – Comercializadora Eléctrica de Cádiz S. A. U.–, que suministra a las instalaciones municipales y a aquellos consumidores que contratan la electricidad con esta entidad. Esta comercializadora municipal compra la electricidad en el mercado mayorista. Este modelo de comercializadora municipal es el que pretenden seguir otros Ayuntamiento como el de Pamplona y Barcelona.

Así pues, es evidente que las Administraciones públicas en general y, en particular, los Municipios pueden comprar directamente la electricidad en el mercado mayorista. La cuestión que se plantea es la de determinar el régimen jurídico aplicable a la contratación de energía eléctrica por las Administraciones públicas en el mercado mayorista. Y surge la duda porque este tipo de contratación, intensamente regulada por la legislación del sector eléctrico, entraría dentro de objeto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP) y, a pesar de sus peculiaridades, no está expresamente excluida de su ámbito de aplicación.

El artículo 1 LCSP dispone que esta ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la

definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa

Y el artículo 2.1 LCSP establece que son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a esta ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades del sector público.

Por otro lado, la compra de electricidad en el mercado mayorista no está entre los contratos y negocios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, enunciados en los artículos 4 a 11 LCSP. No obstante, conviene hacer una precisión al respecto: cabe considerar excluidos del ámbito de aplicación del LCSP aquellos contratos que se celebren en los mercados a plazo –organizados o no–, dado que, como se ha dicho, tienen carácter financiero. Son contratos de cobertura, de naturaleza financiera, que tienen por finalidad garantizar un precio cierto para las partes, independientemente de los precios que resulten del mercado diario. Por tanto, estos contratos quedarían excluidos, a tenor de lo establecido en el artículo 10 LCSP, que se refiere a los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros.

La duda quedaría centrada en el régimen jurídico aplicable a la contratación de electricidad en el mercado diario (incluyendo la participación en el mercado intradiario y en los mercados de operación técnica que se celebran cada día) La peculiar organización y funcionamiento de este mercado regulado, hace difícil su encaje en la legislación de contratos del sector público. Esta legislación no contempla la contratación de un suministro en un mercado organizado, en el que la energía eléctrica se compra cada hora del día. En este caso, los Municipios –las Administraciones públicas en general– no sacan a licitación un contrato para adquirir un suministro, a la que pueden concurrir para adjudicárselo distintas entidades en condiciones de igualdad, publicidad y transparencia. Se opta por comprar la electricidad directamente, y sin intermediarios, en un mercado organizado y supervisado por una Administración independiente (CNMC), que ofrece todas las garantías, en el que participan distintos agentes, unos ofreciendo la venta de electricidad y otros ofreciendo comprarla.

Los Municipios que quieran participar en este mercado como consumidores directos, al igual que cualquier otro consumidor, están obligados a adherirse expresamente a las reglas y condiciones de funcionamiento y liquidación del mercado diario de producción, mediante el correspondiente contrato de adhesión (artículos 18.3 LSE y 7.1 a RD 2019/1997)

Resulta evidente que la regulación de la organización y funcionamiento de este mercado y de la contratación que en él se efectúa, contenida en la legislación del sector eléctrico, no encaja con lo establecido en la legislación de contratos del sector público, que, como ha quedado expuesto, no contempla la contratación por las Administraciones públicas en un mercado organizado, en el que se contrata la energía por horas, mediante un peculiar sistema de casación de ofertas de venta y adquisición.

Cabe concluir, por tanto, que el régimen jurídico aplicable a la compra por los Municipios –y en general por las demás Administraciones públicas– de energía eléctrica en el mercado diario, como consumidores directos en este mercado, es el establecido en la legislación del sector eléctrico, fundamentalmente en la LSE, en el RD 2019/1997 y en las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía. Se trata de un marco jurídico seguro que ofrece a las Administraciones públicas total garantía para que puedan contratar la compra de energía eléctrica en este mercado.

Para acabar con esta cuestión, hay que hacer notar que existe una clara voluntad desde la UE de garantizar la transparencia y la integridad de los mercados mayoristas de energía, como lo demuestra la aprobación del Reglamento 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía. El objetivo de este Reglamento es garantizar que los consumidores y otros participantes en el mercado puedan confiar en la integridad de los mercados de la electricidad y el gas, que los precios fijados en los mercados mayoristas de la energía reflejen una interacción equitativa y competitiva entre la oferta y la demanda, y que no se puedan obtener beneficios procedentes de prácticas de abuso del mercado. La función de control se atribuye a la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía, en estrecha colaboración con las autoridades reguladoras nacionales.

4. REGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO EN EL MERCADO DIARIO POR LAS ENTIDADES LOCALES COMO CONSUMIDORES DIRECTOS

La conclusión a la que hemos llegado, es que los Municipios y el resto de Administraciones públicas pueden ser sujetos del mercado de producción y participar como agentes en el mercado diario para la compra de electricidad. Para ello deberán cumplir la normativa del sector eléctrico que regula la organización y funcionamiento de este mercado y la forma de contratar la energía eléctrica. No es, pues, de aplicación en este caso la legislación de contratos del sector público, al no contemplar la contratación en este tipo de mercados.

Se expondrá a continuación el régimen jurídico aplicable a la contratación de energía eléctrica en el mercado diario. Pero además de comprar la electricidad en el mercado mayorista, es necesario contratar con la distribuidora el acceso a las redes, para transportar la electricidad adquirida desde donde se produce hasta las instalaciones en las que se consumirá. Del contrato de acceso a redes nos ocuparemos en el apartado V.

4.1. Participación del Municipio como agente en el mercado diario, en la condición de Consumidor Directo en Mercado.

El primer trámite para poder contratar la energía eléctrica en el mercado diario, es adquirir la condición de sujeto de mercado y de agente en el mercado diario.

Para que un Municipio pueda ser sujeto del mercado de producción y, además, participar el mercado diario, debe cumplir los siguientes requisitos. El artículo 4 RD 2019/1997 exige para ser sujeto del mercado de producción, en la condición de Consumidor Directo en Mercado, una declaración responsable y una comunicación de inicio de actividad ante el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 198/2010, de 26 de febrero, por el que se adaptan determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico a lo dispuesto en la Ley 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Se exige, además, prestar al operador del sistema (REE) garantía suficiente para dar cobertura a las obligaciones económicas que se puedan derivar de su actuación, y cumplir los requisitos establecidos en los Procedimientos de Operación relativos al proceso de cobros y pagos.

Estas garantías vienen reguladas con detalle en la Resolución de 1 de junio de 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación 14.3 «Garantías de Pago».

Una vez adquirida la condición de sujeto del mercado, el Municipio podrá participar como agente en el mercado diario, cumpliendo los requisitos exigidos en el artículo 7 RD 2019/1997:

a) Adherirse expresamente a las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía, aprobadas por Resolución de 9 de mayo de 2014, de la Secretaría de Estado de Energía (han sido modificadas por Resolución de 23 de diciembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Energía), mediante la celebración del correspondiente contrato de adhesión. La regla 7ª de las Reglas de funcionamiento del mercado regula detalladamente las condiciones de la adhesión.

En la cláusula primera de este modelo de contrato –incluido como Anexo II en la referida Resolución de 9 de mayo de 2014–, se establece lo siguiente:

“Es objeto del presente contrato la adhesión del Agente del Mercado referido anteriormente a las Reglas de Funcionamiento del Mercado.

El Agente en el Mercado declara conocer y aceptar libre, irrevocable e incondicionalmente las Reglas de Funcionamiento del Mercado, aprobadas por la correspondiente Resolución de la Secretaría General de Energía, así como todos sus términos y condiciones, se compromete a cumplirlas sin reservas, restricciones ni condicionamientos.

En particular, y sin perjuicio de las demás obligaciones que, en su caso, correspondan al Agente del Mercado conforme a lo establecido en la normativa aplicable, el Agente del Mercado declara conocer expresamente y se compromete al cumplimiento de lo establecido en materia de garantías que deben prestar quienes realicen adquisiciones de energía eléctrica y la ejecución de las mismas; las características de las ofertas de venta y adquisición de energía eléctrica; el formato y los medios de comunicación de las ofertas de venta y adquisición de energía eléctrica; la determinación del método de casación de ofertas de venta y adquisición de energía

eléctrica, todo ello en los Mercados diario e intradiarios; y la determinación del precio final de la energía eléctrica, su liquidación y pago, así como las correspondientes obligaciones administrativas y fiscales que se deriven de su participación en el Mercado”.

b) Prestar, en este caso al operador del mercado (OMIE), garantía suficiente para dar cobertura a las obligaciones económicas que se puedan derivar de su actuación en el mercado diario de producción. Estas garantías vienen reguladas con detalle en la regla 50ª de las Reglas de funcionamiento.

Por lo que respecta a la obligatoria prestación de las garantías indicadas por parte de los Municipios:

– Al operador del sistema (Red Eléctrica Española), Resolución de 1 de junio de 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación 14.3 «Garantías de Pago» (BOE 13 de junio)

– Al operador del mercado (OMIE), Regla 50.6 de las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica y el contrato de adhesión a dichas reglas, aprobadas por Resolución de 9 de mayo de 2014, de la Secretaría de Estado de Energía (BOE de 10 de mayo), conviene primeramente despejar cualquier duda respecto de dicha obligatoriedad: el municipio actúa como un sujeto más en dicho mercado, en la condición de agente consumidor, y como tal, su adhesión a las reglas de funcionamiento del mercado, y su previa adquisición de la condición de sujeto de dicho mercado, sitúan a la entidad local en un plano de igualdad respecto del resto de agentes, lo que impide que el municipio pueda hacer uso de sus prerrogativas administrativas, en particular la prevista en el artículo 173.2 TRLRHL: “2. Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público.”; dicho precepto en modo alguno puede ser de aplicación a un mercado que, si bien regulado, se implementa y desarrolla en un ámbito sectorial que excluye la posibilidad de que cualquiera de los sujetos intervinientes actúe revestido de potestades administrativas.

Las garantías a prestar podrán instrumentarse mediante las siguientes modalidades:

- a) Depósitos en efectivo en la cuenta designada por los operadores.
- b) Aval o fianza de carácter solidario prestado por banco, caja de ahorros o cooperativa de crédito; la obligación de pago en virtud del aval es a primer requerimiento.
- c) Certificado de Seguro de Caución solidario prestado por entidad aseguradora; la obligación de pago en virtud del seguro es a primer requerimiento.

d) Autorización irrevocable de utilización de una o varias líneas de crédito suscritas por el comprador de energía

e) Cesión de futuros derechos de cobro

En relación a las modalidades indicadas en las letras d y e, en cuanto al sistema de línea de crédito a disposición de REE u OMIE en caso de impago, lo consideramos incompatible con el procedimiento administrativo que debería instruir una entidad local en caso de ejecución de sus garantías; en cuanto a la garantía mediante cesión de derechos futuros, no será habitual que el municipio ostente la condición de productor y por tanto potencial acreedor.

Por tanto, los municipios en la práctica acudirán a los medios de constitución típicos: esto es, concertación mediante aval o seguro de caución, o bien instrumentación en efectivo. No existe mayor inconveniente para la constitución de estas garantías que el derivado del riesgo, inherente a cualquier garantía, de su posible ejecución:

a) En efectivo: El Plan General de Contabilidad Pública adaptado a la Administración Local, aprobado por Orden HAP/1781/2013, de 20 de septiembre, dispone que la constitución de fianzas en efectivo por parte de la entidad local, tanto a largo como a corto plazo –cuenta 565. Fianzas constituidas a corto plazo, cuenta 270. Fianzas constituidas a largo plazo–, podrán contabilizarse:

– Presupuestariamente, con cargo al capítulo 8 “Activos financieros” del presupuesto de gastos, concepto 841. Fianzas –aportaciones en efectivo realizadas como cumplimiento de una obligación, según figura en la Orden EHA/3565/2008, por la que se establece la estructura de los presupuestos de las EELL–.

– Con carácter no presupuestario: En este caso procede un asiento desde las cuentas indicadas –270 o 565–, con abono en la cuenta correspondiente del subgrupo 57, «Efectivo y activos líquidos equivalentes».

Interesa señalar que las reglas de funcionamiento respectivas señalan que ambos operadores podrán rentabilizar el efectivo, de tal forma que los intereses devengados, menos los posibles costes de la misma y menos un máximo de 0,25% que podrán conservar en concepto de comisión de gestión, se devolverán a los sujetos que hayan aportado los depósitos en efectivo.

b) Mediante aval o seguro de caución: En estos casos procederá únicamente, si así se considera oportuno, una anotación en la Memoria de la Cuenta General, careciendo de repercusión contable –salvo en lo que respecta lógicamente a su coste financiero–, si bien cabría dotar una provisión a largo o corto plazo para responsabilidades, según el caso –cuentas 142/582 PGCP–, si se considera conveniente proceder al reflejo en contabilidad financiera de las posibles responsabilidades derivadas de la garantía. Interesa poner de manifiesto para despejar cualquier duda, que dichos valores quedan fuera de los que el artículo 53.2 TRLRHL incluye dentro del concepto amplio de endeudamiento y riesgo de avales, pues no se trata de la concesión de garantías a terceros, sino de su prestación, por lo que la concertación del aval o

seguro no lleva implícita la contratación de una operación de crédito, ni supone la aplicación de las normas relativas al endeudamiento recogidas en el TRLRHL.

Por último, interesa destacar que para poder participar en el mercado diario – incluyendo la participación en el mercado intradiario y en los mercados de operación técnica– como Consumidor Directo en Mercado no se exige la adopción de formas jurídico–mercantiles, a diferencia de lo que sucede con el resto de sujetos que desarrollan actividades de suministro de energía eléctrica (artículo 6 LSE) En efecto, para desarrollar cualesquiera otra de las actividades de suministro, se exige adoptar la forma de sociedad mercantil; para la actividad de comercialización, se permite también adoptar la forma de sociedad cooperativa de consumidores y usuarios.

En consecuencia, los Ayuntamientos tienen libertad para decidir si participan directamente en el mercado como entidades locales con personalidad jurídica, o si constituyen algún ente, organismo o entidad mercantil, con su propia personalidad, con el fin de participar como agente en el mercado.

4.2. Órgano competente para la aprobación de la adhesión a la reglas de funcionamiento de mercado y para la prestación de garantías.

El cumplimiento de los requisitos exigidos para que el Municipio pueda participar en el mercado diario, requiere la tramitación un expediente administrativo que habrá de culminar con la aprobación de la adhesión a las reglas de funcionamiento del mercado y de la prestación de las garantías exigidas.

Lo cierto es que la legislación de régimen local no contempla, como es lógico, cuál es órgano municipal competente para aprobar la adhesión y la prestación de garantías. No obstante, se pueden considerar aplicables en este caso las normas de atribución de competencias establecidas en la Disposición Adicional segunda LCSP. Hay que tener en cuenta que las reglas de atribución de competencias establecidas en la citada Disposición Adicional, sustituyeron, ya en el anterior TRLCSP, a las contenidas en los artículos 21, 22, 33 y 34 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen local, que distribuían las competencias en materia de “contrataciones y concesiones de toda clase” así como de “adquisición de bienes y derechos” entre el Presidente de la entidad local y el Pleno.

Es cierto que no se trata en este trámite de contratar ni adquirir ningún bien todavía, sino de aprobar la adhesión y autorizar la prestación de garantías como presupuesto necesario para adquirir la condición de agente en el mercado diario y de esta forma poder contratar en el mercado diario e intradiario. Pero el hecho de tener que prestar unas garantías en los términos expuestos, cuyo importe deberá cuantificarse en la forma establecida –Resolución de 1 de junio de 2016, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el procedimiento de operación 14.3 «Garantías de Pago», en cuanto a las garantías a prestar a REE, y Regla 50ª de las Reglas de funcionamiento del mercado, en cuanto a las garantías a prestar a OMIE–, aconseja tener en cuenta las reglas de atribución de competencias establecidas en la Disposición Adicional segunda

de la LCSP. De tal forma que el importe de las garantías que deban prestarse determinaría quién es el órgano competente para aprobar dicha prestación y también para aprobar la adhesión a las reglas de funcionamiento del mercado; otra opción es acudir igualmente a las reglas de atribución de competencias de la D.A. 2ª, pero en razón del importe estimado a que ascenderá, en el año en curso, la adquisición de la energía. No parece razonable acudir a otros parámetros, tales como importes estimados durante un determinado número de años, puesto que el municipio puede decidir en cualquier momento su salida del mercado, como después veremos.

De manera que hay que considerar que son órganos competentes para aprobar la adhesión a las reglas de funcionamiento del mercado y la prestación de garantías, los que resulten de lo establecido en la Disposición Adicional 2ª LCSP, teniendo en cuenta el importe de las garantías que deban prestarse, o bien el importe anual estimado en concepto de compra de la electricidad en el mercado. A saber:

“1. Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, los contratos de concesión de obras, los contratos de concesión de servicios y los contratos administrativos especiales, cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.

2. Corresponden al Pleno las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos mencionados en el apartado anterior que celebre la Entidad Local, cuando por su valor o duración no correspondan al Alcalde o Presidente de la Entidad Local, conforme al apartado anterior. Asimismo, corresponde al Pleno la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales a los que se refiere el artículo 121 de esta Ley.

3. En los municipios de población inferior a 5.000 habitantes es igualmente competencia del Pleno autorizar la redacción y licitación de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra cuyo periodo de ejecución exceda al de un presupuesto anual, siempre que estas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas.

4. En los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias del órgano de contratación que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo, siendo el Pleno el competente para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas generales.”

4.3. Contratación de la energía en el mercado diario: presentación de ofertas de adquisición.

La adquisición por el Municipio de la condición de agente del mercado, en la condición de Consumidor Directo en Mercado (artículo 6.1.g LSE), tras instruirse el procedimiento antes indicado, habilita para la contratación de la electricidad en el mercado diario.

Cada Municipio participará en el mercado para contratar como una unidad de adquisición y programación, que incluirá todos los puntos de suministro, y presentará ofertas de adquisición para cada periodo de programación. Como es sabido, el mercado diario se estructura en una sola sesión para cada horizonte diario y los periodos de programación serán horarios, componiéndose de 24 periodos de programación consecutivos.

Es decir, se presentarán ofertas de adquisición para cada uno de estos 24 periodos, con expresión del precio y la cantidad de energía. Las ofertas de adquisición únicamente podrán ser simples, sin incluir condiciones complejas, a diferencia que sucede con las ofertas de venta.

Una vez verificadas y aceptadas las ofertas de venta y adquisición por el Operador del Mercado, se procederá a realizar la casación para cada período de programación, partiendo de la oferta de venta más barata. La casación la realiza el Operador del Mercado por medio de un algoritmo, conforme a lo establecido en la regla 30ª de las Reglas de funcionamiento del mercado.

El resultado de la casación determina el precio marginal para cada período de programación, que será el precio resultante del equilibrio entre la oferta y la demanda de energía eléctrica ofertada en los mismos, así como la energía comprometida por cada uno de los agentes del mercado diario de producción en función de las ofertas de adquisición y venta asignadas en dicha casación.

Es en el momento de la casación cuando quedan perfeccionados y formalizados los contratos de compra de electricidad: es en este momento cuando queda determinada la energía adquirida para cada uno de los periodos de programación y el precio de adquisición. Como se ha dicho anteriormente, en el mercado diario se celebran sucesivos contratos de compra de energía: uno por cada uno de los 24 periodos de programación.

Estamos, por tanto, ante contratos sofisticados que se perfeccionan en el momento de la casación realizada por un algoritmo, partiendo de unas ofertas de venta – que incluyen en algunos casos condiciones complejas– y de adquisición de energía presentadas por medios telemáticos.

Ha de señalarse, por último, que la transmisión de la propiedad de la energía eléctrica adquirida en el mercado se produce, salvo pacto en contrario, en el momento en que tenga entrada en las instalaciones del comprador (artículo 8.4 LSE).

4.4. Liquidación, facturación y procedimiento de aprobación del gasto.

Como hemos visto, la participación en el mercado diario como consumidor supone que el Municipio presentará ofertas de adquisición para cada uno de los 24 periodos horarios en que se divide el día natural, de tal forma que OMIE procede a realizar la casación para cada período de programación, siendo ése el momento en que quedan perfeccionados y formalizados los contratos de compra de electricidad, la energía adquirida y su precio; una vez realizadas las casaciones, el operador del mercado procede a la liquidación, determinando los derechos de cobro y las obligaciones de pago correspondientes a cada período de programación, y lo comunica a los correspondientes agentes del mercado, mediante nota de abono o de cargo comprensiva de los derechos y obligaciones correspondientes a los agentes del mercado, expidiendo las facturas correspondientes. En el caso de los pagos a efectuar al Operador del Sistema –REE– por los servicios de ajuste, éste efectúa liquidaciones parciales por quincenas –expidiendo asimismo las correspondientes facturas–, a cuenta de la medida definitiva del sistema eléctrico, que tiene lugar transcurridos once meses.

Veamos qué opciones existen para que el municipio cumpla con sus obligaciones como comprador en el mercado, respetando el principio de legalidad presupuestaria y el procedimiento administrativo de tramitación del gasto público:

i) Aprobación del gasto mediante el procedimiento presupuestario ordinario

La regla 48 de las Reglas de funcionamiento del mercado contempla a este respecto liquidaciones semanales, comprensivas de las preceptivas facturas emitidas por OMIE contra el adquirente –Ayuntamiento–, mientras la regla 49 establece un plazo de pago de dos días hábiles desde su publicación, plazo muy reducido pero, en teoría, suficiente para tramitar el mismo por el procedimiento ordinario; es decir, pese a la perentoriedad de los plazos de pago, antes de proceder al pago material ya habrán sido emitidas y recibidas las correspondientes facturas, por lo que cabe a priori su tramitación ordinaria según las normas presupuestarias públicas, que obligan a la previa conformidad y aprobación por el órgano competente de la factura o documento equivalente y consiguiente reconocimiento de la obligación con cargo al presupuesto, antes de proceder a su pago. En el caso de los pagos a efectuar al Operador del Sistema –REE– por los servicios de ajuste, el plazo para la realización de dichos pagos es de tres días hábiles –procedimiento de operación 14.1 «Condiciones generales del proceso de liquidación del operador del sistema»–

Dado que la previa disposición del gasto público no resulta posible, por desconocimiento del importe exacto hasta la emisión de las liquidaciones por OM y OS, se hace necesario que las tres fases “principales” de gestión presupuestaria del gasto –autorización del gasto, disposición o compromiso del gasto y reconocimiento de la obligación–, se efectúen simultáneamente, una vez emitida y facturada la liquidación semanal por OMIE, quincenal en el caso de REE.

La acumulación de dichas fases de gasto se encuentra permitida por el artículo 67.1 del RD 500/1990, que desarrolla el TRLRHL en materia de presupuestos. Es

competente el Alcalde-Presidente para el reconocimiento de obligaciones correspondientes a gastos legalmente adquiridos –artículo 185 TRLRHL–, así como para proceder posteriormente a la ordenación del pago –artículo 186–, de forma que pueda procederse de forma inmediata a su realización material al objeto de cumplir los plazos establecidos en dichas reglas, previa habilitación a través del Plan de Disposición de Fondos del municipio, para su atención inmediata.

Sin embargo, aún con acumulación de fases de gasto –ADOP–, no es el sistema que recomendamos, pues no cabe duda de que el plazo de pago extraordinariamente reducido compromete seriamente la posibilidad de un cumplimiento general y sin excepciones, convirtiéndola incluso en prácticamente imposible en el caso de los grandes municipios. En definitiva, un procedimiento presupuestario de aprobación y pago “exprés” de dichas facturas resulta de difícil encaje con la gestión presupuestaria ordinaria.

ii) Anticipo de caja fija.

Por eso, en el caso de que la utilización de este procedimiento “ordinario” pudiera plantear dificultades por el escaso plazo para realizar el pago, podría utilizarse un sistema de Anticipos de Caja Fija, contemplado en el artículo 190 TRLHL y artículos 73 y siguientes del RD 500/1990, precisamente para hacer frente a atenciones corrientes de carácter periódico o repetitivo. Este es el sistema utilizado por el Ayuntamiento de Avilés, pionero en acudir al mercado de producción.

Se puede considerar que el gasto derivado de la adquisición de energía en el mercado de producción está comprendido dentro de dichos gastos corrientes periódicos y repetitivos, por lo que cabe la utilización del sistema de ACF. El objetivo que se persigue con la utilización de este sistema es la atención inmediata y posterior aplicación al Presupuesto de dichos gastos. Se requerirá, como es sabido, un procedimiento consistente en provisiones sucesivas de fondos, autorizadas por el órgano competente para autorizar los pagos –artículo 73.3 RD 500/90–, que se aplicarán a un concepto no presupuestario y que, conforme establece el artículo 73.4 RP, requiere de la previa fijación de una cuantía global máxima a aprobar por el Pleno de la Entidad a través de las Bases de Ejecución del Presupuesto, así como el nombramiento de uno o varios habilitados –artículo 74– que reciban los anticipos y rindan cuentas por los gastos atendidos con los mismos, a medida que sus necesidades de Tesorería aconsejen la reposición de los fondos utilizados.

Las órdenes de pago de reposición de fondos se expiden con aplicación a los conceptos presupuestarios a que correspondan las cantidades debidamente justificadas y por el importe de las mismas, previa presentación por los habilitados del anticipo y aprobación por el órgano competente de las correspondientes cuentas justificativas. Los perceptores de estos fondos quedan obligados en todo caso a justificar la aplicación de los percibidos a lo largo del ejercicio presupuestario en que se constituye el anticipo –artículo 74.4–, por lo que, al menos en el mes de diciembre de cada año, han de rendir sus cuentas; si bien, lo razonable será que dicha rendición y consiguiente reposición tenga lugar con una periodicidad mensual, a efectos de facilitar su seguimiento

presupuestario, y en todo caso a medida que la situación de la cuenta restringida abierta al efecto aconseje la reposición de fondos.

En caso de optar por este sistema se recomienda, a fin de garantizar su posterior aplicación presupuestaria, que se regule en las Bases de Ejecución del Presupuesto que la expedición de los anticipos y sus reposiciones den lugar a la correspondiente retención de crédito en la aplicación o aplicaciones incluidas en la habilitación.

Con el sistema ACF, los mandamientos de pagos no presupuestarios que se expidan se abonarán por transferencia a las cuentas restringidas a nombre del Ayuntamiento que los habilitados pagadores tendrán abiertas en una entidad bancaria, de forma que las disposiciones de fondos de las cuentas se efectuarán mediante transferencias bancarias a OMIE y REE, autorizadas con la firma de los habilitados pagadores. Las obligaciones adquiridas se considerarán satisfechas desde el momento en que se han efectuado las transferencias correspondientes. Por tanto, en el caso del pago semanal de la factura por la energía eléctrica adquirida en los siete días anteriores, los habilitados pagadores deberán verificar en primer lugar que las facturas emitidas cumplan todos los requisitos necesarios, realizar los pagos correspondientes, y rendir las cuentas a medida que sus necesidades de Tesorería aconsejen la reposición de los fondos utilizados. De acuerdo con las cantidades justificadas, se expedirán los correspondientes documentos contables de ejecución del Presupuesto de gastos que procedan, en el momento de acordarse los nuevos libramientos para la reposición de fondos por el órgano competente.

Interesa recordar por último que el registro de las facturas en el Registro Contable de Facturas –RCF– es obligatorio pese a tramitarse los pagos mediante el sistema de ACF. Por otro lado, el importe de las facturas determinará que éstas deban ser obligatoriamente electrónicas en su mayor parte, en cuyo caso, como es sabido, deberán tener entrada a través de FACE o plataforma equivalente del Ayuntamiento, lo que determinará su automática anotación en el RCF.

4.5. Permanencia en el mercado de producción

El Municipio que adquiriera la condición de Consumidor Directo en Mercado, no está obligado a permanecer en él durante un tiempo determinado. Puede en cualquier momento darse de baja como agentes del mercado y dejar de comprar la electricidad en el mercado de producción, para comprarla en el mercado minorista a una comercializadora. No están tampoco obligados a comprar en el mercado mayorista toda la electricidad que necesiten; pueden adquirir parte de la electricidad en el mercado mayorista y otra parte en el mercado minorista. Esto es precisamente lo que está haciendo el Ayuntamiento de Avilés, a cuya experiencia nos hemos referido anteriormente.

5. CONTRATOS DE ACCESO A REDES CON LA EMPRESA DISTRIBUIDORA

Como ha quedado expuesto anteriormente, los Municipios que decidan comprar la electricidad en el mercado mayorista, deberán preocuparse también de la contratación de acceso a redes con la distribuidora de la zona. Ha de tenerse en cuenta que cuando el suministro de electricidad se contrata en el mercado minorista con una comercializadora, suele ser esta empresa la que, actuando como mandataria del consumidor, contrata el acceso a redes con la distribuidora.

El contrato de acceso tiene por objeto la utilización de las redes para el transporte de la electricidad previamente adquirida por el consumidor. La naturaleza jurídica de este contrato viene determinada por el derecho de acceso a las redes que tienen todos los consumidores –artículo 7.1 LSE– y por la correspondiente obligación que tienen los titulares de las redes de permitir el acceso a ellas en las condiciones reglamentariamente establecidas –artículos 33, 37 y 41 de la LSE.

Es un contrato regulado, de forma dispersa, en las siguientes disposiciones normativas: Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica; Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre, por el que se establecen tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica y Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión. La intensidad de esta regulación deja poco margen a la autonomía de las partes para pactar su contenido: el contrato debe celebrarse necesariamente con el distribuidor de la zona, que tienen la función de distribuir la energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución y el precio viene determinado por la normativa reguladora de los peajes de acceso.

Al igual que sucede con la compra de electricidad, la obligatoria contratación del acceso a redes con el distribuidor de zona, que ostenta derechos exclusivos derivados de un monopolio natural, no se encuentra entre los contratos y negocios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley. En este caso, sin embargo, cabe considerar que la naturaleza jurídica de este contrato, si bien muy regulado y con un muy escaso margen de autonomía, es administrativa, por lo que ha de operar para su contratación necesariamente directa el procedimiento negociado sin publicidad con único empresario a que se refiere el artículo 168.2 LCSP, por razón de la existencia de derechos exclusivos derivados de dicho monopolio: *"2.º Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial. La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia*

de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato."

6. CONSTITUCIÓN DE UNA COMERCIALIZADORA MUNICIPAL COMO MEDIO PROPIO PARA LA ADQUISICIÓN DE ELECTRICIDAD.

6.1. Algunas consideraciones sobre la actividad de comercialización.

La liberalización del sector eléctrico determinó la separación de las distintas actividades destinadas al suministro de energía eléctrica: generación, transporte, distribución, servicios de recarga energética, comercialización e intercambios intracomunitarios e internacionales, así como la gestión económica y técnica del sistema eléctrico. Algunas de éstas –transporte, distribución y gestión económica y técnica del sistema– tienen carácter de actividades reguladas y se ejercen en régimen de monopolio, mientras que las demás –generación, servicios de recarga y comercialización– se ejercen en régimen de libre competencia.

La actividad de comercialización de energía eléctrica, que es la que aquí interesa, se desarrolla por las empresas comercializadoras que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía, normalmente en el mercado mayorista, para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional.

Las empresas comercializadoras deben necesariamente adoptar forma de sociedades mercantiles, o de sociedades cooperativas de consumidores y usuarios. Y se exige que en su objeto social quede acreditada su capacidad para vender y comprar energía eléctrica sin que existan limitaciones o reservas al ejercicio de dicha actividad. Se exige también que las empresas dedicadas a la actividad de comercialización acrediten su capacidad técnica y su capacidad económica.

Para acreditar la capacidad técnica deben cumplir los requisitos exigidos a los sujetos compradores en el mercado de producción de energía eléctrica, conforme a lo establecido en el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica (artículo 4) y en las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica, aprobadas por Resolución de 23 de diciembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Energía y los Procedimientos de Operación.

La capacidad económica se acredita presentando ante el Operador del Sistema y ante el Operador del Mercado las garantías que resulten exigibles en las referidas normas para la adquisición de energía en el mercado de producción de electricidad.

Para ejercer la actividad de comercialización no es necesario autorización, basta con una comunicación de inicio de la actividad que especificará el ámbito territorial en que se vaya a desarrollar la actividad. Se presentará la comunicación ante la Dirección General competente del Ministerio de Industria, acompañada de la declaración

responsable sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad. Cuando la actividad se vaya a desarrollar exclusivamente en el ámbito territorial de una sola comunidad autónoma, deberá comunicarse al órgano competente en materia de energía de la comunidad autónoma correspondiente quien dará traslado a la Dirección General competente del Ministerio de Industria.

Lo cierto es que constituir una empresa comercializadora y dedicarse a la actividad de comercialización no es difícil, como lo prueba las más de 200 comercializadoras en activo.

Los Municipios pueden decidir crear una entidad comercializadora con el fin de intervenir en la actividad de comercialización, en competencia con las demás comercializadoras que venden electricidad en el mercado minorista. O bien pueden plantearse la creación de una comercializadora para el aprovisionamiento de energía eléctrica, actuando como un medio propio, como tienen intención de hacer los Ayuntamientos de Pamplona y Barcelona. Cabe también que varias entidades locales – Municipios y Diputación Provincial– creen una comercializadora para el suministro de todos ellos.

6.2. La creación de una comercializadora municipal como medio propio para la adquisición de energía eléctrica.

Según ha quedado expuesto, algunos Municipios –Pamplona y Barcelona– se están planteando constituir una entidad comercializadora que tendría por objeto fundamentalmente el suministro propio de energía eléctrica que se adquirirá en el mercado mayorista. Esta comercializadora tendría la consideración de medio propio del Ayuntamiento al que se le encomendaría la adquisición de energía eléctrica para consumo propio y también para la venta a otros consumidores¹. En ambos casos, se tiene la intención que la comercializadora municipal, además del suministro a las propias instalaciones municipales, suministre a consumidores privados. Está presente la idea, sobre todo en el caso de Barcelona, de que la comercializadora municipal sea un instrumento para hacer frente al problema de la pobreza energética.

¹ La decisión de crear una comercializadora a la que se encomiende el aprovisionamiento de energía eléctrica, es un medio alternativo a la compra de electricidad mediante licitación pública a otras comercializadoras privadas que operan en el mercado minorista. Dado que la utilización de este instrumento puede dar lugar a importantes restricciones a la competencia, la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en el informe titulado “**Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia**” recomendó que se justificase adecuadamente la elección de este medio, tanto desde la perspectiva de la necesidad como de la proporcionalidad. A este respecto interesa destacar que el art. 86.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, impone como requisito para poder crear una entidad que tenga la consideración de medio propio que “**Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica**”. El cumplimiento de este requisito deberá justificarse en memoria que acompañe a la declaración de medio propio, que deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado. Además, se establece que el control de eficacia incluye la comprobación del cumplimiento de este requisito.

Como es sabido, la encomienda de gestión es un instrumento de aprovisionamiento a través de entidades instrumentales normalmente de naturaleza mercantil, diferenciado de la contratación pública.

La LCSP contiene una regulación detallada de la encomienda a medios propios, adaptándose a lo establecido en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación y precisando algunas cuestiones que estaban deficientemente reguladas. La nueva regulación de los denominados **encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados**, tiene incidencia en la constitución de comercializadoras municipales para el aprovisionamiento de energía eléctrica. Veamos cuales son los aspectos novedosos que contiene el artículo 32 de la nueva LCSP, que deberán tenerse en cuenta al constituir una comercializadora que actúe como medio propio personificado de un Municipio.

Se establecen con mayor precisión los requisitos exigidos para que un ente tenga la consideración de medio propio personificado. **Se precisa el requisito del control análogo**, en línea con la jurisprudencia del TJUE, exigiendo que el poder adjudicador ejerza sobre el ente destinatario 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**. Y se entiende que el poder adjudicador ostenta sobre el ente destinatario un control análogo, cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo, 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, **se concreta el requisito que exige que la parte esencial de la actividad del medio propio se realice con el ente que lo controla**: más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo deberán llevarse 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. Esta cuestión es especialmente relevante en el caso de las comercializadoras municipales que tengan la consideración de medio propio, habida cuenta que, como se ha dicho, pretenden utilizarse, además de para el aprovisionamiento del Municipio, para suministrar a consumidores privados. Por tanto, queda muy limitada la intervención en el mercado minorista de las comercializadoras municipales constituidas como medio propio. Por otra parte, queda claro que podrá encargarse a la comercializadora constituida como medio propio personificado, el aprovisionamiento del Municipio y de los entes instrumentales sobre los que tenga control.

La Ley se preocupa de determinar la forma de calcular este porcentaje² y establece el medio de comprobar el cumplimiento efectivo de este requisito, exigiendo que el porcentaje de actividad quede reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo, para que pueda ser objeto de verificación por el auditor de cuentas. El incumplimiento de este requisito –y del resto– comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada (artículo 32.6 LCSP) En consecuencia, no estará justificada la restricción a la competencia que supone encomendar a un medio propio la adquisición de energía como alternativa a la licitación pública³. Pero, además, el incumplimiento de este porcentaje podría considerarse como una práctica anticompetitiva de la comercializadora municipal respecto de las demás comercializadoras que operan en el mercado minorista.

Se mantiene el requisito de que **la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública**, cuando el medio propio adopta la forma de personificación jurídico–privada. Y se regula con mayor precisión el **reconocimiento formal del medio propio** en sus estatutos o actos de creación, exigiéndose el cumplimiento de los siguiente requisitos: 1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y 2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social. Se exige además que en los estatutos o acto de creación conste el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición de medio propio y se determine el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir. Por último, debe establecerse en los estatutos la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas

La nueva LCSP atiende también a las recomendaciones que se habían realizado acerca de la necesidad de incrementar la publicidad de las encomiendas a medios propios. Así, se exige –apartado 6 del artículo 32– que se de publicidad en la plataforma

² La forma de calcular este porcentaje se establece en el apartado 2, letra b), del artículo 32 LCSP en los siguientes términos: “...A estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán 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”.

³ Como ya se ha dicho, el informe de la CNC contiene un exhaustivo análisis de las restricciones a la competencia derivadas de la encomienda de gestión.

de contratación correspondiente de la condición de un ente como medio propio personificado, especificándose 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. Se exige también que el encargo sea objeto de formalización en un documento que será publicado en la plataforma de contratación correspondiente, cuando el importe sea superior a 50.000 euros, IVA excluido. Y la información de los encargos de importe superior a 5.000 euros deberá publicarse al menos trimestralmente

En relación con el deber de formalizar los encargos a los medios propios y publicarlos, hay que señalar que otra de las novedades de la Ley es que se incluye este acto entre los que son susceptibles de control mediante recurso especial (art. 44.2.e).

Un tema crucial es el de la **retribución a la comercializadora municipal que tenga la consideración de medio propio**. El artículo 24.6 TRLCSP se limitaba a decir que la retribución se fijaría por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan⁴. El artículo 32.2.a) *in fine* LCSP completa esta regulación estableciendo que las tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización.

Para determinar la retribución de la comercializadora hay que tener en cuenta que una parte importante de los costes de suministro de energía tiene carácter regulado – peajes de acceso y cargos asociados– y deben abonarse a la empresa distribuidora. Hay otra parte que se corresponde con el precio de adquisición de la energía eléctrica. Lo lógico es que la comercializadora municipal adquiera la energía en el mercado mayorista, abonando el precio resultante de la casación para cada una de las horas. A ello habría que añadir otros costes como los financieros o las tasas municipales y el margen de la comercializadora. La retribución de la comercializadora debiera ser el resultado de los referidos costes.

De manera que estará justificada la creación de una comercializadora municipal como medio propio, en la medida en que la retribución que abone el Ayuntamiento sea inferior al precio al que podría adquirir la electricidad en el mercado minorista o en el mercado mayorista interviniendo como Consumidor Directo.

Los consumidores privados a los que la comercializadora municipal suministre deberán abonar la misma retribución que el Ayuntamiento. Lo que no cabe en ningún caso es se ofrezca a los consumidores privados unos precios subvencionados a costa del suministro municipal.

⁴ Se ha criticado la forma deficiente en que se determina la retribución de estas entidades y las ineficiencias que puede provocar. Véase la crítica que se hace en el “Informe de medios propios y encomiendas de gestión” (2013), de la CNC y también en el informe de la CNMC al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (2015), pág. 23.

6.3. La creación de una comercializadora como medio propio para el aprovisionamiento de varias Entidades locales.

Cabe también la posibilidad, contemplada en el apartado 4 del artículo 32 LCSP, que varios poderes adjudicadores que sean independientes constituyan un medio propio personificado al que puedan hacer encargos. Ello permitiría a varios municipios y a otras entidades locales como las Diputaciones Provinciales, crear una comercializadora para que les aprovisionase a todos ellos de energía eléctrica.

Se exige también que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el medio propio personificado un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades; se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes: 1) Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos; 2) Que los poderes adjudicadores puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo y 3) Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

Se impone también en este caso el requisito de que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se han de llevar a cabo en el ejercicio de los cometidos que le confíen los poderes adjudicadores que lo controlan u otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores.

Y es de aplicación el requisito de que la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública, cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada. Y que la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación.

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TERRAZAS Y VELADORES EN LA LEGISLACIÓN ANDALUZA SOBRE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS Y ACTIVIDADES RECREATIVAS¹

José Luis RODRÍGUEZ LAÍN Z

Magistrado. Juzgado Instrucción 4 de Córdoba.

SUMARIO:

1. Introducción. El nuevo Reglamento Andaluz sobre el Nomenclátor de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas: ¿un paso hacia delante?
2. Breves notas sobre la regulación anterior al Decreto 155/2018
3. La actividad hostelera en el nuevo nomenclátor de 2018
 - 3.1 Régimen de autorización y actividades clasificadas que lo permiten
 - 3.2. La expansión de la ambientación musical como actividad compatible en determinadas modalidades de actividad hostelera: Reproducción de sonido y actuaciones en directo de pequeño formato o acústicos
 - 3.3. El nuevo régimen del horario de apertura

1. INTRODUCCIÓN. EL NUEVO REGLAMENTO ANDALUZ SOBRE EL NOMENCLÁTOR DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS Y ACTIVIDADES RECREATIVAS: ¿UN PASO HACIA DELANTE?

Una norma jurídica deja de perder su vocación de atender al bien común cuando fuerza a la parte más débil, al ciudadano de a pie, a tener que acudir a los Tribunales de Justicia como única forma de hacer valer sus más elementales derechos. La ley debería estar para garantizar derechos y proteger situaciones jurídicas que quedan perfectamente definidos a lo largo de su articulado; leyes que permitan acudir al ciudadano a las instituciones públicas a vindicar de forma efectiva aquello que le corresponde con solo reclamar su aplicación. Pero cuando resulta que la ley, tras enunciar grandilocuentes principios, avoca al ciudadano a tener que acudir a los Tribunales para ejercer sus más elementales derechos, abrumado por tantas excepciones a tales principios y reglas generales que dejan a éstos como fastuosas fachadas de un edificio vacío en su interior, su propia finalidad pierde su razón misma de ser. Cuántas veces hemos escuchado eso

¹ Este artículo es complemento del trabajo de José Luis Rodríguez Laínz titulado “Las terrazas o veladores: especial referencia a su régimen jurídico en la legislación medioambiental andaluza”, publicado en la obra colectiva *Contaminación acústica. Gestión del ruido por las Corporaciones Locales, aspectos jurídicos, técnicos y sanitarios*, Granada, CEMCI, 2018.

de que la excepción cumple la regla; cuando resulta que la excepción no es sino la palmaria demostración de la imperfección de una regla que se siente incapaz de alcanzar la universalidad en el enunciado del principio que proclama. De nada sirve comenzar proclamando principios y aparentes prohibiciones legales cuando, bien a renglón seguido, bien, casi a traición, en normas distanciadas de la que define el principio general, se convierte a éstos en una simple regla general cuya aplicación se hace depender de un casi enmascarado voluntarismo jurídico que fuerza a quien sufre sus consecuencias a tener que acudir a los Tribunales con el enorme esfuerzo económico que ello puede representar. Hacer depender la eficacia misma de elementales derechos, como son el derecho a la vida privada dentro del propio domicilio, al descanso y a la salud, de conceptos jurídicos indeterminados más o menos difusos o de normas jurídicas de extraordinaria complejidad que se hacen inaccesibles al ciudadano, no responde precisamente a ese concepto tomista aún en vigor de la concepción de la ley como ordenación de la razón hacia el bien común.

Cualquier persona que realice una lectura detenida del Decreto 155/2018, de 31 de julio, por el que se aprueba el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía y se regulan sus modalidades, régimen de apertura o instalación y horarios de apertura y cierre –Nomenclátor de 2018, llegará fácilmente a la conclusión de que la norma no es sino un ejemplo paradigmático de aquello que hemos definido en el párrafo anterior como un apartamiento de esa finalidad de atender al bien común que debiera caracterizar a toda norma jurídica. Apartamiento que precisamente se estructura sobre endebles cimientos que, sustentados a su vez en principios generales y objetivos razonables y comprensibles, paulatinamente, y en base a un esquema de escalones descendentes prácticamente sincronizados para cada una de las modalidades de actividades que se desarrollan en el ámbito de la hostelería, van perdiendo fuerza y vigor hasta casi hacerse depender de decisiones cuasi discrecionales de las Corporaciones Locales. Las reglas generales, y las prohibiciones tan íntimamente ligadas a éstas, se van relajando y desdibujando a través del articulado hasta llegar a hacerse depender de excepciones que se basan en conceptos jurídicos indeterminados, más bien indefinidos o difusos, que dificultan hasta lo indecible cualquier capacidad de reacción efectiva al alcance del ciudadano medio; incapaz generalmente de poder disponer de capacidad económica suficiente como para poder combatir con un mínimo grado de certidumbre y eficacia decisiones administrativas o vías de hecho de miembros del gremio de la hostelería que afectan hasta lo más profundo en su propio modo de vida.

Esta afirmación, que ya habría de preocuparnos, gana en intensidad cuando los intereses en conflicto de la parte más débil, del pobre ciudadano que ha de sufrir indefenso la cada vez más extendida cultura del ocio, han de enfrentarse a la gran capacidad de influencia y de medios de defensa con que cuenta el siempre poderoso gremio hostelero. Ya en mi anterior trabajo, recogido en un apéndice que trataba de

realizar un comentario de urgencia al Proyecto del Reglamento², destacaba cómo, pese a que la norma aportaba importantes avances en orden a la sensibilización del legislador en la dimensión medioambiental de la actividad hostelera en la calles y su máxima representación a través de los populares veladores, el trance del Proyecto de Reglamento hasta su aprobación muy probablemente sufriría los fuertes envites de un gremio hostelero que siempre ha enarbolado como bandera la dinamización de la economía con generación de numerosos puestos de trabajo y la debida atención al sector turístico y a la ciudadanía en general en esa especie de derecho constitucional, de aparente más relevancia jurídica que el propio derecho a la vida, que es el del derecho a divertirse y a disfrutar de la sociedad del ocio. Parece mentira que los políticos todavía no hayan sido capaces de descubrir cómo a tres metros lineales de una popular terraza de verano de cualquier calle céntrica o de barrio de una ciudad andaluza, a las 2:30 de la madrugada de cualquier día entre semana del mes de junio hay ciudadanos que no tienen más expectativa a corto plazo en sus vidas que intentar conciliar el sueño las cuatro horas y media que les restan para levantarse a trabajar a la mañana siguiente.

La reforma se centra en tres pilares fundamentales: En primer lugar, continuar en esa línea de perpetua adaptación a las exigencias de la libre circulación y establecimiento de actividades del sector servicios en el entorno de la conocida como Directiva Bolkestein³; como si las anteriores normas, y más en concreto el anterior Decreto regulador del llamado Nomenclátor de espectáculos públicos y actividades recreativas de Andalucía de 2002, en su última versión modificada de 2011⁴ -en adelante Nomenclátor de 2002-, no hubiera dado cumplida respuesta a las exigencias de tan discutida norma comunitaria insensible a la dimensión medioambiental de buena parte de las actividades de servicios. En segundo lugar, “...actualizar la normativa a las demandas municipales, del sector y de la sociedad, de flexibilización y actualización de los formatos de espectáculos públicos y actividades recreativas y de la sociedad, de flexibilización y actualización de los formatos de espectáculos públicos y actividades recreativas y tipos de establecimientos públicos donde se desarrollan, con una proyección cada vez más multifuncional así como de adecuación a dichos formatos de los horarios de apertura y cierre a los que se supeditan” –Parte Expositiva, apartado I, párrafo 6-. En último lugar, y en íntima conexión con el anterior objetivo, se pretenderá con la nueva regulación, con vocación unificadora de normas reguladoras de las actividades hosteleras, dar cumplimiento a un mandato expreso del Parlamento

² “Contaminación acústica y gestión del ruido por las corporaciones locales. Aspectos jurídicos, técnicos y sanitarios”. Obra colectiva (Galbarro Muñoz, Jaime; Herrera del Rey, Joaquín José; Peidro Cuadros, Antonio, y Rodríguez Laínz, José Luis. CEMCI Publicaciones, Granada 2018; Apéndice I.

³ Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

⁴ Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. El Nomenclátor de 2002 fue objeto de reforma para su adaptación a las exigencias de la Directiva Bolkestein con la publicación del Decreto 247/2011, de 19 de julio, por el que se modifican diversos Decretos en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, para su adaptación a la Ley 17/2009, de 26 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Andaluz⁵ de promover la posibilidad de que en establecimientos hosteleros pudieran desarrollarse lo que se definen como *conciertos de pequeño formato o acústicos*.

De ninguna manera pretendemos sostener que la norma se convierta en sí misma en una especie de trampa que expone grandilocuentes principios que después quedan en la nada cuando se desarrollan en su a veces farragoso articulado. Los principios existen y tienen plena vigencia; en especial, como veremos, en orden a la, por fin, explícita sensibilización del legislador andaluz en la dimensión medioambiental de la actividad hostelera y su repercusión, igualmente por fin reconocida como tal, en el existente derecho al descanso de los ciudadanos. El problema realmente reside en que, en el entramado de excepciones a las reglas generales en que se ha convertido el esquema jurídico de la norma, postular tales principios resulta especialmente complejo para el ciudadano. En otras palabras, la norma articula eficaces y efectivas herramientas de defensa frente a una posición de las Administraciones tolerante o pasiva frente a las demandas o vías de hecho del gremio hostelero; pero articularlas supondrá un enorme coste económico y de esfuerzos en el ciudadano que sufre en primera persona las consecuencias de tal política municipal de promoción o dejación de la expansión de la actividad hostelera, especialmente, hacia la calle. Y ello podrá traducirse sin duda en más sufrimiento y sensación de impotencia de unos ciudadanos que no pueden asumir de propia mano tales retos. Los aspectos realmente positivos, y en parte comprometidos, de la nueva regulación se ven desgraciadamente lastrados ante la realidad de que serán los ciudadanos quienes en la inmensa mayoría de los casos habrán de tomar la iniciativa para defender sus más elementales derechos relacionados con el derecho a una vida digna; cuando era la propia Administración Local quien debería entregarse a su defensa.

Aunque será precisa una breve referencia a la nueva situación de las llamadas licencias de actividad del ramo de la hostelería, será objeto de este trabajo realizar un más detenido examen, comparativo con el régimen anterior, sobre la regulación jurídica de los veladores como máximo exponente de la tradicional expansión de la actividad hostelera hacia la calle.

Es casi un deber moral con los lectores que han seguido mi línea de trabajo acometer la difícil empresa de realizar un comentario sobre la nueva normativa en materia de terrazas y veladores en Andalucía; y no solo como corolario de una línea de trabajo que comenzara como consecuencia de sufrir en mis propias carnes las consecuencias derivadas de la contaminación acústica generada por un establecimiento hostelero ubicado justo debajo de mi domicilio, sino como compromiso adquirido tras realizar en la última obra publicada sobre la materia⁶ un comentario de urgencia al Reglamento.

II. BREVES NOTAS SOBRE LA REGULACIÓN ANTERIOR AL DECRETO 155/2018

⁵ Proposición no de Ley en Pleno en defensa de la cultura y la música en Andalucía, 10-15/PNLP-000054.

⁶ "Contaminación acústica y gestión del ruido..."; op. cit.

La modificación del art. 4.1 del Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía – Nomenclátor-, por parte del Decreto 247/2011, de 19 de julio, por el que se modifican diversos Decretos en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, supuso el definitivo sometimiento de las actividades hosteleras al régimen de la declaración responsable respecto de todas las actividades hosteleras sometidas a la competencia municipal.

Pero ello no significaba en modo alguno que hubiera perdido su vigencia la exigencia de la superación de un trámite de calificación ambiental que permanecía inmanente frente a las reformas que, bajo la influencia del mandato de la Directiva Bolkestein, iban erosionando capa por capa las trabas administrativas al inicio de las actividades hosteleras, incluida la superación de controles medioambientales. Efectivamente, el Decreto-ley 3/2015, de 3 de marzo⁷ que daba nueva redacción al art. 44 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental –en adelante LGICA-, dejaba bien claro el mantenimiento de las exigencias de superación previa del trámite de calificación ambiental previsto en el Decreto 297/1995, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de calificación ambiental –en adelante RCAMB-. La propia norma preveía la posibilidad de modificación reglamentaria de este trámite de previa superación por una declaración responsable, una *manifestación de superación de las exigencias de evaluación de los efectos ambientales*; pero este cambio aún no ha llegado a tener lugar⁸. Esta solicitud de calificación ambiental debería ir acompañada, según se colige del apartado 5 del referido art. 44, de un informe de *análisis ambiental* como documentación complementaria al proyecto técnico. Es una vez obtenida la calificación ambiental cuando podría presentarse definitivamente la declaración responsable; entre cuya documentación anexa debería contener un informe emitido por técnico responsable que certificara haberse cumplido los condicionantes medioambientales y modificaciones exigidas en la calificación ambiental favorable dictada por la autoridad municipal.

Considerar a las terrazas o veladores, como extensión del establecimiento hostelero hacia la calle, como parte integrante de la actividad; susceptible como tal de ser objeto de análisis en el informe ambiental cuando la actividad se diseña desde un principio, o de ser considerada como una modificación sustancial de la actividad cuando la instalación tiene lugar una vez obtenida la licencia mediante la presentación de declaración responsable, debía ser una premisa de la que deberíamos partir en todo caso. Ha sido éste uno de los pilares esenciales que han dirigido, de forma firme e

⁷ Decreto-ley 3/2015, de 3 de marzo, por el que se modifican las Leyes 7/2007, de 9 de julio, de gestión integrada de la calidad ambiental de Andalucía, 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía, 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros y se adoptan medidas excepcionales en materia de sanidad animal.

⁸ En este sentido, véase su Exposición de Motivos, apartado V, párrafo cuarto. El Anexo I incluye dentro de las actividades sometidas a calificación ambiental a las actividades hosteleras.

inmanente, mis planteamientos desde la primera vez que tuve la oportunidad de tener que asumir el difícil reto de trabajar en tan peculiar segmento del Derecho Administrativo. El Nomenclátor de 2002, no obstante, sí sometía a una autorización municipal previa al servicio al público, al aire libre, en terrazas o zonas accesibles desde el interior del establecimiento, se encuentren o no en terreno público –Anexo II, apartado III.2.8-. La norma, efectivamente, no hacía distinciones en esta exigencia de sometimiento a autorización municipal previa. Frente a ello no podía argüirse la interpretación de que la autorización fuera exigida como consecuencia de la ubicación en espacios públicos de la instalación, como un uso distinto al público de una porción de terreno demanial. La norma no tenía vocación en momento alguno de regular las posibilidades de usos alternativos al común general; ni menos de excluir a los espacios privados del propio establecimiento; pues para ello, con la suficiencia de la declaración responsable no habría hecho falta incluir una mención específica a tales espacios privados al aire libre.

El Nomenclátor de 2002 avocaba necesariamente a la regulación que de los veladores como actividad hostelera fuera establecida por la autoridad municipal. Era en sí misma una competencia municipal, tal y como con absoluta claridad fuera reflejado en el art. 5 del derogado Decreto 326/2003, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía –RPCA de 2003-. Incluso con el deliberadamente buscado oscurantismo de la norma que lo sustituyera, el Reglamento de protección contra la contaminación acústica en Andalucía, aprobado por el Decreto 6/2012, de 17 de enero –RPCA de 2012-⁹, art. 4.2,a), podíamos encontrar una referencia implícita a esta competencia vía atribución de la competencia municipal para el dictado de ordenanzas municipales sobre protección contra la contaminación acústica.

Pero el propio Nomenclátor de 2002 ya marcaba claras limitaciones respecto de las concretas actividades hosteleras que, como actividades recreativas, eran compatibles con la instalación de veladores al aire libre. No hemos de olvidar que la ubicación de la actividad al aire libre no suponía obstáculo alguno para el sometimiento de la actividad a la disciplina de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Andalucía –LEPARA; art. 1.3-¹⁰. El Nomenclátor de 2002 reservaba la posibilidad de expansión de la actividad hostelera hacia la calle a las

⁹ El Proyecto del Reglamento sí mostraba una especial sensibilidad por la dimensión medioambiental de los veladores, hasta el punto de reproducir prácticamente en sus mismos términos la competencia municipal; a la vez que en su art. 30.1.1.b) definir los valores límite admisibles de los emisores acústicos situados en el exterior (“Las terrazas y veladores que se puedan instalar, deberán cumplir con valores límites establecidos en la Tabla anterior, medidos en las fachadas de las edificaciones destinadas a viviendas más afectadas por su instalación”). La influencia de los lobbies del sector hostelero pudo apreciarse con toda su crudeza en una norma que, inicialmente diseñada con una alta vocación de protección medioambiental, se vio seriamente lastrada en su definitiva redacción.

¹⁰ Dicha norma nos advertía, de hecho, que la LEPARA sería también de aplicación “...a los espectáculos o actividades recreativas que se celebren o practiquen, independientemente de su titularidad, en establecimientos públicos, aun cuando estos se encuentren situados en espacios abiertos, en la vía pública, en zonas marítimo-terrestres o portuarias, o en cualesquiera otras zonas de dominio público”.

actividades clasificadas como restaurantes, cafeterías, bares y bares-quiosco; quedando excluidas aquellas modalidades que estuvieran dotadas con ambientación musical como común denominador (discotecas, salas de fiesta, pubs y bares con ambientación musical). La implícita exclusión de la posibilidad de instalación de veladores en una técnica jurídica basada en la determinación explícita de las actividades que sí admitían su expansión al aire libre fue consagrada por la STSJ de Andalucía, con sede en Sevilla, Secc. 2ª, de 24 de octubre de 2013 (rec. de apelación 395/2013)¹¹; donde, frente a la opinión del órgano sentenciador de instancia de considerar que la no inclusión del supuesto de autorización para veladores respecto de pubs y bares con ambientación fue un simple lapsus, olvido, del legislador, se consideró que la opción del legislador era incontestable al no incluir tal posibilidad en estas actividades catalogadas. Había dos razones claras para considerar actividad incompatible el de estas actividades con ambientación musical con una actividad hostelera que sí permitiera su expansión a la calle: En primer lugar, la propia existencia de la ambientación musical sería incompatible con las exigencias de calidad ambiental acústica propias de las actividades si autorizadas; en segundo lugar, como veremos seguidamente, la falta de coincidencia en los horarios de apertura.

La Orden de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía de 25 de marzo de 2002 –OHA- era la norma que establecía el régimen horario de las terrazas o veladores; en un régimen sencillo de comprensión, pero realmente complejo de control. Si bien se fijaba un tope máximo inamovible durante todo el año, tanto para días laborables como para viernes, sábados y vísperas festivos, a exclusión de determinadas festividades a decisión de la autoridad municipal; éste, las 02:00 horas de cada día, se veía claramente relativizado con el establecimiento de una norma de imposible control efectivo. Las 02:00 horas no era el momento en que, como ocurría en las dependencias interiores de los establecimientos hosteleros, se dejaba de atender consumiciones a los clientes y se encendían las luces para asegurar que la actividad cesara definitivamente media hora después, a las 02:30 o 03:30 según fuera el día laborable o víspera de festivo. Para los veladores la hora marcada solamente representaba una prohibición de servir más consumiciones, por lo que los clientes podrían permanecer en la terraza con sus consumiciones hasta hora y media después de esa hora límite.

Podíamos concluir por ello que, dada su peculiaridad, y pese a que la actividad hostelera al aire libre no dejaba ser de un apéndice o extensión de la misma actividad hostelera, ésta estaba sometida a un régimen de autorización previa que excepcionaba la regla general de ausencia de control administrativo previo establecida desde la entrada en vigor de la Directiva Bolkestein.

3. LA ACTIVIDAD HOSTELERA EN EL NUEVO NOMENCLÁTOR DE 2018

¹¹ En el mismo sentido se ha manifestado más recientemente la STSJ de Andalucía con sede en Málaga, 2581/2017, de 21 de diciembre (rec. 1697/2015),

Como tuve la oportunidad de defender en mi anterior trabajo¹², el Proyecto de Decreto por el que se regulan las modalidades y condiciones de celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas, los tipos de establecimientos públicos, su régimen de apertura o instalación, los horarios que rigen su apertura y cierre, y se aprueba el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía, marcaba una clara y aparentemente decidida intención del redactor de la norma de colocar al ciudadano en una mejor posición frente a las consecuencias adversas de la proliferación de la llamada sociedad del ocio; con una especial repercusión, casi revulsivo, en la previamente olvidada dimensión medioambiental de la actividad hostelera que se desarrollaba al aire libre. Sin embargo, y como vaticináramos, nuevamente la presión del sector hostelero y los recurrentes criterios de la búsqueda de la dinamización de la economía en el importante sector terciario y favorecimiento de la sociedad del ocio han llevado al redactor del Reglamento a realizar cambios sustanciales en los propios cimientos en los que se asentara la nueva regulación. Haremos un análisis comparativo de la evolución de la norma en aquellos aspectos más marcados, en tanto que pudieran tener una especial repercusión en la interpretación de la norma.

El Nomenclátor de 2018, como no podía ser de otra forma, hace una definitiva apuesta por la generalización de la declaración responsable ante el correspondiente Ayuntamiento como instrumento administrativo para el inicio de la actividad hostelera; que solamente se vería exceptuado para los supuestos de establecimientos eventuales y la celebración o desarrollo y de espectáculos públicos y actividades recreativas ocasionales y extraordinarias, sí sometidos a autorización administrativa previa. Efectivamente, el art. 7.1 desarrolla el régimen de apertura o instalación de establecimientos públicos, en el que, sin perjuicio de obtención de las pertinentes licencias urbanísticas, tal instrumento administrativo no es otro, en cuanto respecta a los establecimientos públicos fijos destinados a actividades recreativas permanentes y de temporada que el de la mencionada declaración responsable –art. 7.1,a)-.

Destaca igualmente en la norma una decidida definición de la actividad hostelera al aire libre; que parte de la diferenciación, en su art. 5, de las distintas modalidades de establecimiento en función de su apertura o no hacia el exterior; del que se derivarán importantes consecuencias jurídicas a efectos delimitación de las actividades compatibles con la infraestructura con que cuente la actividad.

El primer gran delimitador parte de la consideración de fijo o eventual del establecimiento. Diferenciación crucial; pues es el punto de partida, en concordancia con lo establecido en el art. 6.2 de la LEPARA¹³, para el sometimiento o no de la actividad a régimen de autorización previa. Los establecimientos fijos serán aquellos consistentes en edificaciones o recintos “...que sean inseparables del suelo sobre el que

¹² Op. cit.

¹³ “Autorizar, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2, la instalación de estructuras no permanentes o desmontables destinadas a la celebración de espectáculos públicos o al desarrollo de actividades recreativas”.

se construyan”. Los eventuales habrían de responder a un criterio de oposición al concepto de establecimiento fijo; aunque el legislador ha optado por una definición descriptiva, con la clara intención de tratar de evitar posibles resquicios o puertas abiertas a interpretaciones laxas que desdibujaran la propia finalidad de la norma¹⁴.

Una segunda clasificación será igualmente crucial a la hora de definir las actividades compatibles con la estructura y naturaleza del establecimiento, y en especial las posibilidades de dotar a la actividad, por definición, de ambientación musical: la diferenciación entre cerrados y abiertos, y estos últimos entre cubiertos y al aire libre o descubiertos. La condición de cerrado o abierto de un establecimiento –art. 5.2- se hará depender de que su perímetro se encuentre o no físicamente limitado por parámetros o cerramientos en toda su estructura; la inexistencia de limitación física en alguna parte de la instalación conllevaría la clasificación del establecimiento como abierto. La norma guarda silencio en cuanto respecta a la consideración de abatibilidad o potencialidad de apertura de los cerramientos; aunque obviamente, en tanto que el hostelero hiciera uso de esta potencialidad estaría convirtiendo el establecimiento en abierto. Ventanas con capacidad de apertura o ventanales abatibles en función de la climatología o necesidades de atención al público habrían de convertir al establecimiento en abierto; y ello desde luego habría de tener su adecuado reflejo en el estudio ambiental.

La siguiente distinción solamente tiene sentido en los establecimientos abiertos; a la vez que refuerza la anterior interpretación. Según el apartado 2,b) del párrafo primero del referido art. 5: *“Serán cubiertos cuando tengan cerramientos o estructuras de cierre superior. Y se considerarán al aire libre o descubiertos cuando no existan total o parcialmente dichas estructuras”*. Nuevamente se guarda silencio sobre un aspecto tan sustancial como es la naturaleza del material (¿es cierre superior un toldo de lona o tela de plástico?) y su carácter o no abatible; resultando conveniente acudir para ello a la solución que nos apunta la definición técnica de establecimiento eventual, en cuanto respecta a los materiales que se describen. Es el carácter definitivo y fijo de la estructura superior lo que debería permitirnos decantarnos por una u otra clasificación; todo lo abatible, portátil o provisional debería ser clasificado como descubierta. La norma termina estableciendo una cláusula que trata de hacer frente a interpretaciones laxas de la norma; al establecer en un párrafo adicional al nº 2 del art. 5 que: *“Cuando se establezca que los establecimientos públicos sean cerrados y cubiertos, se entenderá que deben serlo en todos sus paramentos o cerramientos”*.

Realmente, el Nomenclátor de 2018 no innova nada en los fundamentos en los que se cimienta todo el régimen jurídico de control administrativo respecto de la actividad hostelera, tanto desde la perspectiva de su consideración de actividad recreativa, como desde su dimensión medioambiental; que no es sino una de las dimensiones que abraza esa concepción de la LEPARA como norma que trata de abarcar todas las distintas facetas del ordenamiento jurídico administrativo que

¹⁴ El art. 5.1 define a los establecimientos eventuales como *“...aquellos establecimientos públicos no permanentes, conformados por estructuras desmontables o portátiles constituidas por módulos o elementos metálicos, de madera o de cualquier otro material que permita operaciones de montaje y desmontaje sin necesidad de construir o demoler fábrica de obra alguna, sin perjuicio de los sistemas de fijación o anclaje que sean precisos para garantizar la estabilidad y seguridad”*.

convergen en el ejercicio de tales actividades. Sin embargo, si en algo destaca el nuevo reglamento es en hacer renacer una serie de principios que en la situación inmediatamente anterior parecían ser ninguneados por un legislador que mostraba temor a que pudieran relacionarse con la protección medioambiental determinadas representaciones de la actividad hostelera, como era su expansión hacia la calle. Si RCPA de 2012 acabó, frente a la redacción de su Proyecto, por silenciar cualquier referencia a la dimensión extramuros de la actividad hostelera, el nuevo Nomenclátor de 2018 no encuentra el más mínimo reparo en exponer la prevalencia de los principios medioambientales tanto en la actividad principal como en su expansión hasta el exterior. Ya no hemos de acudir a normas específicas o sectoriales para deducir que el medio ambiente es también la vía pública y que los potenciales emisores de ruidos también los son cuando se ubican al aire libre a través de terrazas, veladores u otras fórmulas nuevas que cada vez están proliferando más como consecuencia de la prohibición de consumo de tabaco en el interior de los establecimientos públicos. Los principios medioambientales están y hacen acto de presencia en los lugares más privilegiados del nuevo Reglamento; con lo que ello representará a la hora de analizar tan generosas excepciones a las aparentemente sólidas reglas generales que se desarrollan a través de su articulado.

La llamada Parte Expositiva ya se muestra como una auténtica declaración de intenciones de cómo el respeto de las exigencias medioambientales han de presidir la interpretación del denso articulado del Reglamento. Así se recoge en primer lugar en su apartado IV, párrafo cuarto; cuando al hilo de justificar la elección del instrumento administrativo de la declaración responsable, nos advertirá que ello no supone en momento alguno dejación del cumplimiento de las exigencias de protección medioambiental; pues ha de acreditarse, entre otros extremos, el cumplimiento de requisitos por razón de interés general relacionados con el medio ambiente y el entorno urbano. El párrafo siguiente traslada esta exigencia a la instalación de terrazas y veladores tanto en espacios públicos como en superficies privadas abiertas o al aire libre. Y lo hace nada más y nada menos que estableciendo un criterio de preferencia de su ubicación en *zonas no residenciales*¹⁵; que encuentra por razón de ser “...compatibilizar su instalación con el derecho al descanso de la ciudadanía”. Este criterio de garantía del descanso de la ciudadanía se mantiene como barrera infranqueable, frontera, a las nuevas posibilidades de expansión que se reconocen en torno a la permisividad de ubicación de veladores en establecimientos que hasta entonces no lo tenían reconocido o de la apertura a la posibilidad de desarrollar *actuaciones en directo de pequeño formato*. El régimen de horario de apertura – apartado V, párrafo primero-, vuelve a ser relacionado con el *cumplimiento de la normativa en materia de contaminación acústica en Andalucía*; así como que ésta es tenida en cuenta a la hora de establecer una restricción horaria en la utilización de

¹⁵ Esta referencia a la preferencia de zonas no residenciales vuelve a aparecer en el apartado V, párrafo octavo, en relación con la posibilidad de autorizar horarios más amplios para terrazas y veladores en municipios turísticos o en zonas de gran afluencia turística.

equipos de reproducción y amplificación sonora o audiovisuales en la nueva modalidad de establecimiento hostelero con música que se introduce en el Nomenclátor de 2018. Por último, es precisamente, entre otras, la necesidad de garantizar la protección medioambiental, la que sirve de justificación al redactor del Reglamento –apartado V, párrafo noveno-, para el sometimiento a régimen de declaración responsable, y no simple comunicación previa, para el establecimiento de horarios especiales de establecimientos hosteleros ubicados en áreas de servicio de carreteras, autovías o autopistas; aeropuertos, estaciones de ferrocarril y estaciones de autobuses; hospitales y centros sanitarios de urgencia; lonjas, mercados centrales y puertos pesqueros.

Dicho esto, la verdad es que, adentrándonos en el articulado del Reglamento, el legislador se ha mostrado respetuoso con el esquema inmediatamente anterior al de su redacción. La coordinación entre el expediente administrativo, o casi su negación, de la declaración responsable con la superación de un trámite de calificación ambiental favorable permanece invariable. El Nomenclátor de 2018 ni ha derogado expresamente este régimen de superación de la calificación ambiental, ni ha supuesto, explícita ni implícitamente, esa posibilidad que se recogía en la Exposición de Motivos del Decreto-ley 3/2015 de sustituir la superación del trámite de calificación ambiental por una declaración responsable que se integrara en el título habilitante de la licencia de actividad. La Disposición Derogatoria única no contiene referencia alguna al RCAMB de 2012; ni puede inferirse de un articulado que no ha variado en su esencia el esquema del anterior Nomenclátor en su redacción inmediatamente anterior al actual. A partir de tal afirmación, la exigencia de cumplimiento de las preceptivas condiciones de, entre otros aspectos, “...vibraciones y de nivel de ruidos que reglamentariamente se determinen en la norma específica de cada actividad” conforme a la normativa sobre protección del medio ambiente queda reflejada a nivel de principio esencial en su art. 2.1; como lo es, aunque sea de forma indirecta, la exigencia de *estudio acústico*, como consecuencia de su mención expresa en el apartado siguiente del mismo precepto, en relación con el desarrollo de la actividad al aire libre. Esta última norma se convierte en esencial; en tanto que si la definición misma de la actividad tal y como se diseña es sometida a declaración responsable, debería incluir ya sin ningún género de duda su adaptación hacia la calle, espacios abiertos, si relacionamos en art. 2.2 con el art. 9.1 del reglamento, y a la vez en el art. 8.1, apartados d) y f)¹⁶, comprobaríamos cómo la declaración responsable ha de tener en cuenta, dentro de los factores a valorar, precisamente su desarrollo o expansión hacia el aire libre. Ello habría de traer como consecuencia, tal y como con tanta vehemencia hemos defendido en anteriores trabajos sobre la materia, que la decisión de expandir hacia el aire libre la actividad hostelera una vez presentado el título habilitante, comportaría la necesidad de la superación del correspondiente medio de intervención administrativa –art. 9.2-. Es más, dicho precepto siquiera habla ya de modificaciones sustanciales de la actividad, como nos refiriera el

¹⁶ La primera de las letras exige, como contenido mínimo de la autorización, la descripción del establecimiento público, con la sola excepción de aquellos supuestos en los que la actividad se desarrolle íntegramente al aire libre; mientras que la segunda tiene en cuenta la existencia de espacios abiertos donde se desarrollará la actividad a los efectos de determinar el régimen de horario de apertura.

art. 19.11 la LGICA¹⁷, sino de “*cualquier cambio en las condiciones del establecimiento público, del espectáculo público o de la actividad recreativa celebrado o desarrollada así como en los datos declarados...*”, como circunstancia que debería llevar aparejada la presentación de una nueva declaración responsable conforme al art. 7.

Especial mención se merece la cuestión del aforo. El art. 6 aborda la el aforo como una simple cuestión de seguridad; como si el único factor a tener en cuenta fuera el de la optimización de la salida y desalojo del establecimiento en caso de incendio. Sin embargo, el aforo permitido es factor a tener especialmente en cuenta en tanto en cuanto es uno de los vectores que pueden dar lugar a una mayor presión acústica sobre el establecimiento y viviendas colindantes; con repercusión, obviamente, en el estudio acústico. De hecho, la Instrucción Técnica –IP-, apartado 2 del RPCA de 2012, sí tiene en cuenta desde una doble perspectiva el factor humano como incontestable fuente de contaminación acústica. Por un lado exige, a la hora de la definición de las características de los focos de contaminación acústica o vibratoria de la actividad, la contemplación de lo que define como posibles impactos acústicos asociados a efectos indirectos, y, en concreto, el número de personas que utilizarán el establecimiento¹⁸; por otro, y en cuanto a la valoración de los niveles de emisión previsibles, impone la caracterización de todos los emisores acústicos con indicación de determinaciones empíricas o estimaciones, cuando, como sucede en concreto con el factor humano, los espectros de emisiones no fuesen conocidos. La previsión de aforo máximo representaría el máximo nivel de emisión procedente de ese factor humano. Por otra parte, si nos fijamos detenidamente en el contenido del art. 8.1, e), veremos que la norma solo exime de la obligación de expresión de la autorización del aforo en aquellos supuestos en que la actividad recreativa “*...fuera a celebrarse o desarrollarse directamente en espacios abiertos de vías públicas y de otras zonas de dominio público sin establecimiento público que los albergue*”. Obviamente, tanto el espacio acotado para el desarrollo de la actividad hostelera al aire libre, como el número de mesas y sillas autorizadas permiten establecer una ponderación de ese aforo máximo; que además habría de tener una repercusión directa en las necesidades de prevención en orden al rápido y ordenado desalojo del establecimiento por causa de emergencia.

El Nomenclátor de 2018 vuelve a abordar en su art. 10 el régimen de compatibilidades de actividades respecto de un mismo establecimiento. Al igual que sucediera en el régimen anterior, se parte de un principio de compatibilidad de actividades conforme a la normativa específica que las desarrolle. Obviamente todas las actividades compatibles que en un principio se diseñen habrán de tener cabida en la

¹⁷ Para dicho precepto, es *modificación sustancial* cualquier cambio o ampliación de actuaciones ya autorizadas “*...que pueda tener efectos adversos significativos sobre la seguridad, la salud de las personas o el medio ambiente*”.

¹⁸ La STEDH, Secc. 5ª, de 25 de noviembre de 2010 (caso MILIEVA y otros v Bulgaria; asunto 21475/04) consideró entre las obligaciones positivas de las Administraciones Públicas concernidas en la protección del medioambiente contra la contaminación acústica la de la debida ponderación de ruidos y molestias, incluidas algaradas y peleas, procedentes del público de un ciber-café 24 horas al que entran y salen personas constantemente a cualquier hora del día.

declaración responsable –art. 10.1, párrafo segundo-. El apartado 2, sin embargo, dinamiza aún más las posibilidades de compatibilización ante la eventualidad de que un mismo espacio de ocio, un mismo establecimiento público, pueda disponer de varios espacios de usos diferenciados; requiriéndose en este caso de una más detallada descripción de cada una de las actividades, así como el tratamiento y soluciones arquitectónicas que podrían permitir tales usos diferenciados; siempre en el bien entendido de que se tienen que ofrecer soluciones arquitectónicas que permitan técnica y físicamente el desarrollo de las actividades inicialmente incompatibles¹⁹. Sin embargo, se establecen como límites en el siguiente apartado tanto lo establecido en el propio Catálogo o en la normativa específica; como situaciones de incompatibilidad, “...porque difieran entre sí en cuanto al horario de apertura y cierre reglamentariamente establecido para cada una de ellos, en la dotación de medidas y condiciones técnicas de seguridad, de protección ambiental e insonorización exigibles o en función de la edad mínima o máxima del público al que se autorice el acceso a los mismos”. La incompatibilidad con exigencias de protección ambiental e insonorización se erigen, por tanto como causas impeditivas para la acumulación de actividades en un mismo recinto o establecimiento público.

3.1 Régimen de autorización y actividades clasificadas que lo permiten

1. Establecimientos de hostelería

A la hora de hablar de la instalación de terrazas y veladores, el Nomenclátor realiza una distinción entre los supuestos de establecimientos hosteleros y los establecimientos de ocio y esparcimiento. Si ya la inclusión entre los establecimientos de hostelería de los pubs y locales con ambientación musical supuso una importante innovación en el Nomenclátor de 2018, la propia posibilidad de que estos establecimientos de ocio y esparcimiento encuentren cabida entre los establecimientos que pueden desarrollar esta actividad al aire libre es una de las más significativas, a la vez que manifiestamente criticables, novedades del reglamento. El cambio atiende sin duda a la cada vez más extendida proliferación de establecimientos con ambientación musical que ven en el aire libre un atractivo para garantizarse una clientela de alto poder adquisitivo; y que además tienden a ocupar de forma permanente grandes espacios de la vía pública con mobiliario muy peculiar, a la vez que pomposo, espectacular o aparatoso. Ello aparenta ser más una regularización encubierta que una norma que se haya redactado pensando en mantener el equilibrio entre los derechos de los vecinos al descanso y el de estas peculiares clientelas a disfrutar de su ocio en una ambiente más agradable y saludable que el ruidoso y cargado interior del establecimiento. Pero con

¹⁹ Así lo entiende el párrafo segundo del art. 10.3 del Reglamento, al establecer que: “Lo anterior no será de aplicación a aquellos establecimientos públicos que dispusieran de espacios de usos diferenciados que cuenten con soluciones arquitectónicas que permitan delimitar y separar físicamente los distintos espacios, de tal manera que los accesos a cada espectáculo público o actividad recreativa y su celebración o desarrollo, sean a estos efectos, totalmente independientes unos de otros y cada espacio cumpla todas las condiciones necesarias para el desarrollo de los distintos espectáculos públicos o actividades recreativas”.

solo pensar en la constante apertura y cierre de las puertas del local motivada por la atención a la clientela, si es que permanecen cerradas, comprenderemos cómo es una novedad que puede convertir en absurdas e inútiles las medidas de insonorización impuestas al establecimiento; si es que ello no lleva a la apertura de huecos o ventanucos para favorecer la permeabilidad entre ambos espacios o el servicio de los camareros; si no directamente a garantizar la compartición de la música entre ambos ambientes, como venía sucediendo ya en no pocas ocasiones en la situación anterior a la aprobación del Reglamento. Ambos preceptos siguen un esquema similar que llega a dificultar la comprensión de cuáles son las diferencias entre uno y otro. Abordaremos los aspectos comunes en la exégesis del art. 11, y las especialidades de los supuestos de establecimientos de ocio y esparcimiento en el estudio del precepto siguiente; dejando las peculiaridades de las posibilidades de ambientación musical, auténtica ignominia de la nueva regulación, para el siguiente subapartado.

La terraza o velador adquiere una dimensión de dependencia, accesoriedad respecto del establecimiento del que sirve de expansión. La norma, en su apartado 1, enfatiza esta relación de dependencia al definirlos como anexos o accesorios a los establecimientos públicos. Aunque ya no se hace referencia a la necesidad de que el establecimiento cuente previamente con la oportuna licencia o instrumento administrativo que habilite el ejercicio de la actividad reglada, tal exigencia es obvia. Sería impensable sugerir la posibilidad de concesión de licencias de terraza o velador respecto de establecimientos sin licencia, aunque ésta estuviera *en trámite*; como realidad que esconde la inexistencia de un título administrativo, incluso comunicación previa o declaración responsable, que amparara el inicio de la actividad.

El apartado 1 del art. 11 sienta bien claro cómo la competencia para la regulación de terrazas y veladores ubicadas en la vía pública y en otras zonas de dominio público por parte de establecimientos de hostelería es netamente municipal. Éstos son considerados como anexos o accesorios a establecimientos públicos que conforme al Catálogo ostenten la condición de establecimientos de hostelería. Este criterio de accesoriedad y garantía de respeto de las condiciones de la concesión de la autorización vía declaración responsable de la actividad principal, quedaba más marcadamente reforzado en el Proyecto del Reglamento; donde se recogía un párrafo segundo al apartado 1 del art. 10 que exigía la debida obtención del medio de intervención municipal aplicable²⁰.

Si relacionamos este concepto con el Catálogo, veremos cómo la norma está haciendo referencia, con indiferencia por su ubicación tanto en suelo público o privado, a los establecimientos de hostelería tanto con música como sin música; y dentro de los primeros también los establecimientos especiales de hostelería con música. La

²⁰ “No se autorizará la instalación de terrazas o veladores, sin que previamente se haya sometido la apertura del establecimiento público de hostelería del que dependen, a los medios de intervención municipal que correspondan y en los casos que proceda, el municipio haya verificado el cumplimiento de los requisitos y condiciones que se indican en la declaración responsable previa a la apertura”.

expansión a la calle de los establecimientos con música, como acabamos de decir, es una de las grandes diferencias con el régimen anterior.

La norma realmente no deja claro el tipo de instrumento de intervención administrativa propio de la instalación de terrazas o veladores en la vía pública o espacios de dominio público. El definitivo art. 10.1²¹, recuerda, eso sí, que, dada la existencia de una ocupación de espacios públicos, se requerirá de licencia municipal. Pero acto seguido advierte que la actividad habrá de sujetarse a los términos y condiciones que se determinen expresamente en las correspondientes ordenanzas o disposiciones municipales, de acuerdo con lo establecido en el Decreto. Esta ambigüedad, o más bien neutralidad, permitiría la coexistencia de regímenes de declaración responsable en cuanto a la actividad, compatibles con la obtención de licencias municipales para ocupación del terreno conforme a la normativa de cada municipio; pero a su vez la posibilidad de integrar esa autorización para el uso de espacios públicos con la exigencia de cumplimiento y acreditación de determinadas condiciones de uso, entre las que podrían encontrarse sin duda exigencias de adecuación a la normativa medioambiental. No es que con la regulación que disponga cada Ayuntamiento deba entenderse que se dan cumplimiento a las exigencias de protección medioambiental en la instalación de una terraza o velador; pero los Ayuntamientos pueden tener en cuenta exigencias lógicas de la protección del medio ambiente contra los focos de ruido que son las terrazas o veladores al aire libre a la hora de condicionar la concesión de las licencias municipales²². Recuérdese en cualquier caso el severo mandato del art. 2.2, común tanto a la actividad principal como a su expansión hacia el aire libre.

Una de las cuestiones más comprometidas a las que se enfrenta el Nomenclátor de 2018 es sin duda el de las ubicaciones posibles de terrazas y veladores. La propia lectura literal de la proposición normativa que la recoge –art. 11.2- deja una pista muy clara de que la norma es fruto de algún que otro apresurado retoque; toda vez que termina la frase hablando de “...otro uso terciario no previsto en el anterior, ...”. Desde

²¹ “De conformidad con lo establecido en la legislación patrimonial, los municipios andaluces podrán regular la instalación de terrazas o veladores en la vía pública y en zonas de dominio o uso público, destinados exclusivamente a la consumición de bebidas o comidas, anexas y accesorios a establecimientos que tengan la clasificación de establecimientos de hostelería de conformidad con el Catálogo. La instalación estará obligatoriamente sujeta a autorización previa municipal, en los términos y condiciones de funcionamiento que se determinen expresamente en las correspondientes ordenanzas o disposiciones municipales, de acuerdo con lo previsto en este decreto”.

²² Conforme a la anterior regulación, y desde la perspectiva de una visión demanialista de la potestad municipal de concesión de licencias para la ocupación de la vía pública para instalación de terrazas o veladores, la jurisprudencia solía exigir cierto margen de ponderación a la hora de valorar decisiones municipales de prohibición o restricción en la concesión de las licencias basadas en la existencia de ruidos o molestias al vecindario. Éste sería el ejemplo de la STSJ de Andalucía con sede en Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, Secc. 2ª, de 13 de enero de 2005; en la que se niega la posibilidad de denegación de una licencia de veladores por el solo hecho de que conste la oposición vecinal, al considerar que debía haberse llevado a cabo una ponderación de los intereses en juego y hacer predominar aquellos necesitados de una mayor protección; así como de la sentencia de la STSJ de Andalucía con sede en Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, Secc. 2ª, de 17 de noviembre de 2011, en la que ese mismo interés de garantía del descanso de los vecinos es considerado justificación suficiente para reducir en dos tercios el número de mesas cuya instalación se pretendía. Procurar el descanso nocturno de los vecinos se consideró en este caso concreto una razón suficiente para imponer tal reducción.

el punto de vista gramatical, esa dicción carece de sentido; toda vez que ese *no previsto en el anterior* adolece de sujeto que le sirva de referencia. Esa aparente errata encuentra cierta continuidad en la última proposición normativa del mismo apartado, que parte de la perfecta definición de los supuestos en que sí sería factible la instalación de terrazas o veladores para determinar cuándo la autorización en concretas ubicaciones debe estar motivada en el cumplimiento de objetivos de calidad acústica en las *áreas de sensibilidad habitada*; como concepto jurídico indeterminado que carece de un parangón claro en la LGICA o normativa de desarrollo. Esta voz no puede encontrar otro sentido, dada la imposibilidad de establecer un símil a un concepto tan concreto como es el del suelo de predominio de uso residencial, que el de espacios del suelo donde la presencia de usos residenciales tuviera un mínimo de relevancia; no necesariamente un suelo exclusiva o predominantemente residencial. Cuando la Parte Expositiva, en su párrafo quinto del apartado IV, habla de *zonas residenciales*, no está estableciendo un término de equiparación; se utiliza una expresión coloquial, más bien didáctica, más cercana a la idea de suelo residencial que al del área de sensibilidad habitada. Para una mejor comprensión de una de las normas que requiere de unos mayores conocimientos técnicos de la normativa sobre protección medioambiental andaluza, comenzaremos por recordar su contenido:

“Las terrazas y veladores se ubicarán, de conformidad con la normativa de protección acústica, preferentemente en áreas no declaradas zonas acústicas especiales y que además sean sectores con predominio de suelo de uso recreativo, de espectáculos, característico turístico o de otro uso terciario no previsto en el anterior, e industrial. La instalación de terrazas y veladores en zonas acústicas especiales y en sectores del territorio distintos a los anteriores deberá estar motivada en el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica en las áreas de sensibilidad habitada”.

Aparte de dar contenido a los distintos conceptos jurídicos medioambientales que maneja, hemos de partir sin duda de su precedente inmediato, reflejado en el Proyecto del Nomenclátor de 2018, y la escasa referencia que se hace en la Parte Expositiva a la justificación de la regulación. Solo valorando la repercusión que una y otra fuente tienen en la norma definitiva podremos hacer un primer acercamiento a lo que el redactor del Reglamento pretendía decirnos.

Como dijéramos en mi anterior trabajo al hilo del comentario al Proyecto de Nomenclátor, éste trataba, al menos aparentemente, de apartar los veladores de los cascos urbanos; tal y como se desprende de la lectura del apartado 2 de su art. 10: *“Las terrazas o veladores se ubicarán, de conformidad con lo establecido en la normativa de contaminación acústica, en áreas de sensibilidad acústica clasificadas por el municipio como Tipo b (sectores del territorio con predominio de suelo de uso industrial), Tipo c (sectores del territorio con predominio de suelo de uso recreativo y de espectáculos) y Tipo d (sectores del territorio con predominio de suelo de uso característico turístico o*

de otro uso terciario no previsto en el anterior), que no estén declaradas zonas acústicas especiales”. Si nos damos cuenta es aquí de donde viene el error del redactor de la norma a la hora de dejar desnudo de referente ese *uso no terciario previsto en el anterior*. La norma continuaba sin un referente directo; pero la utilización de un sistema de listado exhaustivo permitía identificar los usos con predominio de uso característico turístico y de otro uso terciario no previsto con los sí mencionados expresamente. Y ello nos permitía llegar a dos obvias conclusiones: La posibilidad de colocación de terrazas o veladores en suelo predominantemente industrial, o de uso recreativo, de espectáculos, característico turístico o de otro uso terciario no previsto en la anterior relación; y la prohibición inicial de colocación de los mismos tanto en áreas de sensibilidad acústica declaradas zonas acústicas especiales, porque así lo exige explícitamente la propia norma, como en áreas de sensibilidad acústica no relacionadas en tal lista cerrada. En lo opuesto a tal lista cerrada, y por exclusión del concepto de uso terciario, entrarían a formar parte los usos clasificados en los denominados Tipos a), e) y g); es decir: suelos predominantemente residenciales, sanitarios, educativos, culturales o espacios naturales que requieran de una especial protección acústica –arts. 70 de la LGICA y 7 del RPCA-. Así se colegía de la correlación entre dicho precepto y la excepción definida en la Disposición Adicional Tercera del Proyecto de Nomenclátor. Esta norma se establecía como excepción a esa regla general de prohibición; aunque la norma del Proyecto de Reglamento previera la posibilidad de establecer en la autorización “...cuantas restricciones, límites y condiciones de instalación, funcionamiento y horario sean precisos para garantizar los derechos a la salud y el descanso de los ciudadanos en función de sus características de emisión acústica, sin perjuicio del obligado cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12, de acuerdo con la normativa de protección contra la contaminación acústica”. De este modo, solamente las zonas acústicas especiales quedaban vedadas de forma absoluta a la posibilidad de expansión de la actividad hostelera hacia la calle; la Disposición Adicional Tercera abría las puertas a un régimen excepcionador, basado además en el establecimiento de criterios valorativos tan abiertos que acercaban el supuesto a genuinas situaciones de práctica discrecionalidad.

La Parte Expositiva, trata de justificar en el párrafo quinto del apartado IV la nueva regulación; estableciendo para ello un criterio de ubicación preferente en *zonas no residenciales*, al objeto de, nos dirá, “...compatibilizar su instalación con el derecho al descanso de la ciudadanía”. En un alarde casi de ironía, la siguiente explicación lo que hace es no desarrollar esta idea; sino, a modo casi de consecuencia, explicar que se ha tomado la decisión de ampliar tal posibilidad de colocación de terrazas y veladores a establecimientos de hostelería con música y de ocio y esparcimiento. Pero no nos interesa tanto criticar el discurso lógico de la norma como advertir que precisamente el estándar de protección de la norma se centre en las zonas residenciales y en la garantía, como objetivo, del descanso de la ciudadanía.

Aunque el redactor de la norma no haya acertado precisamente en la redacción final del apartado 2 del art. 11, lo cierto es que podemos encontrar un claro paralelismo con su precedente del apartado 2 del art. 10 del Proyecto de Nomenclátor; como norma

que deja de forma más clara reflejado cuál es su verdadero sentido. Podemos establecer, indiscutiblemente, una equiparación entre lo que son sectores con predominio de uso recreativo y de espectáculos con las áreas de sensibilidad acústica del Tipo c; el suelo característico turístico u otro uso terciario no previsto en el anterior con las áreas del Tipo d, y el suelo industrial con las áreas del tipo b. El resto de las áreas de sensibilidad acústica, es decir, “...aquéllas distintas a las anteriores... [usos]...”, entre las que tendrían una posición destacada las áreas predominantemente residenciales, así como las zonas acústicas especiales, nos dirá la última proposición normativa del apartado 2, quedan excluidas de la posibilidad de autorización de colocación de veladores en la vía pública y en otras zonas de dominio público. Ha de destacarse, además, que los suelos sanitario, escolar, cultural o espacios naturales habrían de ser objeto igualmente de la regla de exclusión, al establecer la norma un criterio definitorio de naturaleza negativa: los sectores del territorio *distintos a los anteriores*; sí claramente definidos. La norma, por tanto, supera claramente la referencia de la Parte Expositiva del Reglamento.

Hasta aquí la regla general. Ahora bien, el redactor del Reglamento decide traspasar la cláusula de excepción de la Disposición Adicional Tercera del Proyecto a esta última proposición normativa del apartado 2 del art. 12; y ello para, en una clarísima concesión al sector hostelero, permitir que en uno y otro supuestos de excepción pueda concederse la autorización en una resolución motivada “...en el cumplimiento de objetivos de calidad acústica en las áreas de sensibilidad habitada”. La norma no especifica si esta posibilidad de autorización haya de tener relación con una autorización específica a solicitud del interesado o puede establecerse a través de una norma de carácter general referida a determinadas zonas y categorías de establecimientos. Las dos posibilidades podrían tener cabida en la norma; aunque la primera hubiera de tener por base la inexistencia de una norma prohibitiva en la correspondiente ordenanza reguladora a que se refiere el apartado 1 del comentado art. 11. Y aunque la referencia a *áreas de sensibilidad habitada* pareciera tener un correlato directo con la referencia que se hace a zonas residenciales en la Parte Expositiva, como ya hemos anticipado, es obvio que ello no puede interpretarse privando de sentido jurídico a la técnica de exclusión que se hace a supuestos de áreas de sensibilidad acústica distintas a las descritas inmediatamente antes. Carece de sentido forzar la posibilidad de establecer excepciones cuando hablamos del sector que con más contundencia puede ser sometido a los envites de la contaminación acústica procedente de veladores y terrazas, pero mostrarnos rígidos en cuanto respecta a los sectores sanitario, escolar, cultural o espacios naturales; que podrán o no verse afectados, según las circunstancias a esa mayor presión acústica propia de la instalación de terrazas o veladores²³.

²³ Por poner un ejemplo, una terraza con horario vespertino/nocturno no tendría que tener la más mínima influencia en una zona escolar con horarios normalizados.

En cualquier caso, la norma establece un límite que, lege data, se convertirá en un auténtico baldón a cualquier tentativa de las corporaciones locales andaluzas de mantener en el tiempo la generalizada conquista del suelo público de las áreas residenciales. Ya sea en cuanto a las nuevas licencias que se soliciten, ya sea cuando las actuales deban ser objeto de solicitud de prórroga, será condición ineludible que los objetivos de calidad acústica en el área de sensibilidad habitada en cuestión se cumplan. La norma, ciertamente, carece de la contundencia del art. 12 del Proyecto de Reglamento²⁴. Sin embargo, la referencia que se hace al principio del apartado 2 al respecto de la normativa sobre contaminación acústica y en el último inciso a la motivación en base al cumplimiento a los objetivos de calidad acústica no dejan duda de que estas regulaciones afectantes a zonas en principio no permitidas o licencias concretas no se pueden establecer ni conceder como no sea mediante la no superación de estos objetivos de calidad. Y ello supone que los mismos deben estar establecidos por los correspondientes instrumentos administrativos; y que el área de sensibilidad concreta en el que se pretenda la instalación o bien no los supere con anterioridad a la solicitud, o pudiera no superarlos como consecuencia de la concesión de la licencia. La necesidad de sometimiento cuando menos a un estudio ambiental es más evidente en estos casos en los que se pretende excepcionar la regla general de prohibición.

Nos enfrentamos, no obstante a generalizados ejemplos de arregulación; en los que los objetivos de calidad acústica siquiera están marcados. El dilema jurídico que ello representa es realmente complejo; pues la dejación administrativa podría colocarnos en una auténtica tierra de nadie. La coherencia jurídica con la norma, en sí restrictiva, habría de dar como solución la imposibilidad de autorizar la instalación de terrazas o veladores en aquellas zonas en que no se hubieran marcado los objetivos de calidad acústica; considerando su propia existencia un presupuesto sobre el que poder establecer la obligación legal de respeto de tales objetivos como ineludible exigencia para el legítimo ejercicio de la actividad hostelera en la calle. La ausencia de un instrumento administrativo que establezca los objetivos de calidad en un determinado área de sensibilidad no podría poner en mejor condición a quien desarrolla tal actividad sin contar un parámetro que permita definir su incidencia real sobre la calidad acústica de una zona determinada, que a quien pretende desarrollarla con unos objetivos que no se ven respetados. El silencio de la norma solamente puede ser interpretado de esta forma.

²⁴ “Artículo 12. Requisitos de funcionamiento de terrazas o veladores en vías públicas y en zonas de dominio o uso público y otros espacios al aire libre o descubiertos.

Los establecimientos públicos de hostelería o de ocio y esparcimiento que obtengan la autorización municipal para la instalación de terrazas o veladores en vía pública o en zonas de dominio o uso público en los términos previstos en los artículos anteriores o cuenten con espacios privados descubiertos o al aire libre destinados exclusivamente al consumo de bebidas y comidas de acuerdo con sus condiciones de apertura, deberán asegurar el cumplimiento de la normativa medioambiental en general y de contaminación acústica en particular, garantizando el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica para ruidos, aplicables al espacio interior habitable de edificaciones destinadas a vivienda, usos residenciales, hospitalarios, educativos o culturales y administrativos o de oficinas (en dBA) y los valores límite de inmisión de ruido previstos en la normativa de contaminación acústica, en la fachada de la edificación más expuesta a la terraza o velador, debiendo impedir además con los medios personales y técnicos que sean precisos, que el servicio a los clientes de la terraza o de los espacios al aire libre inhabilite las preceptivas condiciones de insonorización del establecimiento público”.

Obrar de otro modo equivaldría a abrir las puertas a una sencilla burla de la norma, que quedaría al albur de una iniciativa municipal que, con solo quedar inactiva, permitiría la instalación de veladores por todo el espacio urbano habitado, independientemente del deterioro real de la calidad acústica en determinadas zonas de la ciudad.

El art. 18 del RPCA, distingue hasta cuatro modalidades diversas de zonas acústicas especiales: Las zonas acústicas de protección acústica especial, las zonas de situación acústica especial, las zonas acústicas saturadas y las llamadas zonas tranquilas²⁵; que son desarrolladas en los preceptos siguientes. Todas parten del denominador común del no cumplimiento de los objetivos de calidad acústica en la zona acotada; y en la necesidad de aprobación de planes zonales específicos que tiendan a garantizar la consecución de tales objetivos. Pero si dichos preceptos permiten regímenes de mejora progresiva en los objetivos de la calidad acústica, el art. 11.2 del Nomenclátor de 2018 no deja lugar a dudas de que la concesión de la licencia para la instalación de terrazas o veladores en la vía pública se condicionará siempre a su motivación en el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica en el área de sensibilidad donde esté ubicado el establecimiento hostelero. No caben prórrogas o adaptaciones progresivas; el objetivo de calidad acústica debe estar garantizado previamente a la concesión de la autorización, y como consecuencia de su puesta en funcionamiento.

La confrontación entre zonas acústicas especiales y zonas con predominio de suelo característico turístico puede llegar a provocar evidentes tensiones jurídicas. La zona acústica especial no es tal porque se superen los objetivos de calidad acústica; requiere de una declaración formal, tras la tramitación del correspondiente expediente administrativo. Pero resulta que los suelos predominantemente turísticos coexisten con viviendas habitadas que nada tienen que ver con la actividad turística; y a la vez con el concepto de áreas de sensibilidad habitada con que termina el art. 11.1 del Nomenclátor de 2018. En sí el conjunto de estas formas conforman una auténtica paradoja jurídica. Si una zona de suelo predominantemente característico turístico no está sujeta a las exigencias propias de las zonas acústicas especiales hasta que fuera declarado como tal²⁶, los objetivos de calidad acústica derivados de la normativa sobre protección acústica podrían forzar al respeto de los mismos; y servir en consecuencia de obstáculo para la concesión de licencias de instalación de terrazas o veladores. Si además existe una declaración de zona acústica especial, el incumplimiento de los objetivos traería

²⁵ Realmente las zonas tranquilas, tanto de aglomeraciones como de campo abierto, suponen una excepción a las anteriores. Se trata de zonas en las que precisamente la intención de la planificación acústica es la de mantenerlas por debajo de los niveles establecidos para su área de sensibilidad; y las segundas, en concreto, como zonas tranquilas sin aglomeración no perturbadas por el ruido procedente del tráfico, las actividades industriales o las actividades deportivo-recreativas –art. 3 del RPCA-. En ambas la finalidad del plan zonal específico no es la de restituir o conseguir la reducción de contaminantes para adaptar el área a las exigencias de calidad acústica, sino impedir el incremento de los niveles sonoros ambientales existentes en ellas –art. 22.2–.

²⁶ Recuérdese que el RPCA marca unos objetivos de calidad acústica para éstos menos ambiciosos que en las zonas residenciales. Véanse en este sentido los dos anexos del art. 9.1, con diferencias de hasta 10 dBA.

como consecuencia la imposibilidad de concesión de la licencia. Sin embargo, la predominancia del uso turístico deja realmente en una situación realmente comprometida a los sufridos habitantes de extensas zonas de nuestro litoral y cascos históricos de ciudades andaluzas; que han de verse en la tesitura de hacer valer el respeto de la normativa sobre contaminación acústica, frente a una regulación que favorece notablemente la concesión de licencias.

La norma se asegura igualmente de acotar, como regla general, la actividad que puede desarrollarse en espacios públicos. Terrazas y veladores solamente podrán dedicarse, salvo las excepciones que el propio reglamento desarrolla con posterioridad, a la *consumición de bebidas y comidas*. La limitación alcanza, a nivel de prohibición, a la actividad de baile –Anexo, Apartado III.2.7, párrafo tercero, nº 5–.

Destaca, por último, la gran novedad que supone la nueva situación de los espacios privados al aire libre o descubiertos, como posible ubicación de terrazas y veladores, destinados a la finalidad común de servir comidas y bebidas. El anterior Nomenclátor, en el Anexo II, apartado III.2.8, sometía a la *previa autorización municipal* tales instalaciones. La norma trataba de igual forma a éstos que a las terrazas o veladores ubicados en la vía pública. Era evidente que si los espacios al aire libre ubicados en un establecimiento hostelero (azotea, soportal, balcón, jardín...) formaban parte del local y estaban sometidos a una misma autorización, la advertencia de su sometimiento a previa licencia sería superflua. Sin embargo, la nueva regulación del Nomenclátor de 2018 –art. 11.3– simplifica el régimen de estas terrazas ubicadas en zonas privativas al aire libre; siendo sometidas, como partes integrantes del establecimiento, a la regulación propia de la actividad hostelera. Con buen criterio, se toma la decisión de integrar esa expansión hacia *superficies privadas abiertas o al aire libre o descubiertas*; de suerte que, sometidas al mismo régimen de apertura o instalación del establecimiento público donde se instalen, habrán de formar parte de la declaración responsable inicial o de la correspondiente a la instalación como modificación, ya no necesariamente sustancial, de las condiciones de funcionamiento de la actividad. Seguirán la misma suerte que el establecimiento al que pertenecen, pero su diseño y potencialidad contaminante, obviamente, merecerá un capítulo específico en el estudio acústico. El redactor del reglamento, sin embargo, dificulta tremendamente la exégesis de tal regulación; cuando somete a estas terrazas y veladores, aparte de lo que establezcan las correspondientes ordenanzas y al mandato del Decreto, a las previsiones del apartado 2 del art. 11. Ello significa, obviamente que el supuesto está sujeto, como no podía ser de otra forma, a las exigencias del articulado del Nomenclátor de 2018, del que no es una excepción; y entre ellas a las exigencias de respeto de la normativa de protección acústica; así como que las autoridades municipales pueden dictar ordenanzas que modalicen o restrinjan su instalación. Pero la relación con el apartado anterior solamente puede ser entendida en el sentido de que las mismas prohibiciones de ubicación en zonas acústicas especiales y áreas de sensibilidad de entre las no referidas en el mismo, salvo que se garantizaran los objetivos de calidad acústica, serían aplicables a cualquier instalación de terraza o velador, independientemente del carácter público o privado del suelo en que se asienten.

A contrario sensu de lo dispuesto en el siguiente precepto, no existe incompatibilidad en los establecimientos hosteleros para la instalación de terrazas o veladores cuando el establecimiento disponga de superficies privadas para su instalación. Obviamente, si el suelo privado pertenece a una comunidad o mancomunidad horizontal, el hostelero habrá de someterse a las exigencias propias de las normas estatutarias o de uso de las zonas comunes; de las que dependerá o no la necesidad de pedir una autorización expresa a la comunidad.

Para terminar con este extenso subapartado, hemos de destacar que el hecho de que el legislador finalmente haya optado por hacer desaparecer el gratificante art. 12 del Borrador de Nomenclátor, no significa en modo alguno que no sean de aplicación sus exigencias tan detalladamente descritas. El aseguramiento del cumplimiento de la normativa medioambiental en general y sobre la contaminación acústica en concreto; la garantía del cumplimiento de los objetivos de calidad acústica para ruidos, “...aplicables al espacio interior habitable de edificaciones destinadas a vivienda, usos residenciales, hospitalarios, educativos o culturales y administrativos o de oficinas (en dBA) y los valores límite de inmisión de ruido previstos en la normativa de contaminación acústica, en la fachada de la edificación más expuesta a la terraza o velador”, y el empleo de medidas personales y técnicas precisas para que el servicio de atención a clientes al aire libre no inhabilite las preceptivas condiciones de insonorización del establecimiento²⁷, siguen siendo una obligaciones directamente derivadas de la exigencia de cumplimiento de la normativa sobre protección acústica, y del respeto de los objetivos de calidad acústica en las áreas de sensibilidad habitada. La norma vuelve a ser una clara concesión al gremio de hosteleros; pero en modo alguno puede considerarse que la solución final vaya más allá de, en cierto modo, difuminar unas responsabilidades y obligaciones que quedan claramente definidas en la normativa medioambiental.

2. Locales de ocio y esparcimiento

Resulta difícil a este respecto destacar cuáles son las diferencias entre los supuestos de establecimientos hosteleros y los establecimientos de ocio y esparcimiento. Sin embargo, el reglamento ha optado por dedicarles un artículo específico: el art. 12.

El Apartado II.11 del Anexo define a la actividad de ocio y esparcimiento como “aquella que consista en ofrecer al público asistente situaciones de ocio, diversión o esparcimiento, en establecimientos públicos habilitados legalmente para ello, basadas en la actividad de bailar en pistas o en espacios del establecimiento público

²⁷ La cita era una referencia clara a la cada vez mayor predisposición de establecimientos hosteleros de abrir ventanales, ventanucos o simplemente quitar parte de la fachada exterior para dar un mejor servicio a los clientes; haciendo inútiles las costosas medidas de aislamiento acústico interior.

específicamente acotados y previstos para ello, en la utilización de equipos de amplificación o reproducción sonora o audiovisuales, en el desarrollo de actuaciones en directo y actuaciones en directo de pequeño formato así como en la consumición de bebidas y, en su caso, de comidas, elaboradas en sus cocinas o precocinadas con las garantías sanitarias correspondientes”.

Es la posibilidad de ofrecer bebidas, y en su caso, comidas, el nexo común con los establecimientos hosteleros que ha llevado al redactor de la norma a abrir las puertas a que estos establecimientos puedan desarrollar tal actividad en concreto al aire libre, bien a través de terrazas o veladores ubicados en la vía pública u otras zonas de dominio público; bien en superficies privadas abiertas o al aire libre. Es tal vez en este momento cuando habremos de hacer un mayor hincapié en recordar que tendrán la consideración de establecimientos abiertos aquellos que no cuenten en toda su extensión de paramentos perimetrales; y que de los abiertos, los establecimientos al aire libre son los que no cuenten con cerramientos o estructuras de cierre superior. Esta diferenciación es plenamente aplicable, obviamente, a las estructuras de establecimientos que den al exterior; por lo que en tanto en cuanto un determinado espacio del establecimiento pueda ser considerado al aire libre, habrá de someterse a las limitaciones propias de éstos; por mucho que se les dote de soluciones de perimetración o acotamiento más o menos abatibles y/o permanentes.

La norma es en sí misma una reiteración casi completa del art. 11. La única diferencia que podemos destacar, aparte de advertir cómo al aire libre, y salvo las excepciones que prevé el propio Nomenclátor, solamente podrá desarrollarse, en principio, la actividad de servicio de bebida y comida a la clientela, no las restantes que sí permite el Anexo, es en lo referente a la limitación que se establece, en sí un tanto incomprensible, de que no podrán éstos instalar terrazas o veladores en la vía pública o en otras zonas de dominio público cuando tengan a su disposición superficies privadas abiertas o al aire libre o descubiertas que formen parte del establecimiento público y que puedan destinarse a tal fin. No basta, por ello con que existan zonas privadas descubiertas que se estén destinando al servicio al público al aire libre para que sea de aplicación la prohibición; ni tampoco se tiene en cuenta la capacidad real de atención al público de estas zonas. La sola existencia de espacios disponibles, sea cual fuere su dimensión, cerraría las puertas a la posibilidad de obtener una licencia de ocupación de la vía pública para la instalación de terrazas o veladores.

Por lo demás, no existen diferencias entre ambos regímenes; toda vez que los apartados 2 y 3 son reproducción de sus homónimos del art. 11. Es de destacar, en cualquier caso, que la abrumadora superior capacidad contaminante de este tipo de actividades respecto de los establecimientos hosteleros, incluso de los dotados de ambientación musical, debería ser un factor a tener en cuenta a la hora de permitir la concesión de licencias en los supuestos excepcionales de zonas acústicas especiales o sectores no incluidos en la regla general de ubicación permitida. Ello habrá de tener un especial reflejo tanto en los correspondientes estudios ambientales como en las resoluciones motivadas de la corporación municipal en que pudiera reconocerse la concesión excepcional.

3.2 La expansión de la ambientación musical como actividad compatible en determinadas modalidades de actividad hostelera: Reproducción de sonido y actuaciones en directo de pequeño formato o acústicos

La actividad musical al aire libre en terrazas, veladores o zonas abiertas privadas de cualquier establecimiento recreativo, chocaba con la prohibición expresa del derogado Nomenclátor. Ésta, y no otra, debía entenderse como la razón por la cual quedaban vedados a los establecimientos con ambientación musical y locales de ocio y esparcimiento. El redactor del Reglamento vuelve a claudicar frente a la presión de un sector hostelero que cada vez con más frecuencia ve en las terrazas con ambientación musical, generalmente dotadas de lujoso y atrayente mobiliario de exterior, una potente fuente de ingresos de un público deseoso de consumir bebidas espirituosas a la luz de la Luna; sin una especial sensibilización ni empatía, obviamente, por los vecinos que tratan de conciliar el sueño. Desgraciadamente, el legislador no está haciendo con la reforma sino legalizar una situación que, ante la dejadez o inoperancia de los ayuntamientos, se estaba convirtiendo cada vez más en una realidad cotidiana en toda la geografía andaluza.

Sin embargo, se da la paradoja de que el Reglamento comienza por establecer una regla general prohibitiva, afectante tanto a la reproducción de música y sonido como a los conciertos de pequeño formato; que no es capaz de respetar ni en el propio precepto –art. 15–, en el que ya se adelanta la existencia de la excepción prevista en sus Disposiciones Adicionales Tercera y Cuarta y los supuestos de autorizaciones de carácter extraordinario. De hecho, el Reglamento rompe incluso con la solución del Borrador de Proyecto de Nomenclátor; donde no se llegaba a recoger ninguna norma que permitiera, salvo el supuesto de autorizaciones de carácter extraordinario, la posibilidad de dotar de ambientación musical a estas formas de expansión al aire libre de la actividad. Esta prohibición inicial abarca tanto a los establecimientos hosteleros como los de ocio y esparcimiento.

Pero la prohibición no solo se establece en el art. 15; pues tiene sus precedentes en el art. 13, en relación con la ambientación musical por aparatos de reproducción, y en el 14 respecto de las actuaciones en directo de pequeño formato. La licencia del establecimiento hostelero podrá abarcar la utilización de equipos de amplificación sonora o audiovisuales, cuando la misma se desarrolle en el interior de espacios fijos, cerrados y cubiertos que se determinan en el Catálogo; siempre, obviamente que tal actividad se incluya en el estudio acústico y forme parte de la declaración responsable, hay que entender. La clasificación que se hace en el anexo de las actividades de hostelería distingue, de hecho, entre establecimientos de hostelería sin música y establecimientos con música, especiales o no. Estos últimos permiten la instalación de equipos de reproducción o amplificación sonora o audiovisuales; y han de desarrollarse, por regla general en el interior de espacios fijos, cerrados y cubiertos del establecimiento. El art. 14 abre las puertas, en esos mismos espacios fijos, cerrados y

cubiertos del establecimiento hostelero, a desarrollar, como complemento de la actividad propia, actuaciones en directo de pequeño formato exclusivamente para la amenización de las personas usuarias de la actividad hostelera. Estas actividades complementarias deben constar y estar previstas en la declaración responsable de apertura del establecimiento o contar con una autorización municipal específica o extraordinaria en el supuesto que proceda. Es importante tener en cuenta que la consideración de una actuación como de pequeño formato no debe suponer una afectación de las condiciones de aislamiento acústico generales del establecimiento; por lo que debe respetar los niveles de emisión e inmisión respecto de las piezas habitables colindantes.

La Disposición adicional Tercera se dedica a regular con generosidad la excepción a la norma prohibitiva respecto de terrazas, veladores y espacios privados al aire libre de los establecimientos hosteleros. Tanto la ambientación musical o audiovisual, como los conciertos de pequeño formato podrán ser autorizados en tales espacios al aire libre por los ayuntamientos por períodos no superiores a cuatro meses en cómputo anual. La limitación a este tipo de autorizaciones vuelve a basarse en la ubicación preferente en las zonas que no sean declaradas zonas acústicas especiales y que además sean sectores con predominio de suelo de uso recreativo, de espectáculos, característico turístico o de otro uso terciario no previsto en el anterior, e industrial. Se repite esta cláusula que ya apareciere en los arts. 11 y 12; y además se somete a la necesidad de resolución motivada en el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica en las áreas de sensibilidad habitada cuando la ubicación corresponda a zonas acústicas especiales o sectores del territorio distintos a los anteriormente descritos. El paralelismo con los arts. 11 y 12 hace innecesario volver a incidir en su exégesis; aparte de volver a recordar que la proliferación de establecimientos con tal actividad hará, más que improbable, imposible el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica en la zona afectada.

La norma continua en su apartado 2 con la posibilidad de la autoridad municipal de establecer las restricciones o límites técnicos y condiciones de instalación y funcionamiento que sean precisas para garantizar los derechos a la salud y al descanso y de los ciudadanos, en función de las características de emisión acústica y de la tipología y ubicación del establecimiento público. Sin perjuicio de lo que puedan establecer las ordenanzas municipales sobre la materia, es evidente que las limitaciones que describe este apartado sí están pensadas para autorizaciones específicas por establecimiento. El carácter excepcional de la norma nos lleva a concluir que el instrumento adecuado no puede ser otro que el de la licencia municipal, una autorización previa. El apartado tercero establece igualmente limitaciones horarias; que abordaremos en el apartado siguiente.

La Disposición Adicional Cuarta, dedicada a los establecimientos de ocio y esparcimiento va todavía más allá en su ambición de contentar al empresariado hostelero. No solo abre las puertas a la música y actuaciones de pequeño formato por períodos de hasta cuatro meses al año, sino que también abre las puertas a las actuaciones en directo, que permiten el uso de aparatos de amplificación sonora, y a la

actividad de baile. El resto del apartado 1 de esta Disposición coincide con el apartado 1 de la Disposición Adicional anterior. Igual sucede en su apartado siguiente; que llega a resumir los apartados 2 y 3 de éste, aunque muestra diferencias con el régimen horario, al remitirse a lo dispuesto en los arts. 17.1 y 18.2. Claudicar más en el interés del gremio hostelero y en detrimento de los sufridos ciudadanos no es posible; más allá del siguiente paso de la absoluta liberalización de las fuentes contaminantes dimanantes de la sociedad del ocio hacia la calle. Como nunca hasta ahora en el Reglamento, se lleva a los sufridos vecinos al único camino de o bien aguantar la música al aire libre hasta cerca de la madrugada, o bien tener que acudir a los Tribunales a hacer valer su derecho al descanso.

El distanciamiento con la solución planteada por el Borrador de Nomenclátor no podía ser más palpable. Esa misma posibilidad de instalación de equipos de reproducción de sonido en espacios al aire libre de establecimientos hosteleros era reconocida en su Disposición Adicional Cuarta. Sin embargo, el ámbito natural de tan excepcional permisión era claramente más estricto que su definitiva redacción. Dicha potestad estaba supeditada a terrazas que estuvieran “...situadas en áreas de sensibilidad acústica clasificadas por el municipio como Tipo b, Tipo c y Tipo d, que no estén declaradas zonas acústicas especiales y se encuentren lo suficientemente alejadas de zonas habitadas”. Ese concepto de alejamiento suficiente de zonas habitadas era en sí un concepto excesivamente difuso; pero al menos aportaba la idea de una seria minimización del posible impacto acústico sobre viviendas no ya colindantes, sino incluso más o menos cercanas al foco contaminante; reduciendo claramente las posibilidades legales de su autorización. El régimen de autorización administrativa quedaba igualmente sometido a un sistema especialmente estricto que ponderaba las garantías del derecho al descanso y a la salud de los vecinos²⁸. Por último, se establecía una fuerte sujeción al horario, que no podría sobrepasar la franja de tiempo entre las 15:00 y las 00:00 horas, sin distinción entre laborables y viernes, sábados y vísperas de festivos. La regulación de los establecimientos de ocio y esparcimiento era bastante similar al de los establecimientos hosteleros; con las solas únicas diferencias de establecer una prohibición absoluta de su autorización cuando los establecimientos estuvieran ubicados en zonas acústicas especiales, y del reconocimiento de un régimen horario más laxo de su régimen horario, nunca más allá de las 02:00 horas.

Ahora más que nunca hemos de clamar nuevamente por mostrarnos exigentes de la consideración de estas actividades como una actividad accesoria que repercute directamente en la potencialidad contaminante acústica del establecimiento público; y que esta circunstancia debería dar lugar a su consideración en el estudio acústico y calificación ambiental, de preverse la instalación o ejercicio de la actividad en el diseño

²⁸ “La autorización municipal será en todo caso previa, expresa y justificada, y deberá establecer preceptivamente cuantas restricciones, límites técnicos y condiciones de instalación, funcionamiento sean precisos para garantizar los derechos a la salud y el descanso de los ciudadanos y para cumplir estrictamente con lo establecido en el artículo 15.4 de acuerdo con la normativa de protección contra la contaminación acústica”. La referencia al art. 15.4 debería entenderse que era al apartado 3 de dicho precepto; toda vez que el art. 15 solamente contaba con tres apartados.

propio de la actividad sometida a declaración responsable, o como situación de cambio de condiciones del establecimiento o actividad recreativa, tal y como sugiere el art. 9.2 del Nomenclátor. La exposición de los vecinos a focos sonoros de notable potencialidad contaminante, y que sin duda podrán poner en riesgo la garantía de no inmisión en piezas habitables cercanas y colindantes hasta los niveles marcados en la LGICA, coincidentes en parte con el horario de descanso nocturno, no puede ser considerada como una simple cuestión de superación genérica de objetivos de calidad acústica en concretas áreas de sensibilidad.

4 El nuevo régimen del horario de apertura

Buena parte de los ciudadanos que cada día del año sin excepción se ven indefensos frente a la presión de un gremio hostelero que cada vez ve más la atención al público en la calle como su principal fuente de ingresos quedaría notoriamente satisfecha con tal que las normas sobre horarios de apertura se adaptaran a sus ritmos de vida, y además fueran respetadas. Solo restringiendo los horarios de apertura y cierre, haciéndolos coincidir con horarios que razonablemente permitieran respetar los períodos de descanso, estaríamos haciendo frente a los más directos y dañinos efectos del ocio nocturno sobre la salud y propia forma digna de vivir de quienes también son ciudadanos. No es que acabemos con los numerosos problemas de salud que acarrea la exposición tantas horas a focos contaminantes; pero al menos estaríamos mitigando los efectos más visibles y dolorosos. Muchos son los que solamente piden que les dejen dormir no mucho más de siete horas durante la noche.

En términos generales, la norma no introduce importantes innovaciones frente al anterior Nomenclátor y las soluciones anticipadas por el Borrador del Proyecto del Reglamento; más allá de la respuesta que había de darse a la nueva realidad de establecimientos que ahora sí pueden expandir su actividad al aire libre y dotarse de ambientación musical por aparatos reproductores y/o amplificadores, música en directo, sea o no de pequeño formato, y baile.

Con carácter general la mejoría sí se constata en una modificación técnica que acaba con el sinsentido de que las terrazas y veladores, lege data, aunque debieran dejar de servir consumiciones a partir de las 02:00 de cualquier día de la semana, pudieran permanecer abiertas y desarrollando la actividad hostelera hasta el momento mismo del cierre definitivo del establecimiento; lo que suponía, aparte de la picaresca de poder dar pie a la dispensación de más consumiciones, que una víspera de festivo la terraza pudiera estar en funcionamiento hasta las 03:30 horas. El art. 22, apartado b, último inciso, introduce una situación equiparable a las obligaciones que tienen los responsables del establecimiento en la instalación cerrada –art. 21-; en el sentido de que los espacios al aire libre habrán de quedar totalmente desalojados y recogidos, como máximo, en el plazo de media hora a partir del momento en que se cumpla la hora límite

Cuando hablamos de terrazas o veladores –art. 22-, y en general de zonas al aire libre en las que se dispensen comidas y bebidas al público, se trate de establecimientos

hosteleros, con o sin ambientación musical en sus zonas cerradas, y establecimientos de ocio y esparcimientos no dotados de ambientación musical, baile o música en directo en dichas zonas abiertas, la regla es bastante sencilla de comprensión y aplicación: corresponde su determinación a cada Ayuntamiento; debiendo compatibilizar su funcionamiento “...con la aplicación de las normas vigentes en materia de contaminación acústica y medioambiental en general y garantizando el derecho a la salud y al descanso de la ciudadanía”. A partir de esta regla general, se imponen dos limitaciones igualmente claras: Por una parte, que los márgenes de apertura y cierre de estos espacios abiertos nunca podrán superar los propios de la actividad de la que son accesorios; por otra que el tope general común, tanto para actividades hosteleras como de ocio y esparcimiento, es el de las 02:00 horas. No rige en este punto la posibilidad de ampliación por viernes, sábado o víspera de festivo a que se refiere el art.17.2. Es de destacar igualmente cómo las posibilidades de ampliación municipal de horarios generales de cierre a que se refiere el art. 23 no afectan a la actividad desarrollada al aire libre. La norma hace referencia a los horarios generales de cierre de los establecimientos públicos mencionados en el art. 17.1. Norma que está claramente excepcionada por el apartado b) del art. 22; que como hemos visto dota de plena autonomía al horario de cierre de dichos espacios abiertos respecto del horario de apertura general.

Pero, como nos tiene ya acostumbrados a estas alturas el redactor del Reglamento, las excepciones a esta regla general no se harán esperar mucho. Este régimen común, de hecho, encuentra ya una excepción en el art. 26; donde la regla cambia, cuando la terraza o velador de establecimiento hostelero, que no de ocio y esparcimiento, se encuentra ubicada en municipios turísticos o zonas de gran afluencia turística. La condición de municipio turístico, que parte de su declaración como tal, al amparo de lo establecido en los arts. 19 y ss. de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía²⁹, o de zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales, declarada en base a lo establecido en el art. 18.3 del Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía³⁰, permite expandir, por decisión municipal, en media hora más el horario de cierre las noches de los viernes, sábados y vísperas de festivos. Ahora bien, esta posibilidad de ampliación se hará depender de que los términos y límites temporales de la declaración sí lo permitan respecto de los horarios generales, de la ubicación preferente, como no podía ser de otra forma en áreas no declaradas zonas acústicas especiales y suelos de los referidos en el art. 11.2; y con posibilidad de autorización en zonas acústicas especiales o suelos distintos a los anteriores, siempre que la misma, igualmente, esté motivada en el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica en las áreas de sensibilidad habitada. En buena parte, una correcta aplicación de

²⁹ A falta de su desarrollo reglamentario, las condiciones para la declaración de una población andaluza como municipio turístico han de encontrarse en el anterior en el tiempo Decreto 158/2002, de 28 de mayo, de Municipio Turístico.

³⁰ “Se considerarán zonas de gran afluencia turística los términos municipales o parte de los mismos en los que, en determinados períodos del año, la media ponderada anual de población sea significativamente superior al número de residentes o en los que tenga lugar una gran afluencia de visitantes por motivos turísticos”.

este régimen especial nos llevaría irremisiblemente a su inaplicación. Con la única excepción de suelos ubicados fuera de zonas habitadas, y teniendo en cuenta que tanto los municipios turísticos como las zonas de gran afluencia turística no se ven excepcionados de la obligación de respeto de la normativa sobre contaminación acústica –arts. 11.1-, la tónica general habrá de ser, desgraciadamente, el no respeto de los objetivos de calidad acústica en las áreas de sensibilidad habitada; lo que con más motivo impediría la posibilidad de ampliar un horario, cuando la propia instalación pudiera ser en sí misma discutida.

El art. 28 prevé respecto de los supuestos del art. 26, que se definen como acogidos a horario especial, la posibilidad de suspensión o prohibición del horario especial autorizado o en trámite; siempre y cuando respecto de los establecimientos acogidos o que pretendan acogerse a este horario especial, *“...no mantengan o incumplan las condiciones y requisitos legal y reglamentariamente exigibles, se constaten molestias a la vecindad, como contaminación acústica y suciedad, o desórdenes en el entorno, como problemas de orden público o de seguridad ciudadana”*. Es de destacar cómo el legislador muestra una especial preocupación porque los locales ubicados en zonas turísticas no gocen de la media hora de posible ampliación de aperturas de terrazas o veladores. Sin embargo, cuando estos mismos comportamientos o incumplimientos afectan a establecimientos no ubicados en zonas turísticas, o que sí estándolos, no hayan solicitado la ampliación de horario, se deja a lo que establezcan las ordenanzas municipales en cada población. Por media hora no parece que hubiera hecho falta entretenerse en redactar una norma de tan comprometida aplicación.

La siguiente excepción, como no podía ser de otra forma, afecta a las terrazas o veladores de establecimientos hosteleros dotadas de equipos de reproducción o amplificación sonora o audiovisuales y actuaciones en directo de pequeño formato a que se refiere la ya comentada Disposición Adicional Tercera. En este caso, llega a reinar algo de razonabilidad en el legislador; que pone como tope máximo inamovible la franja de tiempo que va desde las 15:00 horas³¹ y las 00:00 horas de cada día sin excepción. La concreta autorización municipal, sin embargo, podrá establecer una restricción mayor, *“...considerando las características de emisión acústica, ubicación y condiciones técnicas de la terraza o velador y del establecimiento público del que dependan”*. Lógicamente, partimos de la posibilidad de autorización de esta actividad excepcional.

El redactor de la norma, permítaseme la licencia, ya *echa el resto*, a la hora de regular el supuesto excepcional de la Disposición Adicional Cuarta; según la cual se permite la dedicación excepcional de terrazas o veladores, actividades al aire libre en general, por establecimientos de ocio y esparcimiento, a actividades de ambientación musical con o sin aparatos amplificadores, actuaciones en directo, que no simples

³¹ Destaca cómo en una tierra, como Andalucía, en la que se valorizan tanto los efectos positivos de la siesta, entendida siempre con moderación, y nunca desde un punto de vista peyorativo de contrariedad con la aptitud para el trabajo de quienes con orgullo solemos practicarla, el legislador haya permitido la ambientación musical en la calle en franjas horarias que hasta ahora se habían considerado sagradas; especialmente cuando coinciden con la denominada como canícula.

actuaciones de pequeño formato, y baile. Cuando resulta que la actividad contaminante alcanza todo su esplendor, la respuesta del legislador no es otra que la de mostrarse más laxo todavía. Ciertamente, la norma vuelve a condicionar el ejercicio de esta actividad a la garantía de los derechos a la salud y al descanso de la ciudadanía; para lo que permite a la autoridad municipal imponer restricciones, límites técnicos y condiciones de instalación, funcionamiento y horario, en función de las características de emisión acústica del foco emisor y de la tipología y ubicación del establecimiento público; lo que de por sí debería dar lugar a interpretaciones radicalmente restrictivas de la regla excepcional. Pero dar pie a que una orquesta con amplificación musical pueda estar amenizando una boda hasta las 02:00 horas de un viernes o sábado, pudiendo generar molestia a centenares de vecinos hasta distancias insospechadas da realmente qué pensar. La norma, efectivamente, con esa incompleta remisión que se hace a los arts. 17.1 y 18.2, debe entenderse que marca ese límite de horario; y en ningún caso algo que sería ya inaceptable e ignominioso: pretender que la referencia que se hace a esos dos preceptos, y no al art. 22; lo que comportaría su sumisión a un horario de cierre hasta las 06:00 horas de cualquier día del año, sin más limitación que la prohibición de apertura cada día antes de las 12:00 de la mañana. Si el art. 22 marca la regla general propia del momento de cierre de terrazas, veladores y espacios al aire libre en general a las 02:00 horas de una forma tan taxativa –*en ningún caso*–, la referencia a esos dos preceptos no puede ser entendida como una implícita excepción con tan dramáticas consecuencias para la ciudadanía que pretende arrancar unos minutos siquiera para poder dormir durante la noche o la madrugada. No pueden entenderse los arts. 17.1 y 18.2 si no es con el complemento del art. 22,b); que les sirve de incontestable excepción. Sería, además, ridículo poder llegar a entender que, según la literalidad del precepto, art. 22 b), pudiera hablarse de un límite de horario hasta las 02:00 horas para la expendición de comidas o bebidas, pero no para escuchar música a toda potencia o para bailar; máxime cuando la propia norma exige el desalojo y recogida no más allá de media hora después de ese inamovible tope horario. La dicción literal del apartado 2 de dicha Disposición Adicional, además, no se muestra tan concluyente en el sometimiento del supuesto excepcional tan solo a esos dos preceptos que solamente marcan el límite máximo de apertura del establecimiento; lo que es claramente compatible con esa regla general de cierre no más allá de las 02:00 horas referida a los espacios al aire libre de la actividad.

**APROXIMACIÓN A UN MODELO DE DIRECCIÓN PÚBLICA
PROFESIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.
Especial referencia a los municipios de gran población.**

Angel Luis DEL RÍO FERNÁNDEZ

*Técnico de Formación y organización de Recursos Humanos. Ayuntamiento de
Pozuelo de Alarcón (Madrid)*

*Trabajo de evaluación presentado para la obtención del Diploma de Especialización en
Gestión Pública Local. CEMCI. Granada.*

SUMARIO:

1. Introducción
2. Aproximación al significado de la Dirección Pública Profesional
3. El Directivo Profesional en la normativa
4. Regulación actual del Personal Directivo
5. Naturaleza y funciones del Directivo Profesional
6. Permanencia y Cese
7. Perfil de las personas ocupantes de puestos directivos
8. Evaluación
9. Remuneración
10. Régimen de incompatibilidad
11. Conclusiones
12. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La relación entre el nivel político y el funcional ha sido una cuestión que ha ocupado a los estudiosos de la Ciencia de la Administración desde el inicio de la disciplina. Los enfoques han ido transformándose con el tiempo, entendiéndose que más allá de *atribuir a la política el noble arte de gobernar y a los funcionarios la humilde tarea de ejecutar*, el diseño e implementación de las políticas públicas necesitan –entre otros elementos- de un eje que garantice el óptimo funcionamiento de las organizaciones públicas. Esta articulación se hace precisa en el punto de contacto entre los dos niveles clásicos en los que se diferencian las

estructuras burocráticas (político y administrativo) y, desde hace décadas, se identifica generalmente con el nivel directivo. Las citadas transformaciones han apostado por materializar modelos de corte gerencial, en los que se reserva al *directivo público* esa función de interlocución entre la estructura administrativa y el nivel político, en la expectativa de que este nuevo elemento de la estructura sea capaz de canalizar, dar sentido (técnico) y hacer que se ejecuten los designios del gobierno de turno. El sistema administrativo español ha incorporado este nuevo elemento de la dirección pública profesional (DPP), mediante su acogida en la legislación administrativa; si bien todavía de una manera discreta respecto a su contenido y algo desenfocada en lo que tiene que ver con su aplicación. En este sentido, son conocidas las recomendaciones a España de la OCDE respecto a la necesidad de regular la figura del directivo público, en aras de una mayor profesionalidad e imparcialidad.

Así las cosas, el motivo que justifica el presente trabajo es aproximar una posible visión sobre la utilidad del modelo de dirección pública profesional centrandolo en la Administración municipal (especialmente en los municipios regidos por el Título X de la LrBRL) y enfatizando los aspectos que separan la aplicación práctica que encontramos en el común de estas administraciones respecto del modelo ideal de DPP para la Administración local.

Con este trabajo se pretende contribuir a una reflexión concreta e individual en el seno de cualesquiera instituciones locales sobre los aspectos que actualmente caracterizan su modelo de dirección pública, al objeto de ver si alguno de los ingredientes aquí descritos pueden servir para avanzar en la configuración de la dirección pública profesional en dicho gobierno local.

2. APROXIMACIÓN AL SIGNIFICADO DE LA DIRECCIÓN PÚBLICA PROFESIONAL

La Dirección Pública Profesional es considerada como una de las tres figuras de mayor impacto traídas por el Estatuto Básico del Empleo Público del año 2007 que, sin embargo, ha sido insuficientemente desarrollada y tímida o confusamente aplicada hasta la actualidad, cuando no revertida¹. No por ello deja de ser un instrumento de enorme interés para las organizaciones, por lo que dedicamos en las siguientes páginas atención a su contenido y aplicación en la Administración Local y, de manera particular, a su desarrollo en la Administración Municipal. Para ello, introducimos el tema con una síntesis de las principales aportaciones, tomando como referencia otros trabajos anteriores como los desarrollados por los profesores Ramió Matas, Maeso Seco o Jiménez Asensio, cuyas aportaciones consideramos imprescindibles para alcanzar una visión ilustrativa de este asunto en la Administración Local.

3. EL DIRECTIVO PROFESIONAL EN LA NORMATIVA

Antes de la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, y con el fin de comprender después el tratamiento que la legislación local ha ofrecido sobre los órganos directivos, es preciso comentar las referencias normativas a la figura del personal directivo

¹ La Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos incorporó, por ejemplo, regulación sobre esta materia que tiempo después fue derogada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

hechas, en un principio, en el ámbito de la Administración General del Estado. Nos referimos a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE), que en su artículo 6 determina cuáles son los órganos directivos en la Administración General del Estado (Subsecretarios y Secretarios generales; Secretarios generales técnicos y Directores generales; Subdirectores generales), diferenciándolos de los órganos superiores (Ministros y Secretarios de Estado). En este ámbito, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de septiembre de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, entre otras sentencias, indica una preferencia a que estos puestos sean ocupados por personal funcionario de carrera, salvo excepciones muy motivadas.

Lo que se consiguió con la entrada en vigor de la LOFAGE (si bien aún quedaba lejos la configuración de una categoría profesional de directivos en la que, para el acceso al puesto directivo de que se trate, se acrediten las capacidades del ocupante) fue que los puestos titulares de los órganos directivos fueran ocupados por personal perteneciente ya a la Administración (bien a la propia en la que se inserta el puesto en cuestión, bien a otra Administración), para cuyo acceso se exigiera una titulación superior. Pese a este límite respecto a la previa condición funcional de la persona nombrada, la designación seguía siendo libre. Por ello pensamos que, pese a que suponía un avance por restringir la tendencia de que los puestos directivos fueran ocupados por cualquier persona, incluso ajena a la Administración, todavía distaba mucho de ser un sistema profesional en el que se valoraran las capacidades del ocupante.

Posteriormente, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del gobierno local incorpora el Título X en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), donde se prevé un modelo de organización para los municipios de gran población, inspirado en el modelo previsto en la LOFAGE para la Administración del Estado. Así se abre la posibilidad de contar con personal que ejerza funciones directivas sin tener que recurrir al personal eventual.

Con posterioridad se han ido equiparando las figuras recogidas en la LOFAGE con estas figuras directivas comprendidas en el citado Título X. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de junio de 2008 y de 15 de mayo de 2009 establece que *“El artículo 130 de la Ley 7/1985 establece como órgano directivo a los directores generales, y como ya dijimos en nuestra sentencia de 30 de junio de 2008, este personal directivo no tiene que constar en la RPT, ni sus funciones o condiciones de trabajo han de ser objeto de negociación colectiva...pudiendo ser nombrados sin necesidad de convocatoria pública y cesados libremente por la Junta de Gobierno local, por lo que es lógica su consideración como una suerte de altos cargos”*.

Por lo tanto, como hemos dicho, aunque la LOFAGE no es aplicable en el ámbito de la Administración Local, existe cierto paralelismo entre los puestos directivos en la Administración del Estado y los puestos directivos pertenecientes a la Administración Local. Esto conectaría con la conceptualización que entiende que los puestos de la alta dirección local no forman parte de la estructura de función pública sino de la organización político-administrativa (Jiménez Asensio: 2018)

No hay más referencias al personal directivo hasta la publicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, sustituido posteriormente por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público(en adelante TREBEP), que ya en su Exposición de

Motivos del año 2007 evidencia la figura del personal directivo como un factor clave en la modernización de la Administración.

4. REGULACIÓN ACTUAL DEL PERSONAL DIRECTIVO

Hasta la entrada en vigor del EBEP, ha resultado habitual que los puestos directivos hayan sido ocupados, en buena medida, en función de la confianza política o personal de la persona encargada de efectuar el nombramiento, sin existir en realidad criterios de idoneidad para el desempeño del puesto en cuestión. Así lo preveía expresamente el artículo 176.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante TRRL):

(...)

3. Podrán ser desempeñados por personal eventual determinados puestos de trabajo de carácter directivo, incluidos en la relación de puestos de trabajo de la Corporación, de acuerdo con lo que dispongan las normas que dicte el Estado para su confección. En estos supuestos, el personal eventual deberá reunir las condiciones específicas que se exijan a los funcionarios que puedan desempeñar dichos puestos.

Si bien con la entrada en vigor de la norma básica, tal posibilidad quedó limitada para este tipo de empleados al prever que el personal eventual “...sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial...”.

El EBEP recoge, por primera vez de forma expresa, al personal directivo profesional en su artículo 13, si bien no configura un estatuto propio de este personal. Con esta regulación, instaura y reconoce expresamente a esta categoría de personal en el seno de las Administraciones, dando así un paso adelante con respecto a la regulación anterior, ya que permite que sea cada Administración² la que avance hacia un sistema directivo como un sistema profesional, basado en el mérito, capacidad, idoneidad, mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.

La materia relativa al personal directivo profesional está siendo desarrollada por las Comunidades Autónomas a propósito de la aprobación de las correspondientes leyes de desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público. A continuación referimos algunos de estos ejemplos.

Uno de los ejemplos más recientes lo tenemos en la Comunidad Autónoma extremeña, con la aprobación de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, en la que desarrolla la regulación sobre el personal directivo profesional.

Por otro lado, la cámara legislativa autonómica asturiana aprobó en el año 2014 la Ley del Principado de Asturias 7/2014, de 17 de julio, de medidas en materia de función pública y organización administrativa. Esta Ley modifica parcialmente la Ley del Principado de Asturias 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública, introduciendo la figura del directivo público profesional. En tanto que esta norma restringe su ámbito de aplicación a la Administración del Principado de Asturias, no resulta de aplicación para los Ayuntamientos asturianos; pero puede servir de referencia a los efectos de ilustrar el asunto aquí tratado. Otras leyes autonómicas que han incluido alguna regulación al respecto son la Ley 4/2011, de 10 de

² Art. 13 TREBEP: “El Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo (...)”

marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha y la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana.

Pero quizá el caso más destacado, de cara a su aplicación en el ámbito local, sea el de Euskadi, que con la aprobación de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, dedica un capítulo a la regulación del personal directivo público profesional en las entidades locales vascas.

El mapa regulatorio por tanto en materia de DPP es incompleto y desigual; pero sirve de base para que con lo regulado con carácter básico en el TREBEP y en la legislación de régimen local, las administraciones municipales puedan desarrollar su modelo a partir de las previsiones básicas contenidas en la normativa anterior, y trasladarlo incluso a norma reglamentaria en la que se regule el régimen jurídico específico de su personal directivo, configurando un modelo de dirección adaptado a su estructura (obviamente respetando todo lo que esté reservado a la ley y los principios del artículo 13 TREBEP; así como la legislación autonómica de desarrollo o específica de aplicación, en los casos en que exista). A este respecto, será oportuno actuar con las cautelas necesarias para no invadir aquellas materias cuya regulación esté reserva a la Ley; en tanto que los pronunciamientos judiciales no han venido reconociendo competencia en diversas iniciativas regulatorias llevadas a efecto en los últimos años por Entidades Locales, que han visto anulados Reglamentos locales sobre el directivo público en virtud de la aplicación literal del artículo 13 TREBEP antes citado³. A pesar de lo anterior, será de sumo interés, a los efectos del presente asunto, la Sentencia que dicte la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, que ha anunciado, mediante ATS 4683/2018, de fecha 24 de abril de 2018, admitir a trámite el Recurso de Casación presentado por una Diputación Provincial, precisando que *las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes: 1) Si el artículo 13 TREBEP es relevante y resulta de aplicación en la determinación de las competencias de los entes locales para la regulación de su personal directivo. 2) Si entra dentro de las competencias de los entes locales y, en particular, de las Diputaciones Provinciales la regulación de su personal directivo. 3) Si existe una reserva de ley en la regulación del personal directivo de los entes locales y, en ese caso, qué grado de densidad normativa se ha de contener en la norma de rango legal para entender satisfecha la reserva de ley sin menoscabo de la potestad de autoorganización de los entes locales.*

5. NATURALEZA Y FUNCIONES DEL DIRECTIVO PROFESIONAL

Para la correcta comprensión de la naturaleza de los puestos de dirección pública profesional es preciso ubicar esta figura dentro de la estructura administrativa. El personal directivo se encuentra en un escalón intermedio entre dos estratos diferenciados, como son el político y el administrativo. Para la óptima imbricación entre ambos niveles, resulta necesaria la existencia de esta posición intermedia que realice las funciones de engranaje entre ambas esferas.

En la Administración Municipal, específicamente en los Ayuntamientos acogidos al régimen de organización de los municipios de gran población, existe un importante número de

³ Ver Sentencias de TSJ Extremadura de 9 de febrero de 2017, STSJ Valencia de 30 de noviembre de 2012, STSJ Canarias de 21 de junio de 2011 o STSJ Castilla-La Mancha de 7 de mayo de 2010.

puestos a los que la Ley atribuye carácter directivo: los coordinadores generales, los directores generales, el titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local, el titular de la asesoría jurídica, el secretario general del Pleno, el interventor general municipal, el titular del órgano de gestión económico financiera y presupuestaria; así como los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos, de las entidades públicas empresariales locales y empresas públicas.

Las previsiones generales de la Ley -sin perjuicio de las especificidades que en su desarrollo establezca cada reglamento orgánico municipal- pasan por la habilitación a la Alcaldía para la determinación del número de directores, en el marco de la previsión presupuestaria aprobada por el Pleno (atribución contenida en la competencia de la Alcaldía para establecer la organización y estructura de la Administración municipal ejecutiva), y su nombramiento por la Junta de Gobierno Local, con carácter general, entre funcionarios del grupo A1 o, eventualmente, personal no funcionario de acreditada competencia profesional y experiencia, según los casos⁴.

Ahora bien, la función de dirigir en el sector público es una actividad diferente de la de ejercer funciones propias de una titulación determinada. Por ello, las personas seleccionadas para llevar a cabo estos cometidos deben tener, además de unos conocimientos técnicos, unas habilidades adecuadas para ello. Además, los puestos en los que, siendo directivos, se desarrollen funciones en las que se produzca un ejercicio directo o indirecto de potestades públicas o salvaguardia de intereses de la Administración, deberán ser ocupados por personal funcionario.

En relación con las funciones, es fundamental que éstas estén definidas y recogidas en un instrumento válido, y deseable que tengan un alcance suficiente para que el directivo cuente con las atribuciones necesarias para poder desplegar los objetivos de gestión que le sean encomendados. En este sentido, se considera que los puestos directivos deben ser competentes en las siguientes materias⁵:

- Planificación estratégica y operativa del área,
- Dirección y gestión técnica del personal y de los servicios,
- Gestión de la ejecución presupuestaria,
- Modernización, transparencia y gobierno abierto,
- Rendición de cuentas,
- Promoción de la innovación,
- Seguimiento y evaluación de políticas públicas.

Para el ejercicio de sus funciones, el personal directivo debe tener reconocido un amplio margen de iniciativa y dirección sobre determinadas actuaciones, por lo que tales funciones deben ser atribuidas normativamente. Entre las notas que cabe destacar, necesarias para el ejercicio de puestos directivos, estarían las siguientes:

⁴ Sin perjuicio de los requisitos específicos establecidos para determinados puestos (p.e. pertenecer a una escala específica, como la de funcionarios de habilitación nacional; ostentar el título de Licenciado en Derecho, etc.)

⁵ Inspirado en las *funciones de los directivos públicos profesionales* recogidas en el art. 38 de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi.

- Coordinación.
- Liderazgo.
- Responsabilidad.
- Autonomía.

[Además, para la correcta conceptualización de la dirección pública profesional, además de “ubicar” su localización orgánica en la estructura burocrática (en el “territorio de frontera” entre el personal administrativo y los cargos políticos) y de haber delimitado su contenido funcional y competencial, es oportuno acudir a una serie de características que observadores como la OCDE vienen considerando para evaluar el grado de profesionalización de esta clase de empleados en estudios comparados; a saber⁶:

1. *Existencia de una carrera separada para los directivos públicos.*
2. *Promoción de la movilidad de los directivos públicos.*
3. *Reclutamiento a través de un procedimiento centralizado.*
4. *Existencia de un periodo de nombramiento de los directivos públicos.*
5. *Vinculación de la actuación de los directivos públicos al cumplimiento de objetivos.*
6. *Posibilidad de cese de directivos públicos en caso de rendimiento insuficiente.*

6. PERMANENCIA Y CESE

El TREBEP guarda silencio en cuanto a las causas de cese del personal directivo profesional. Si analizamos las leyes antes citadas, que se han ocupado de regular al personal directivo público profesional, observamos, por ejemplo, que la Ley del Principado de Asturias establece que el nombramiento de este personal será a través de “libre designación” (lo que comporta *libre cese*), determina su sujeción a evaluación conforme a un programa anual de objetivos, y prevé el desarrollo de su estatuto regulador a través de norma reglamentaria. Ello nos hace entender que resultaría muy importante que la Administración Municipal regulara un sistema de cese de los puestos directivos en norma reglamentaria que, en su caso, aprobara al efecto⁷.

En el caso de la Ley de Instituciones locales de Euskadi, se establece una interesante novedad respecto a lo regulado hasta ahora en el conjunto de las Administraciones Públicas del Estado pues, si bien el nombramiento es discrecional, prevé la formación específica de los candidatos en función directiva y la posible participación del IVAP (Instituto Vasco de Administración Pública) para llevar a cabo un proceso de acreditación de competencias. Respecto a la permanencia en el puesto, contempla la continuidad del directivo, siempre que los resultados de su evaluación sean satisfactorios y, una vez finalizado el mandato de la autoridad que le designó, hasta el 31 de diciembre del año siguiente, tras cuya fecha se revisará la designación discrecionalmente.

⁶ FEDECA. “El Estatuto del Directivo Público”. Septiembre 2018. (Pág. 10)

⁷ Ello con las salvedades comentadas en el apartado “Regulación actual del personal directivo”.

En todo caso, en la medida que la designación se efectúe basándose en criterios competitivos, el cese no debería ser discrecional. Parece conveniente que el puesto mantenga una estabilidad mínima necesaria para la eficacia en el desempeño de las funciones que los puestos directivos tengan encomendadas.

Recopilamos a continuación diferentes posibilidades en cuanto al cese:

- Dotar al puesto de un carácter permanente y fijar, como única posibilidad de cese, la ineficiencia en la gestión, en base a los resultados obtenidos.
- Realizar una designación por período de tiempo determinado. El cese se producirá entonces por el transcurso del tiempo establecido o por resultados ineficientes en la gestión antes de transcurrido ese tiempo.
- Designación por período de tiempo determinado, con posibilidad de prórroga por igual período, siempre que los resultados de la gestión hayan sido buenos.
- Establecer que la remoción del puesto sea discrecional si cambia el responsable político que le designó.
- Remoción del puesto discrecional en todo caso y en cualquier momento.

Esta graduación en las soluciones depende del grado de profesionalización del personal directivo por el que se haya optado, pasando del grado más elevado (el primero) al más débil (el último).

Los Ayuntamientos a los que es aplicable el Título X típicamente despliegan en su estructura un importante número de puestos directivos. Lo hacen sobre una organización que no siempre es suficientemente madura –en función de *cuánto* y *cómo* haya visto rodar el modelo de direcciones de área con satisfactorios resultados-; pero sin renunciar a alcanzar cotas más altas de eficacia organizativa. Con estos fines, el desarrollo de un modelo de dirección pública profesional supone una importante intrusión en los desarrollos organizativos, hasta ahora conocidos sólo en las Administraciones Públicas españolas más avanzadas. Así, consideramos – a los efectos del diseño de reglas de permanencia y cese del personal directivo- que la elección debe combinar, al menos, las siguientes variables:

- una importante dosis de compromiso con la permanencia del ocupante en el puesto en tanto los resultados de su gestión se vayan demostrando eficaces, con el fin de dotar al ocupante del plazo necesario para desplegar su actuación persiguiendo dar cumplimiento a los objetivos planteados,
- la posibilidad de que el órgano competente para su nombramiento pueda, llegado el momento, sustituir al directivo. Como expresión del necesario equilibrio que debe existir entre ambos estratos, político y profesional, para garantizar la confianza en la que descansa el importante margen de actuación que se reserva al profesional.

Para alcanzar este equilibrio, puede resultar eficaz situar al modelo de dirección en el segundo escalón, de forma que la designación del directivo lo sea por un periodo de tiempo determinado. Atribuyendo con ello un plazo temporal suficiente para cumplir los objetivos de gestión que se establezcan. Además, la cuestión se completaría contemplando que el cese pueda producirse, tanto por el transcurso del periodo temporal establecido (p.e. periodos de 3 años) como por resultados ineficientes en la gestión antes de transcurrido ese tiempo.

De manera adicional, podría ser útil el establecimiento de un tiempo máximo de permanencia en el puesto. Con el fin de evitar el enquistamiento que puede producir la ocupación prolongada de esta posición, lo cual resulta contrario con el dinamismo que el desempeño de este tipo de puestos requiere para ser eficaz; limitando, por ejemplo, el tiempo máximo de permanencia en el puesto en 12 años. Esta circunstancia debería formar parte de las cuestiones recogidas en la norma reglamentaria municipal reguladora de la dirección pública en la Administración municipal de que se trate.

7. PERFIL DE LAS PERSONAS OCUPANTES DE PUESTOS DIRECTIVOS

Atendiendo a otros trabajos sobre dirección pública profesional, así como a los objetivos que deberían guiar cualquier iniciativa de esta naturaleza, podríamos considerar que son variables a considerar en los candidatos al puesto:

- La preparación técnica,
- La inteligencia emocional,
- La capacidad de liderazgo.

Asimismo, consideraríamos elementos relevantes para el ejercicio de la función directiva en la gestión pública⁸:

- Un alto nivel de formación en gestión de redes de organizaciones públicas y, especialmente, privadas con ánimo y sin ánimo de lucro que prestan una parte importante de los servicios públicos. La gestión de redes implica la necesidad de poseer unas potentes habilidades en planificación y en evaluación.
- Los conocimientos necesarios para la utilización conceptual de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación.
- Gestionar siendo permeable a los nuevos mecanismos que facilitan la participación de los ciudadanos.
- Una potente socialización en valores institucionales de carácter público y con una socialización en valores derivados de una ética de la gestión pública.

8. EVALUACIÓN

El artículo 13.3 determina que “*El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados*”. En el mismo sentido, por ejemplo, el artículo 8.bis de la Ley del Principado de Asturias 7/2014⁹, el artículo 24 de la Ley

⁸Política y gestión: la regulación del rol del directivo público. Carles Ramió Matas, UPF. II Congrés català de gestió pública, Barcelona, 2006.

⁹ El artículo 8.bis de la Ley del Principado de Asturias 7/2014, de 17 de julio, de medidas en materia de función pública y organización administrativa: “2. *El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, ajustando su desempeño a los siguientes principios:*

de Función Pública de Extremadura¹⁰, o el artículo 41 de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi¹¹.

El desarrollo de un verdadero modelo de dirección pública profesional tiene su fundamento en la evaluación, como garantía del cumplimiento de la planificación a través del seguimiento de los objetivos, así como del óptimo funcionamiento del sistema en términos de mejora continua.

No es aplicable a este respecto la evaluación del desempeño prevista en el art. 20 TREBEP. Atendiendo a la literalidad de la ley, este artículo se refiere a los empleados públicos, es decir, funcionarios o laborales (según el art. 8.2), no al personal directivo. El sistema de evaluación de directivos públicos puede tener en cuenta algunos de los principios recogidos en este art. 20, pero debe configurarse de una manera específica. La ley asturiana, por ejemplo, se refiere a este apartado de la evaluación cuando habla de la necesidad de un desarrollo reglamentario al decir que estarán regulados *los criterios que deben conformar el programa anual de objetivos*.

La configuración de un *sistema de evaluación de directivos* requiere de un desarrollo específico, adaptado a las características y especiales necesidades del Ayuntamiento en el que vaya a aplicarse, en el marco del modelo de dirección pública profesional determinado. Para hacerlo será necesario precisar, al menos, los objetivos que se establecen, el periodo en el que se desarrollará la evaluación, los indicadores que servirán para medir el grado de cumplimiento,

a) *Autonomía funcional en el desempeño de su ejercicio profesional, únicamente limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de los altos cargos como sus superiores jerárquicos.*

b) *Sujeción al programa anual de objetivos, que será establecido por el órgano competente para su nombramiento, y al principio de evaluación y de rendición de cuentas.*"

¹⁰ Artículo 24. Responsabilidad por la gestión: evaluación de resultados.

1. *El personal directivo profesional está sujeto a evaluación periódica al menos con carácter anual, con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con las metas y los objetivos que les hayan sido fijados. En todo caso, esas metas y objetivos podrán ser redefinidos en función de las políticas públicas que se impulsen en cada momento.*

2. *La evaluación de sus resultados podrá ser llevada a cabo por la persona superior en la jerarquía y por aquellas personas que, por su posibilidad de observación y constatación, cumplan con los criterios de fiabilidad, objetividad, imparcialidad y evidencia en sus evaluaciones. En la evaluación de resultados se tendrán en cuenta especialmente los siguientes criterios:*

- a) *establecimiento y evaluación de objetivos.*
- b) *diseño, planificación y gestión de proyectos.*
- c) *dirección de personas.*
- d) *gestión de recursos materiales, financieros, tecnológicos o personales.*

¹¹ Artículo 41. Responsabilidad por la gestión.

1. *Las titulares y los titulares de los puestos directivos estarán sujetos a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados, todos ellos en relación con las metas y objetivos que les hayan sido fijados. En todo caso, esas metas y objetivos se establecerán en un acuerdo de gestión en un plazo máximo de tres años desde el nombramiento y serán redefinidos en función de las políticas públicas que se impulsen en cada momento.*

2. *La evaluación de sus resultados podrá llevarse a cabo por la persona superior en la jerarquía, por el órgano de gobierno o gestión al que correspondan esas funciones, o por entidades o asesores externos, y se llevará a cabo de acuerdo con los objetivos e indicadores establecidos en el acuerdo de gestión.*

los procedimientos e instrumentos que se utilizarán para la evaluación y los responsables de llevarla a cabo.

9. REMUNERACIÓN

Como consecuencia de la evaluación efectuada aplicando el *sistema de evaluación de directivos* que se desarrolle, los ocupantes de los puestos directivos podrán beneficiarse de unos incentivos, en términos de retribución variable, a aplicar a través del concepto retributivo previsto en la norma vigente. A la vista de otros trabajos que anteceden a éste y sirven de referencia, podría pensarse en la configuración por la Administración municipal de un sistema de retribuciones variables, no superior en ningún caso al 10 por ciento del total de las retribuciones¹².

En todo caso, el grueso de las retribuciones percibidas por los ocupantes de estos puestos tendrán el carácter de “fijas” y deberán venir establecidas en el instrumento de ordenación de que se sirva el Ayuntamiento en estudio (*relación de puestos directivos*, etc.). La determinación de las retribuciones goza, en este caso, de un mayor margen de apreciación, en la medida que es el propio TREBEP el que prevé que “*La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley*”. En todo caso, la cuantía de las retribuciones que se fijen para estos puestos debe establecerse en el marco de la política retributiva vigente para el conjunto de la entidad.

10. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDAD

De conformidad con el art. 145 del TRRL, “*El régimen de incompatibilidades de los funcionarios de la Administración local es el establecido con carácter general para la función pública en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, y en las normas que se dicten por el Estado para su aplicación a los funcionarios de la Administración local*”.

Esto queda reforzado con la modificación de la Disposición Adicional 15ª de la LrBRL, modificada por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, cuyo tenor literal es el que sigue: “*Los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación. (...) A estos efectos, tendrán la consideración de personal directivo los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales*”.

La Disposición Final 3ª del TREBEP endurece el régimen de incompatibilidades del personal directivo, ya que, de acuerdo con este precepto, no se le puede reconocer o autorizar

¹² Rafael Jiménez Asensio: *El personal directivo en la Administración Local*. Diputación de Barcelona, 2009.

compatibilidad con ninguna otra actividad. Esta disposición entrará en vigor cuando se aprueben las Leyes de desarrollo del TREBEP. Mientras tanto, sigue vigente la anterior normativa (DF 4ª).

Considerado el valor que supone el régimen de incompatibilidades del personal directivo para el verdadero desarrollo del modelo de dirección profesional esbozado por el TREBEP, y a pesar de que, como se ha dicho, éste no puede entenderse en vigor en tanto no se desarrolle la norma básica, nada obsta a que la Administración municipal endurezca el régimen de incompatibilidades de este puesto, aplicando para ello sus potestades.

La disposición Adicional 15ª, anteriormente mencionada, hace alusión también a la declaración sobre causas de posible incompatibilidad, así como a la declaración de bienes y participación de Sociedades, extendiendo al personal directivo local que haya sido nombrado por libre designación lo previsto en el artículo 75.7 para los representantes locales y los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local.

11. CONCLUSIONES

La dirección pública profesional es una institución administrativa necesaria para avanzar en la modernización de las Administraciones Públicas. En el caso español y, en particular, en el ámbito de los *Ayuntamientos de gran población*, la normativa posibilita su incorporación en las estructuras administrativas; si bien la regulación vigente parece insuficiente en tanto que no se extiende a todas las Comunidades Autónomas. Además, no se ha desarrollado un cuerpo de directivos públicos que permita una gestión interadministrativa de este tipo de profesionales de la gestión pública.

En tanto el desarrollo legislativo sea mayor, los Ayuntamientos del Título X de la LrBRL pueden desarrollar su modelo organizativo mediante la aplicación de criterios que favorezcan el verdadero despliegue de una DPP, e incluso plasmación en norma reglamentaria, con el alcance competencial de las Entidades Locales.

Más allá de los aspectos reservados a la Ley, resulta urgente mejorar los instrumentos de selección -de forma que se asegure una mayor adecuación entre el perfil directivo del puesto y las capacidades de su ocupante-, atribuir a los puestos directivos funciones que permitan verdaderamente el desarrollo responsable de la gestión que le sea asignada, la incorporación de metas y objetivos de gestión, y la evaluación de los resultados (con vinculación de ésta con la continuidad del directivo en el puesto).

Por último, creo imprescindible clarificar la finalidad de los puestos de dirección, para que en todo momento sus ocupantes sean conscientes de la función que están llamados a desempeñar, dado que, en el caso de la Administración local, es especialmente relevante diferenciar y tener claras las funciones “de gestión” de las “de fiscalización”. Mezclar unas y otras es un precio que las Administraciones locales no se pueden permitir.

12. BIBLIOGRAFÍA

BAENA DEL ALCÁZAR, MANUEL: Manual de Ciencia de la Administración. SÍNTESIS, 2005.

- BLANES SOLIVA, MARIFÉ: *Principios constitucionales y Gobierno local: el acceso a la dirección pública en los municipios españoles* (Tesis doctoral). UNNIVERSIDAD DE VALENCIA. 2015.
- JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL: *El personal directivo en la Administración Local*. Diputación de Barcelona, 2009.
- JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL; VILLORIA, MANUEL Y PALOMAR OLMEDA, ALBERTO: *La Dirección pública profesional en España*. IVAP. Marcial Pons, 2009.
- JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL: *MONOGRAFÍAS DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA XIII*. “*Dos instituciones innovadoras del empleo Público (casi) inéditas: Carrera y dirección pública profesional*”. GOBIERNO DE ARAGÓN. Zaragoza, 2011.
- JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL: *Material del curso Diploma de Especialización en Gestión Pública Local*. CEMCI, 2016.
- JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL: *LA ADMINISTRACIÓN AL DÍA*. “*La dirección pública profesional en España: errores de concepto*”. INAP, 2018.
- ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS Y MAESO SECO, LUIS F. (Coord.): *La alta dirección pública: análisis y propuestas*. INAP. Madrid, 2010.
- RAMIÓ MATAS, CARLES: *Política y gestión: la regulación del rol del directivo público*. UPF. II Congrés català de gestió pública, Barcelona, 2006.
- RAMIÓ MATAS, CARLES: *La extraña pareja*. La Catarata, 2015.
- RAMIÓ MATAS, CARLES: *Material del curso Diploma de Especialización en Gestión Pública Local*. CEMCI, 2016.
- VVAA: *Nuevos tiempos para la función pública. Propuestas para atarear y desarrollar el talento en la Administración general del Estado*, INAP, Madrid, 2017.

LA PRESTACION COMPENSATORIA GENERADA POR LAS EMPRESAS EOLICAS.

Miguel Ángel SIERRA GARCIA.

*Secretario-Interventor del Ayuntamientos de Abruca y Las Tres Villas
(Almería).*

*Trabajo de Evaluación presentado para la obtención del Diploma de
Especialización en Gestión Financiera Local .CEMCI. Granada.*

SUMARIO

- 1.- Introducción
- 2.- Contenido.
 - 2.1.- La Prestación Compensatoria en la Ley del Suelo y la LOUA,
 - 2.2.- La Prestación Compensatoria en la Jurisprudencia,
 - 2.3.- La Prestación Compensatoria tras el Decreto Ley 10/2013 de 17 de Diciembre,
- 3.- Conclusiones.
- 4.- Bibliografía.

1.- INTRODUCCION.

La adopción de tecnologías de la energía renovable ha aumentado rápidamente en los últimos años y las proyecciones indican que su porcentaje de utilización aumentará sustancialmente en los escenarios de mitigación del cambio climático más ambiciosos. En la mayoría de las situaciones será necesario adoptar políticas orientadas a fomentar modificaciones al sistema energético que incrementen la proporción de la energía renovable en el conjunto de energías. Además de su gran potencial para mitigar el cambio climático, las energías renovables pueden aportar otros beneficios. Si se utilizan de forma adecuada, las energías renovables pueden contribuir al desarrollo social y económico, favorecer el acceso a la energía y la seguridad del suministro, y reducir sus efectos negativos sobre el medio ambiente y la salud.

Dentro de las energías renovables, la energía eólica explota la energía cinética del aire en movimiento. La aplicación de mayor interés para la mitigación del cambio climático consiste en producir electricidad a partir de grandes turbinas eólicas instaladas en tierra firme (en tierra) o en el mar o agua dulce (aguas adentro). Algunas tecnologías de energía eólica en tierra están siendo ya comercializadas y adoptadas en gran escala.

Las tecnologías de la energía eólica aguas adentro ofrecen más posibilidades para conseguir avances técnicos.

En este contexto, el territorio es un elemento fundamental para la instalación y puesta en marcha de los Parques Eólicos. Por su propia naturaleza y por las características técnicas del proceso, el Parque Eólico necesitará una ubicación en un lugar técnicamente rentable y la empresa promotora deberá solicitar los permisos y licencias oportunos de cara a la disponibilidad de los terrenos necesarios para la implantación, así como para el sometimiento al procedimiento administrativo que autorice la construcción y la actividad o puesta en marcha y funcionamiento.

Los Ayuntamientos, previos los informes favorables al uso, son competentes para permitir la radicación de este tipo de industrias en su término municipal, normalmente en suelo no urbanizable.

El objeto pretendido de este trabajo es analizar la evolución normativa y jurisprudencial experimentada por la figura de la “prestación compensatoria” definida en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía cuando establece, en su artículo 52, que en los terrenos clasificados como suelo no urbanizable que no estén adscritos a categoría alguna de especial protección se podrán realizar, entre otros actos, lo que la propia Ley denomina Actuaciones de Interés Público, previa aprobación del correspondiente Plan Especial o Proyecto de Actuación, según los casos. Con la finalidad de que se produzca la necesaria compensación por el uso y aprovechamiento de carácter excepcional del suelo no urbanizable que conllevarían las actuaciones permitidas, se establece una *prestación compensatoria*, con una cuantía de hasta el diez por ciento del importe total de la inversión a realizar para su implantación efectiva, excluida la correspondiente a maquinaria y equipos, que gestionará el municipio y destinará al Patrimonio Municipal del Suelo.

2.- CONTENIDO.

2.1.- La Prestación Compensatoria en la Ley del Suelo y la LOUA.

El Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en su art. 13 dispone respecto a la utilización del suelo rural, que los terrenos que se encuentren en el suelo rural se utilizarán de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales. Y que, asimismo, con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural.

Junto al uso natural de los terrenos, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (L.O.U.A.), permite, al regular en su art. 52 el régimen jurídico del suelo no urbanizable que, en los terrenos que cuenten con esta clasificación y que no estén adscritos a categoría alguna de especial protección, se puedan realizar Actuaciones de Interés Público, definidas en el art. 42 de la L.O.U.A. como actividades de intervención singular, de promoción pública o privada, con incidencia en la ordenación urbanística, en las que concurren los requisitos de utilidad pública o interés social, así como la procedencia o necesidad de implantación en suelo que tenga éste régimen jurídico. Las citadas actuaciones requerirán la previa aprobación de Plan Especial o Proyecto de Actuación, dependiendo de los requisitos y criterios establecidos en el art. 42 de la L.O.U.A.

La Ley andaluza introduce como novedad relevante un mecanismo de participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la actividad urbanística en suelo no urbanizable. Es indudable que la utilización del suelo no urbanizable para usos constructivos excepcionales supone un aprovechamiento extraordinario, "cuasi-urbanístico", por lo que la L.O.U.A. introduce un mecanismo para recuperar parte de las plusvalías (art.º 52.5), que denomina *prestación compensatoria* y que tendrá por objeto gravar los actos de edificación, construcción, obras o instalaciones no vinculados a la explotación agrícola, pecuaria, forestal o análoga, en suelo que tenga el régimen no urbanizable. Esa prestación compensatoria, que se devengará con ocasión del otorgamiento de la licencia, podrá tener una cuantía máxima de hasta el 10 % del importe total de la inversión a realizar para su implantación efectiva, excluida la correspondiente a maquinaria y equipos. Los municipios podrán establecer mediante la correspondiente ordenanza cuantías inferiores según el tipo de actividad y condiciones de implantación (art.º 52.5 de la L.O.U.A.).

La LOUA, con la prestación compensatoria, ha creado un ingreso de Derecho Público que es al suelo no urbanizable lo que la cesión de aprovechamientos apropiables por el propietario al suelo urbanizable en curso de transformación. La citada prestación hace honor a su nombre y tiene por finalidad que se produzca la necesaria compensación por el uso y aprovechamiento.

Se trata de un ingreso sometido al principio de afectación, en la medida en que su importe debe destinarse a engrosar el Patrimonio Público del Suelo, cuyo sujeto pasivo son, lógicamente las personas físicas o jurídicas promotoras de los actuaciones solicitadas, y del que la Ley se ocupa tan solo para señalar su devengo (con ocasión del otorgamiento de la licencia) y muy sucintamente la base imponible.

Es evidente que de un tiempo a esta parte, el legislador, al menos, el autonómico, ha descubierto la importancia económica del suelo urbanizable como base física de prometedoras actividades económicas que requieren la afectación intensiva o semi-intensiva del suelo no urbanizable, y ello aunque este es un instrumento, y no la fuente del valor añadido generado. La necesidad de garantizar el buen fin de este tipo de actividades ha llevado al legislador a establecer un régimen especial de intervención y actuación lucrativa en suelo urbanizable, del que son ejemplo paradigmático las

actuaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables que tienen la consideración de Actuaciones de Interés Público. La fórmula legal para favorecer su implantación en el medio rural consiste en eximir las de la aprobación de un Plan Especial y de un Proyecto de Actuación para su implantación, siempre que la instalación proyectada no exceda de una determinada capacidad de generación (30 Megavatios), que se sustituyen por la emisión de un informe de la Consejería competente en materia de urbanismo. La exceptuación del régimen general de actuaciones en suelo no urbanizable puede ser discutible, y de hecho supone una rebaja del nivel ordinario de control propio de este tipo de actividades, pero no tiene repercusiones sustantivas, puesto que, en todo caso, el promotor queda obligado a prestar la garantía de restauración de las condiciones ambientales y paisajísticas de los terrenos y de su entorno inmediato, prevista en el apartado 6^a del artículo 52 LOUA y a satisfacer la prestación compensatoria prevista en su apartado 5^a. Posteriormente en este trabajo analizaremos como la legislación andaluza continúa con ese “tratamiento especial y cuidadoso” para el fomento de las energías renovables en suelo no urbanizable, dictando el Decreto Ley 10/2013 de 17 de Diciembre.

2.2.- La Prestación Compensatoria en la Jurisprudencia.

La redacción de este artículo 52 de la LOUA ha planteado al operador distintas dudas sobre la constitucionalidad del mismo y su alcance a la hora de practicar las liquidaciones correspondientes.

La cuestión se centra en dirimir si el contenido del art. 52.5 de la LOUA, al gravar los actos de edificación, construcción, obras o instalaciones no vinculados a la explotación agrícola, es asimilable al hecho imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO), y ello sería contrario a lo preceptuado en el artículo 6.3 de la LOFCA, lo que supondría vulnerar los art. 24, 31, 33, 38, 45 y 9.3 de la Constitución española.

La Sentencia núm. 321/14, de fecha 13 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Almería dice que *...”no encuentra motivos para que sea planteada cuestión de inconstitucionalidad, porque la interpretación del art. 52.5 puede resultar intrincada, más en lo referente a su alcance que a su naturaleza, pues respecto de esta última parece lo más acorde (para ello, la STS 14/05/2010) considerar que la finalidad del establecimiento de tal prestación no es más que gravar la inversión que se realiza en suelo no urbanizable, donde, por regla general, no se puede construir (en sentido amplio), y así permitir el beneficio que, en general, pueda producir tal plusvalía a la comunidad, y respalda tal idea el hecho de que el propio art. 52 prevea una garantía del promotor para cubrir los gastos que pudieran derivarse del incumplimiento de sus obligaciones o la reposición de los terrenos a su estado natural una vez finalizado el plazo de amortización de la inversión. La prestación compensatoria carece pues de naturaleza tributaria, tal y como además se ha pronunciado el TSJA en Sentencia 03/05/2012, por lo que el art. 52.5 no puede*

entenderse embebido en la previsión del art. 6.3 de la LOFCA porque la institución recogida en el precepto, aunque presente solicitudes con el ICIO, no implica que la LOUA esté recogiendo expresamente tal tributo. No procedería pues el planteamiento de la cuestión de su inconstitucionalidad”.

Sobre la segunda cuestión planteada, referida al alcance de las liquidaciones y, concretamente a si éstas incluirían todas las instalaciones o maquinarias, que junto con la construcción, comprenda un importe global a liquidar por la prestación compensatoria, han sido muchos los pronunciamientos emitidos en aplicación del 52.5, tanto por jurisprudencia menor, como algunos por interés de la ley.

Algunos defienden que a la hora de cuantificar la base sobre la que se aplica el porcentaje previsto para determinar la cuantía de la prestación compensatoria (coste de ejecución de las obras más el coste de los autogeneradores), siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo que así lo establece a efectos del ICIO, supone una aplicación analógica tributaria que no resulta posible, dada la diferente naturaleza jurídica de una y otra figura; añadiendo que, en todo caso, conforme a la doctrina fijada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la Sentencia de fecha 9 de noviembre de 2009, dictada en el recurso de apelación nº 482/2008, se debe excluir el coste de la maquinaria y equipos, quedando reducida la base al coste de ejecución de la obra civil, consistente en el acondicionamiento del suelo no urbanizable para la ubicación de los molinos eólicos y de los accesos de los mismos.

Otro posicionamiento sobre la naturaleza jurídica de la prestación compensatoria representa la Sentencia dictada por la misma Sala del TSJA en el recurso de apelación nº 692/2011, cuando dice que el art. 52.5 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía,

“...sin lugar a dudas, establece una prestación patrimonial de carácter público y naturaleza coactiva, y lo que se debe concretar es si debe quedar subsumida entre la modalidad de prestaciones de naturaleza tributaria y, en el caso de que así fuera, si sería posible enjuiciar la existencia de un supuesto de doble imposición interna entre esta Prestación Compensatoria y el ICIO en cuanto que, sostiene la demanda, ambas prestaciones patrimoniales inciden sobre una misma realidad económica (la realización de construcciones, instalaciones y obras, en general).

Conforme ha sentado el Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencias 185/1995, de 14 de diciembre; 182/1997, de 28 de octubre; 63/2003, de 27 de marzo; 102/2005, de 20 de abril; y 121/2005, de 10 de mayo, la categoría de prestación patrimonial de carácter público se corresponde con un género del que constituye una de sus especies el tributo –otras, pueden venir representadas, por ejemplo, por las cuotas satisfechas a la Tesorería General de la Seguridad Social, o las multas-. Y así se deduce del dictado de los artículos 31.3 y 133.1 de la Constitución en cuanto que, recogiendo en ellos el principio de legalidad o reserva de ley, lo refiere el primero de los preceptos a las prestaciones patrimoniales de carácter público para ordenar que se establezcan mediante ley, en tanto que el segundo lo circunscribe a los tributos para ordenar su establecimiento también en ley, de donde, si para asentar el principio de

legalidad en esas materias la Constitución emplea dos locuciones diferentes “prestaciones patrimoniales de carácter público” y “tributos”, es porque está refiriéndose a categorías jurídicas diferentes, aunque los tributos participen de las notas que caracterizan a las prestaciones patrimoniales de carácter público, a saber, que deben ser establecidos mediante ley y que tiene naturaleza coactiva.

El carácter de prestación patrimonial de carácter público de la llamada Prestación Compensatoria por uso o aprovechamiento de suelo no urbanizable, queda fuera de toda duda, en cuanto que se trata de un ingreso público establecido con carácter coactivo. Y declarado, además, que los tributos participan de la naturaleza de las prestaciones patrimoniales de carácter público, lo que se debe concretar ahora, es si la denominada Prestación Compensatoria por uso o aprovechamiento de suelo no urbanizable tiene, o no, naturaleza tributaria, pues, en caso de que se concluyera que no la tiene, estaría de más plantear la existencia de un supuesto de doble imposición interna por coincidencia con el hecho imponible del ICIO.

El Artículo 2.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Define los tributos como “(...) ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración Pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos”, y en su apartado 2, clasifica y define las tres clases de tributos: tasas, contribuciones especiales e impuestos, atendiendo a la estructura de sus respectivos hechos imponibles.

Si, conforme se establece en el art. 31.1 de la Constitución, el deber de contribuir de los ciudadanos mediante un sistema tributario justo se orienta en función de la capacidad económica individual de los llamados a satisfacerlos, es fácil llegar a la conclusión, de que los tributos se basan en la capacidad económica de quienes quedan obligados a pagarlos, mientras que las prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza no tributaria se fundamentan en otros principios diferentes al de capacidad económica, entre los que, ahora, debe ponerse la atención en el llamado principio del beneficio, de modo que la ley, puede establecer prestaciones patrimoniales no tributarias atendiendo al beneficio que una determinada acción, actividad y actuación pudiera reportar para los interesados en su realización.

Según la descripción que de ella se hace en el citado artículo 52.2 de la Ley 7/2002, parece evidente que se trata de una prestación patrimonial ajena a la idea de capacidad económica de los llamados a satisfacerla en cuanto que lo que se pretende gravar con su establecimiento es el uso o aprovechamiento excepcional del suelo no urbanizable mediante la realización de edificaciones, construcciones, instalaciones y obras no vinculadas al ejercicio de explotaciones agrarias en general. En efecto, la referida Prestación Compensatoria no articula su gravamen en atención a la renta, el consumo, o la traslación de bienes –exponentes típicos de la idea de capacidad económica– sino que se fundamenta en el disfrute excepcional de suelo no susceptible de ser edificado o utilizados con instalaciones determinadas por razón de su clase, y quien

de este modo se aprovecha del uso de este tipo de suelo, sin duda, obtiene un beneficio determinado como consecuencia de la autorización concedida. En consecuencia, siendo así que la Prestación Compensatoria que se enjuicia se fundamenta en el principio del beneficio, que no en el principio de capacidad económica, su naturaleza no se corresponde con la de una prestación tributaria y debe quedar incluida en el género amplio de las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza coercitiva. Por ello, no existiendo coincidencia, en cuanto a la naturaleza jurídica, entre la Prestación Compensatoria con las figuras tributarias, no es posible considerar que existe un supuesto de doble imposición a nivel interno entre dicha Prestación y el ICIO.

Abundando en este razonamiento debe añadirse a lo hasta ahora señalado, que, de entenderse que la Prestación Compensatoria pudiera tener naturaleza tributaria, tendría que ser encuadrada en alguna de las tres clases de tributos según definición que propone el artículo 2.2 LGT. Ha de destacarse, ab initio, que la referida Prestación responda a las notas conceptuales de la contribución especial dado que, el presupuesto de hecho de esta figura tributaria viene determinado por la realización de obras, naturaleza que no tiene la que se somete a gravamen aquí a través de la Prestación Compensatoria. Consecuentemente, en cuanto figura tributaria, sólo podría ser calificada como tasa o como impuesto.

Las Tasas son tributos cuyo presupuesto de hecho viene determinado por la prestación de servicios públicos –que no es un presupuesto de hecho que delimite la Prestación Compensatoria- o por la utilización o aprovechamiento con carácter privativo del dominio público y siendo así que la instalación del parque eólico cuyo gravamen aquí se cuestiona no se lleva a cabo en suelo demanial, no hay posibilidad de entender que su presupuesto de hecho sea el propio que configura esta modalidad tributaria de tasa exigida por la utilización del dominio público.

Finalmente, tampoco la Prestación Compensatoria participa de la naturaleza del impuesto porque conforma queda definido en el art. 2.2. letra c) LGT, el impuesto es un tributo exigido sin contraprestación –responde, esencialmente, a la capacidad económica de los llamados a satisfacerlos- y siendo así, como se ha explicado con anterioridad, que el fundamento de la Prestación Compensatoria regulada en el art. 52.5 de la Ley 7/2002 es el beneficio que reporta a quien la satisface el aprovechamiento especial de suelo no urbanizable mediante la ejecución de edificaciones, instalaciones y obras de construcción, todo parece indicar que quien resulta gravado por ella si obtiene alguna contraprestación como consecuencia de su pago que se materializa en el uso de un tipo de suelo, en principio, no susceptible de edificación.

A través del razonamiento expuesto, se llega a la misma conclusión que la alcanzada anteriormente, es decir, que la Prestación Compensatoria por aprovechamiento de suelo no urbanizable, no es un tributo, por lo que no existe supuesto de doble imposición a nivel interno entre su gravamen y el hecho imponible del ICIO.”

Llegados a este punto, la Jurisprudencia ha concluido que no se puede aplicar de forma analógica el tratamiento tributario previsto a efectos del ICIO, a la determinación

de la base sobre la que se aplica la prestación compensatoria, pero ello no impedirá que, acudiendo a la norma reguladora de ésta, (art. 52.5 LOUA), pueda llegar a determinarse dicha base de forma coincidente con la que jurisprudencialmente se ha fijado a efectos del ICIO.

En apoyo de la pretensión de que del “quantum” de la prestación compensatoria quede excluido el importe de la maquinaria y de los equipos integrados en la instalación de los molinos eólicos, se cita, entre otras, la Sentencia de fecha de 9 de noviembre de 2009, dictada en el recurso de apelación nº 482/2008 en la que se afirma que

“(...) la base de cálculo empleado por el Ayuntamiento de (...) va más allá en sus cuantías de las que se derivan de estimar una cuantía de hasta el 10 por 100 de la inversión a realizar para la implantación efectiva de los parques eólicos que, al excluir de su cómputo cuantitativo el coste de la maquinaria y equipos, deja reducida la base de cálculo a lo que resulte de ser la ejecución de la obra civil consistente en el acondicionamiento del suelo no urbanizable para la ubicación de los molinos eólicos y de las obras de acceso a los mismos (...)”.

Sin embargo, este modo de razonar por parte de la jurisprudencia, plasmado en algunas otras sentencias, fue objeto de revisión por el TSJA, a partir de la reseñada sentencia dictada en el recurso 692/2011, en la que apartándose del anterior criterio, se ha sostenido lo contrario con los siguientes razonamientos:

1.- El art. 52.5 de la LOUA, para determinar la cuantía de la prestación compensatoria, afirma que debe tenerse en cuenta, como máximo, el 10 por 100 del coste de implantación efectiva de la obra que se va a asentar en suelo no urbanizable, contabilizándose a ese efecto todo el coste de inversión de la obra considerada. Es el coste de la maquinaria y de los equipos extraños a la instalación en sí de la obra a ejecutar en ese tipo de suelo, el que debe quedar erradicado de la base de cálculo de la referida prestación compensatoria.

2.- Tratándose de la instalación en suelo no urbanizable de una central eólica, queda fuera de duda que los aerogeneradores de los molinos de viento que permiten la captación de la energía cinética constituyen parte intrínseca de la inversión de la instalación a realizar en este tipo de suelo sin que sea posible desagregar su valor del conjunto del molino al que procura la captación de este tipo de energía. Son imprescindibles para el funcionamiento de todo el mecanismo. No se puede prescindir del coste de los aerogeneradores para el cálculo de la implantación efectiva.

2.3.- La Prestación Compensatoria tras el Decreto Ley 10/2013 de 17 de Diciembre.

Tal y como ha quedado expuesto, hasta finales del año 2013 el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía tenía consolidada la jurisprudencia en el sentido de considerar que para el cálculo de la Prestación Compensatoria (concepto no tributario) que las empresas pagan a los Ayuntamientos por la instalación de los parques eólicos en suelo

no urbanizable, se determinaría la base imponible teniendo en cuenta las obras y el importe de todas las instalaciones intrínsecas al funcionamiento, incluidos los aerogeneradores.

Con fecha 17 de diciembre de 2013 el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía dicta el Decreto 10/2013, sobre Ayudas Financieras a las pequeñas y medianas empresas industriales de Andalucía y de Ayudas para la reconstitución del potencial de producción agrario como consecuencia de adversidades naturales, y en su Disposición Final II se modifica el apartado cuarto del artículo 12 de la Ley 2/2007 de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía, que queda redactado de la siguiente manera:

"4. En el marco de la correspondiente planificación energética en vigor, a las actuaciones de construcción o instalación de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos vinculados a la generación mediante fuentes energéticas renovables, incluidos su transporte y distribución, no les será de aplicación lo referente a la prestación de garantía previsto en el artículo 52.4 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre. No obstante, en la resolución de aprobación del Proyecto de Ejecución y Desmantelamiento a otorgar por la Consejería competente en materia de energía se incluirá el importe de la garantía necesaria para la restauración de las condiciones ambientales y paisajísticas de los terrenos y de su entorno inmediato, en cumplimiento de esto último de lo dispuesto en el artículo 52.6 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre. Así mismo el porcentaje máximo de la prestación compensatoria previsto en el artículo 52.5 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre se fija para estas instalaciones en el diez por ciento del importe total de la inversión a realizar para su implantación efectiva, y la base de cálculo de dicha prestación compensatoria no incluirá, EN NINGUN CASO, el importe correspondiente al valor y los costes asociados a la maquinaria y equipos que se requieran para la implantación efectiva o para el funcionamiento de las citadas instalaciones, sean o no parte integrante de las mismas."

Este Decreto procede de Presidencia y fue dictado a propuesta del Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo y de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural. Se justifica en que,

"Andalucía se ha convertido en un referente a nivel mundial de las energías renovables. Sin embargo, en los últimos dos años, los vaivenes normativos provocados por una regulación estatal errática y cambiante han socavado los cimientos de esa realidad productiva.....El Gobierno de la Junta de Andalucía no ha de permanecer impasible frente a dicha actuación del Gobierno de España y, con tal fin, en defensa de un sector tan importante para el desarrollo social y económico de Andalucía, entiende que debe articular con urgencia medidas normativas que palien, al menos en parte, los excesos de la regulación estatal, aliviando de manera inmediata y sin mayor dilación, en el ámbito de sus competencias, las cargas económicas existentes, a fin de que las energías renovables continúen siendo una realidad..."

Posteriormente el Decreto Ley 5/2014, de 22 de abril, de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, de Medidas Normativas para reducir las

Trabas Administrativas, ratifica nuevamente lo anterior, volviendo a reproducir íntegramente el contenido. (Se comprende que existían dudas sobre el instrumento normativo y el marco utilizado para la modificación y se vuelve a reproducir).

Llegados a estas alturas, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Almería, juzgando un expediente sobre instalación de un Parque Eólico de fecha anterior, dicta la Sentencia nº. 321/14 de fecha 13 de junio del 2014, ordenando a un Ayuntamiento dejar sin efecto la liquidación practicada en su día porque a la hora del cálculo de la base imponible se sumó el valor de la maquinaria (molinos). Manifiesta que:

“(...) es evidente que la actual redacción del precepto no deja lugar a mayores disquisiciones sobre la forma de proceder a liquidar la Prestación Compensatoria. Se ha manifestado por ambas partes, respecto a esta norma posturas discrepantes sobre la retroactividad de las leyes y su influencia en esta situación; huelga, en consecuencia, hacer mayores referencias a la literalidad del Art. 9.3 de la Constitución, siendo solo prudente recalcar ahora que tal precepto es taxativo a la hora de referirse a disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, así como su complementación mediante el art. 2.3. del Código Civil, pues tales disposiciones resulta incuestionables. Sin embargo, este juzgador entiende que concurre en este supuesto un matiz que no puede perderse de vista: la actual redacción no es un cambio de régimen legal, por lo que, en puridad, no es preciso plantearse cuestiones de transitoriedad en un hecho que ha visto cambiado el régimen normativo a aplicar, pues no es el caso, sino una interpretación legal; la regulación no ha cambiado, sigue siendo la misma, pero el legislador ha decidido clarificar un precepto que había suscitado importantes dudas interpretativas; igualmente, con la lectura de la exposición de motivos, no se le escapa a este juzgador la razón que ha llevado a tal redacción aclaratoria, habida cuenta el espíritu que presenta el Decreto Ley, ya apreciable en su propia denominación. Ante tal tesitura, dado que el régimen legal no ha cambiado, sino que se ha aclarado, disipando toda duda, no es tanta una cuestión de aplicación retroactiva de las normas, sino de interpretación conforme a la mens legislatoris: no hay dos regímenes distintos, variados por una norma nueva, hay un solo régimen y el legislador ha querido plasmar cual es la interpretación correcta; ello no va en perjuicio de la interpretación unánime que se venía haciendo en aras de la jurisprudencia del Supremo en interés de ley, sino que, en la escala de la jerarquía de las fuentes de Derecho, la ley ocupa una posición superior.”

Esta Sentencia del Juzgado de Almería aboga claramente por un pretendido alcance interpretativo con la categoría de “interpretación auténtica” del contenido del Decreto Ley 10/2013, de 17 de diciembre, por el que el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía deja claro que en la base de cálculo de la prestación compensatoria no incluirá, en ningún caso, el importe correspondiente al valor y los costes asociados a la maquinaria y equipos necesarios para la implantación o funcionamiento.

En la práctica lo que se produce es una aplicación con carácter retroactivo del contenido del citado Decreto Ley 10/2013 y provoca que el Ayuntamiento en cuestión, evidentemente perplejo y preocupado, recurrió en apelación ante el TSJA (Recurso de Apelación número 630/2014, dimanante del recurso contencioso-administrativo número 256/2013), alegando como motivo de la apelación el error en la interpretación de las normas padecido por el juzgado, por cuanto se ha producido una modificación legal, concretamente la del apartado 4º del art. 12 de la Ley 2/2007 de 27 de marzo de Fomento de las Energías Renovables de Andalucía, que no puede ser aplicada con carácter retroactivo a situaciones anteriores a su entrada en vigor.

El TSJA dictó la Sentencia número 2033 de 2015, de 16 de noviembre, la cual analizaremos posteriormente porque es muy sintomático que, el mismo Tribunal, con carácter previo a esta Sentencia, había dictado otra que afectaba a un Ayuntamiento distinto pero con parecida problemática, (Sentencia nº 643/2015, de 23 de marzo), diciendo que:

(...) bastará para rechazar el pretendido alcance interpretativo de la norma (Decreto Ley 10/2013), así como su eficacia retroactiva lo dispuesto en la disposición final séptima sobre entrada en vigor, que lo determina en el día siguiente de la publicación del Decreto Ley (20 de diciembre de 2013), así como la propia redacción otorgada a la Ley 2/2007, que no supone cambio alguno en la configuración, sino una modificación, por razones de política legislativa, que surte efectos en lo sucesivo, contrariamente al criterio expresado por el Juzgado de lo contencioso administrativo número tres de Almería”.

Ocho meses después, (Sentencia número 2033 de 2015, de 16 de noviembre) el mismo órgano (TSJA) se pronuncia en forma expresa sobre el recurso de apelación número 630/2014, dimanante del recurso contencioso administrativo 256/2013, reproduciendo lo que allí se dijo sobre el particular, para estimar el motivo de la apelación esgrimido por la defensa del Ayuntamiento.

En mi opinión, una vez más es la Hacienda Municipal la que se sacrifica por virtud de compromisos de otras administraciones. Efectivamente, el Decreto Ley publicado por el Gobierno andaluz ha quedado jurisprudencialmente claro que, no es aplicable a aquellos procedimientos anteriores a la fecha de publicación del mismo, pero también está muy clara la intención de que desde esa misma fecha, cualquier nuevo proyecto relacionado con la materia que sea planteado, se someterá al mismo y supondrá menores ingresos en las arcas municipales.

Y también podría ser que, de *lege ferenda*, el autor del recorte compensara económicamente y en forma directa a todos los municipios afectados por la disminución de ingresos y con ello se consolidará el trato otorgado a estas empresas, sin soportarlo solo aquellos Ayuntamientos afectados.

3.- CONCLUSIONES.

1.- Para conseguir los aumentos de inversión necesarios en materia de tecnología e infraestructura será necesario adoptar políticas adicionales.

2.- La energía eólica es, en cierta medida, variable e impredecible, pero la experiencia y ciertos estudios detallados en numerosas regiones indican que la integración de la energía eólica no suele tropezar con obstáculos técnicos insuperables.

3.- El art. 52.5 de la LOUA representa una novedad relevante como mecanismo de participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la actividad urbanística en suelo no urbanizable.

4.- Las actuaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables tienen la consideración de Actuaciones de Interés Público.

5.- El art. 52.5 contempla la Prestación Compensatoria como una prestación patrimonial de carácter público y naturaleza coercitiva y no puede entenderse embebido en la previsión del art. 6.3 de la LOFCA.

6.- Hasta la publicación del Decreto Ley 10/2013 de 17 de diciembre la Jurisprudencia ha sido variable, para terminar consolidando la doctrina de que tratándose de la instalación en suelo no urbanizable de una central eólica, queda fuera de duda que los aerogeneradores de los molinos de viento que permiten la captación de la energía cinética constituyen parte intrínseca de la inversión de la instalación a realizar en este tipo de suelo sin que sea posible desagregar su valor del conjunto del molino al que procura la captación de este tipo de energía.

7.- El Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía deja claro, modificando el apartado 4º del art. 12 de la Ley 2/2007 de 27 de marzo de Fomento de las Energías Renovables de Andalucía la Ley, que la base de cálculo de la prestación compensatoria no incluirá, en ningún caso, el importe correspondiente al valor y los costes asociados a la maquinaria y equipos necesarios para la implantación o funcionamiento.

8.- Alguna jurisprudencia menor había interpretado que la modificación operada en el art. 52.5 de la LOUA por parte del Decreto Ley 10/2013, se constituía como interpretación auténtica del contenido de la norma y, por tanto, consideraba erróneamente aplicable el contenido a algunas actuaciones anteriores a la fecha de su publicación.

9.- El TSJA ha puesto fin a la discusión considerando que cualquier nuevo proyecto relacionado con la materia que sea planteado tenga en consideración, a la hora del cálculo de la prestación compensatoria, la totalidad de la maquinaria e instalaciones.

4.- BIBLIOGRAFIA.

AGUDO GAVILAN, Manuel. 'Precisiones sobre la Autonomía Financiera: el IBI como ejemplo de una experiencia fallida de financiación municipal autónoma Municipal', *Granada: CEMCI, 2014*

Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, Informe año 2011 sobre Fuentes de Energía Renovables y Mitigación del Cambio Climático.

RAMOS PRIETO, Jesús; TRIGUEROS MARTÍN, María José. 'Autonomía y suficiencia financiera local. La capacidad tributaria de las Entidades Locales'. *Granada: CEMCI, 2013*

Repertorios de Jurisprudencia de ARANZADI.

Revista COSITAL Sevilla.

ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE ANDALUCÍA

ARTESANÍA

ARTESANÍA: PLAN INTEGRAL: FORMULACIÓN

Acuerdo de 6 de noviembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del III Plan Integral para el Fomento de Artesanía en Andalucía 2019-2022 (BOJA de 12 de noviembre, número 218).

CAMBIO CLIMÁTICO

CAMBIO CLIMÁTICO Y ENERGÍA: LEY

Ley 8/2018 de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía (BOJA de 15 de octubre, número 199).

De acuerdo con su artículo 1, la finalidad de la ley es la lucha frente al cambio climático y hacia un nuevo modelo energético en Andalucía, y enumera su objeto, que, entre otros, es establecer los objetivos y medidas de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero e incrementar la capacidad de los sumideros de CO₂, definir el marco normativo para la incorporación de la lucha contra el cambio climático en las principales políticas públicas afectadas y fijar los objetivos de reducción de emisiones difusas en Andalucía.

El Plan Andaluz de Acción por el Clima es el instrumento general de planificación de la Comunidad Autónoma para la lucha contra el cambio climático. Sus determinaciones obligan a las distintas Administraciones públicas y tiene la consideración de plan con incidencia en la ordenación del territorio.

El Plan será aprobado mediante Decreto del Consejo de Gobierno a propuesta de la persona titular de la Consejería competente.

El Plan incluirá los siguientes programas:

- Programa de Mitigación de Emisiones de para Transición Energética, cuyo objeto es establecer las estrategias y acciones necesarias para alcanzar los objetivos globales de reducción emisiones, así como la coordinación, seguimiento e impulso de las políticas, planes y actuaciones que contribuyan a dicha reducción. Sus áreas estratégicas son: Industria; agricultura, ganadería, acuicultura y pesca; educación y vivienda; energía; residuos; transporte y movilidad; usos de la tierra, cambios de uso de la tierra y silvicultura; turismo; comercio; y administraciones públicas.

- Programa de Adaptación, cuyo objeto es reducir los riesgos económicos, ambientales y sociales derivados del cambio climático mediante la incorporación de medidas de adaptación en los instrumentos de planificación autonómica y local. Sus áreas estratégicas son: Recursos hídricos; prevención de inundaciones; agricultura, ganadería, acuicultura, pesca y silvicultura; biodiversidad y servicios ecosistémicos; energía; urbanismo y ordenación del territorio; edificación y vivienda; movilidad e infraestructuras viarias, ferroviarias, portuarias y aeroportuarias; salud; comercio; turismo; y laboral.

Tanto las actividades de planificación autonómica como local relativas a estas áreas estratégicas tendrán, a efectos de esta ley, la consideración de planes con incidencia en materia del cambio climático.

- Programa de Comunicación y Participación. Las Administraciones públicas, en desarrollo de las medidas previstas, llevarán a cabo acciones y campañas que tengan por finalidad informar y concienciar a la ciudadanía en materia de cambio climático.

Además del Plan Andaluz de Acción por el Clima, la ley ordena a los municipios andaluces elaborar y aprobar planes municipales contra el cambio climático en el marco de las determinaciones del Plan Andaluz. Estos planes municipales recaerán sobre las áreas estratégicas en materia de mitigación de emisiones y adaptación establecidas en la presente ley, y define el contenido mínimo de los planes municipales en su artículo 15.1.2. El procedimiento de aprobación es el previsto en la legislación de régimen local para la aprobación de las ordenanzas, y se deberán revisar, en todo caso, cuando se proceda a la revisión del Plan Andaluz. Se podrán elaborar estos planes con carácter supramunicipal. Por su parte, las Diputaciones Provinciales podrán prestar apoyo a los municipios a estos efectos. Además, la Administración de la Junta de Andalucía acordará la dotación de recursos económicos para la elaboración y desarrollo de los planes municipales. Finalmente, los ayuntamientos deberán elaborar y aprobar cada dos años un informe sobre el grado de cumplimiento de sus planes.

Para el análisis y evaluación de riesgos por los instrumentos de planificación autonómica y local se consideraran al menos los siguientes impactos: Inundaciones por lluvias torrenciales y daños debidos a eventos climatológicos extremos; inundación de zonas litorales y daños por la subida del nivel del mar; pérdida de biodiversidad y alteración del patrimonio natural o de los servicios ecosistémicos; cambios en la frecuencia, intensidad y magnitud de los incendios forestales; pérdida de calidad del aire; cambios de la disponibilidad del recurso agua y pérdida de calidad; incremento de la sequía; procesos de degradación de suelo, erosión y desertificación; alteración del balance sedimentario en cuencas hidrográficas y litoral; frecuencia, duración e intensidad de las olas de calor y frío y su incidencia en la pobreza energética; cambios en la demanda y en la oferta turística; modificación estacional de la demanda energética; modificaciones en el sistema eléctrico: generación, transporte, distribución, comercialización, adquisición y utilización de la energía eléctrica; migración poblacional debida al cambio climático. Particularmente su incidencia demográfica en el medio rural; incidencia en la salud humana; incremento en la frecuencia e intensidad

de plagas y enfermedades en el medio natural; y situación en el empleo ligado a las áreas estratégicas afectadas.

Se crea la calificación de Municipio de Baja Emisión de Carbono, cuyos requisitos se establecerán reglamentariamente

La Ley crea, además, los siguientes instrumentos:

- Registro de la huella hídrica de productos, servicios y organizaciones, cuyo objeto es la inscripción voluntaria, tanto para personas físicas como jurídicas, privadas o públicas, de la huella hídrica de los productos, servicios y organizaciones, entendida como herramienta para calcular y comunicar el consumo de recursos hídricos asociales al ciclo de vida de un producto, servicio u organización.

- Red de Observatorios de Cambio Climático en Andalucía.

- Consejo Andaluz del Clima, órgano de participación ciudadana.

- Sistema Andaluz de Emisiones Registradas, instrumento para la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. Serán sujetos de las obligaciones exigidas por el Sistema los titulares de las actividades públicas y privadas radicadas en Andalucía que superen los umbrales de consumo eléctrico anual superior a 3 GVWh (obligación de reducir las emisiones) o de 1 GVWh (modalidad de seguimiento y notificación del SAER).

- Sistema Andaluz de Compensación de Emisiones, instrumento voluntario para la reducción de emisiones de gases de efectos invernadero.

- Registro de la huella de carbono de productos y servicios, registro de inscripción voluntaria, tanto para personas físicas o jurídicas públicas o privadas, de la huella de carbono de los productos y servicios.

En materia de contratación pública, todas las Administraciones públicas a las que le son de aplicación la Ley de Contratos del Sector Público deberán adoptar las siguientes medidas:

- Incorporar, siempre que el contrato lo permita, criterios de sostenibilidad y eficiencia energética.

- Establecimiento de criterios de adjudicación que valoren preferentemente los procesos de reducción, reutilización y reciclaje de los productos, y la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en los procesos de producción, comercialización y distribución de los mismos.

- Contratos de suministro eléctrico de energía certificada de origen renovable.

- Criterios de adjudicación que incidan en el origen ecológico y de proximidad de los productos y procesos productivos en los contratos de servicios de hostelería, catering y restauración, así como en los contratos de suministro de carácter alimentario.

- En los contratos de obra y suministros del sector público se promoverán, al menos, la mejor relación coste-eficacia, usándose el cálculo del coste del ciclo de vida para la determinación de los costes; el consumo energético casi nulo en los nuevos

proyectos de construcción de instalaciones y edificaciones; la incorporación de fuentes de energía renovable en las instalaciones y edificaciones o terrenos colindantes o adyacentes; la sostenibilidad de los materiales de construcción, y la optimización del consumo de recursos hídricos en todas las fases de construcción y funcionamiento.

- En los contratos de alquiler o adquisición de inmuebles se tendrán en cuenta criterios de adjudicación que incidan en la eficiencia, el ahorro energético y en el uso de energías renovables. De igual forma, para valorar la oferta económica más ventajosa incluirán necesariamente la cuantificación económica del consumo energético correspondiente a la calificación energética del edificio o instalación. A tal efecto, los pliegos especificarán la forma de cálculo de dicho criterio, que siempre irá referido a la vida útil del inmueble o el periodo de alquiler.

- La adquisición o alquiler de vehículos híbridos o eléctricos, siempre que sea técnicamente viable.

Por último, la Ley regula el régimen sancionador y medidas de ejecución forzosa.

COMERCIO

COMERCIO: FERIAS COMERCIALES: CALENDARIO 2019

Orden de 21 de diciembre de 2018, de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, por la que se otorga el reconocimiento de la condición de oficial a las Ferias Comerciales de Andalucía y se aprueba el calendario para el año 2019 (BOJA de 31 de diciembre, número 251).

COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL: LEY

Ley 10/2018 de 9 de octubre, Audiovisual de Andalucía (BOJA de 16 de octubre, número 200).

La Ley es de aplicación, entre otros, a los servicios de comunicación audiovisual sujetos a autorización o comunicación previa respecto de los cuales sea competente la Administración de la Junta de Andalucía, por lo que es de aplicación a las emisoras de radio o de televisión municipales.

El título I regula los derechos de la ciudadanía, así como el Consejo de Participación Audiovisual como órgano representativo de la realidad social y de la diversidad social andaluza y garante de los derechos de la ciudadanía en esta materia.

La Ley obliga que las personas prestadoras del servicio audiovisual, entre otros a las entidades locales, a elaborar, en el plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de esta ley, un plan de participación de los colectivos de personas con diversidad funcional que deberá ser aprobado por el Consejo Audiovisual de Andalucía.

El título II regula la Administración audiovisual, tanto de la Junta de Andalucía como de las entidades locales.

Las entidades locales tienen competencia para ejercer el control de la actuación de las personas prestadoras del servicio público de comunicación audiovisual de ámbito local, en relación con los aspectos presupuestarios, así como el cumplimiento de los principios inspiradores y los fines, y a tales efectos crearán una comisión de control y seguimiento, cuya composición reflejará la del pleno del ente local y que respetará el principio de representación equilibrada de hombres y mujeres; las competencias de estos órganos municipales serán ejercidas sin perjuicio de las que le correspondan al Consejo Audiovisual de Andalucía.

El título III regula los derechos y obligaciones de las personas prestadoras del servicio de comunicación audiovisual.

El título IV regula el régimen jurídico aplicable a las comunicaciones comerciales audiovisuales.

El título V regula los servicios de comunicación audiovisual, en el que destacamos la forma de gestión directa para el servicio público autonómico, local o de las universidades.

El título VI regula la inspección y el régimen sancionador.

La ley modifica el artículo 5 de la Ley 6/2005, de 8 de abril en el sentido de que los contratos que, relativos a la actividad publicitaria celebren los entes a la que se aplica, entre ellos, los entes locales, a los efectos de actualizar las referencias normativas ahí contenidas.

Específicamente la Ley deroga el Decreto 1/2006, de 10 de enero, por el que se regula el régimen jurídico de las televisiones locales por ondas terrestres en Andalucía, a excepción de determinados artículos, y deroga asimismo el Decreto 174/2002, de 11 de julio, por el que se regula el régimen jurídico de concesión por la Comunidad Autónoma de Andalucía de Emisoras de Radiodifusión Sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia y la prestación del servicio por parte de los concesionarios, a excepción de determinados artículos.

DAÑOS CASTRÓFICOS

DAÑOS CATASTRÓFICOS: INFRAESTRUCTURAS MUNICIPALES ESENCIALES: COLABORACIÓN FINANCIERA

Decreto-ley 3/2018, de 30 de octubre, por el que se aprueba el programa de colaboración financiera específica con las entidades locales para actuaciones extraordinarias en infraestructuras e instalaciones destinadas a la prestación de servicio esenciales y básicos de la competencia municipal en Andalucía dañadas por las

situaciones de emergencias y catástrofes públicas ocasionadas por los fenómenos meteorológicos adversos sufridos en diversas zonas de las provincias de Málaga y Sevilla desde el 20 al 22 de octubre de 2018 (BOJA de 2 de noviembre, número 212).

Publicación de la convalidación del Decreto-ley, BOJA de 3 de diciembre, número 233.

DAÑOS CATASTRÓFICOS: CAMINOS RURALES: DECLARACIÓN DE INTERÉS GENERAL

Decreto-ley 4/2018, de 30 de octubre de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural, por el que se declaran de interés general las obras de reparación de los caminos rurales en los casos de fenómenos meteorológicos adversos, desastres naturales y otras catástrofes acaecidas en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA de 2 de noviembre, número 212).

Publicación de la convalidación del Decreto-ley, BOJA de 3 de diciembre, número 233.

AGRICULTURA: DAÑOS CATASTRÓFICOS: MUNICIPIOS AFECTADOS

Acuerdo de 30 de octubre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se declaran fenómenos meteorológicos adversos, desastres naturales o catástrofes con incidencia en el potencial productivo agrario y se establecen los términos municipales afectados (BOJA de 6 de noviembre, número 214).

DAÑOS CATASTRÓFICOS: INFRAESTRUCTURAS MUNICIPALES ESENCIALES: DOTACIÓN FINAL

Orden de 15 de noviembre de 2018, de la Consejería de la Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática, por la que se determina la dotación final y se concretan las cuantías de las transferencias establecidas en el Decreto-ley 3/2018, de 30 de octubre, por el que se aprueba el programa de colaboración financiera específica con las entidades locales para actuaciones extraordinarias en infraestructuras e instalaciones destinadas a la prestación de servicios esenciales y básicos de la competencia municipal en Andalucía dañadas por las situaciones de emergencias y catástrofes públicas ocasionadas por los fenómenos meteorológicos adversos sufridos en diversas zonas de las provincias de Málaga y Sevilla desde el 20 al 22 de octubre de 2018 (BOJA de 19 de noviembre, número 223).

AGRICULTURA: DAÑOS CATASTRÓFICOS: MUNICIPIOS AFECTADOS

Acuerdo de 27 de noviembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se declaran fenómenos meteorológicos adversos, desastres naturales o catástrofes con

incidencia en el potencial productivo agrario y se establecen los términos municipales afectados (BOJA de 3 de diciembre, número 233).

DEPORTES

DEPORTES: PLAN DIRECTOR DE INSTALACIONES Y EQUIPAMIENTOS DEPORTIVOS: APROBACIÓN

Acuerdo de 25 de septiembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Director de Instalaciones y Equipamientos Deportivos de Andalucía (PDIEDA) (BOJA de 9 de octubre, número 196).

El texto íntegro del Plan está disponible en el sitio web de la Consejería de Turismo y Deporte.

DEPORTE: PLAN DE INSPECCIÓN 2019

Orden de 17 de diciembre de 2018, de la Consejería de Turismo y Deporte, por la que se aprueba el Plan General de Inspección programada en materia de deporte para el año 2019 (BOJA de 27 de diciembre, número 249).

Uno de los objetivos del Plan es la supervisión de las instalaciones deportivas, entre otras, de las entidades locales, en cuanto beneficiarias de algunas de las líneas de subvenciones convocadas por dicha Consejería.

HACIENDAS LOCALES

HACIENDAS LOCALES: PARTICIPACIÓN EN LOS TRIBUTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA: MODIFICACIÓN

Orden de 17 de diciembre de 2018 de la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública, por la que se publica la modificación del Anexo I y los valores de las variables establecidas en el artículo 10 de la Ley 6/2010, de 11 de junio, reguladora de la participación de las Entidades Locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA de 24 de diciembre, número 247).

IGUALDAD

IGUALDAD DE GÉNERO: LEY: MODIFICACIÓN

Ley 9/2018 de 8 de octubre de 2018, de modificación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género de Andalucía (BOJA de 15 de octubre, número 199).

Las principales modificaciones son las siguientes:

Se define el acoso sexual, el acoso por razón de sexo, el lenguaje sexista y la interseccionalidad.

El Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres, será elaborado y aprobado por el Consejo de Gobierno con la participación de las entidades locales; y a su vez, las entidades locales aprobarán sus propios planes de igualdad en el marco del Plan Estratégico de Andalucía; además, se promoverá la existencia de un servicio especializado de igualdad de género en el ámbito municipal, considerando como tales los centros municipales de información a la mujer. Los planes municipales serán remitidos por éstas al Instituto Andaluz de la Mujer, Instituto que asesorará a las entidades locales que lo soliciten para la elaboración de sus planes.

Se introduce un nuevo artículo, el 62 bis que define los Centros municipales de información a la mujer como unidades de atención integral e información a las mujeres y en especial a las mujeres de violencia de género, y llevarán a cabo actuaciones de sensibilización en políticas de igualdad y fomento de la participación de las mujeres, que serán cofinanciados al 50 por 100 por la Administración de la Junta de Andalucía.

Todas las Administraciones públicas de Andalucía garantizarán un uso no sexista del lenguaje y un tratamiento igualitario en los contenidos e imágenes que utilicen en el desarrollo de sus políticas y elaborarán y desarrollarán sus respectivos planes de formación del personal a su servicio en materia de igualdad, así como realizarán actividades de sensibilización para el personal que desempeñe funciones de dirección. Además, integrarán la perspectiva de género en el desarrollo y aplicación de las políticas sociales. Adoptarán las acciones necesarias para la atención social a las mujeres prostituidas y víctimas de trata y explotación sexual, para lo que elaborarán un Plan integral para la erradicación de la trata y la explotación sexual de mujeres y niñas, y se hace un llamamiento para promover el desarrollo de actuaciones específicas dirigidas a las mujeres de etnia gitana.

Facilitarán el acceso, y tendrán derecho preferente, en la adjudicación de viviendas protegidas, a las mujeres víctimas de violencia de género.

Las políticas públicas de movilidad y transporte darán prioridad a la reducción de los tiempos de desplazamiento para facilitar la proximidad y los itinerarios relacionados con la organización de la vida familiar y darán respuesta a las necesidades del mundo rural o de zonas de menor densidad de población.

Todos los programas públicos de desarrollo y apoyo al deporte incorporarán el principio de igualdad en su diseño y ejecución, y lo mismo en el ámbito de los programas culturales.

Incorporará la perspectiva de género en las políticas de juventud, promoviendo programas destinados a conocer y analizar la realidad de las mujeres de forma integral, y promoverán la igualdad en la participación de las mujeres y hombres en las actividades sociales, lúdicas y de ocio, así como en los ámbitos políticos y económicos,

y promoverán la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y decisión en el ámbito político y económico.

Los medios de comunicación social públicos incorporarán la perspectiva de género de forma transversal, promoverán la aplicación de un uso no sexista del lenguaje, impulsarán la transmisión de una imagen de las mujeres y los hombres libre de estereotipos sexistas y velarán por que los contenidos de las programaciones cumplan con el principio de igualdad de género.

Todas las políticas, planes y documentos de planificación estratégica, tanto sectorial como territorial, incluirán el principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Asimismo, promoverán las acciones que favorezcan la implantación de las tecnologías de la información con base en criterios de igualdad de género y promoverán la participación de las mujeres en la construcción de la sociedad de la información y el conocimiento

En materia de contratación pública, todas las Administraciones públicas de Andalucía incluirán cláusulas vinculadas a la existencia de planes o medidas de igualdad negociados con la representación legal de los trabajadores en los criterios de todo tipo de adjudicaciones.

Se crea el Observatorio Andaluz de la Igualdad de Género.

MEDIO AMBIENTE

MEDIO AMBIENTE: ESPACIOS NATURALES: SIERRA NEVADA: PLAN DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Decreto 191/2018 de 16 de octubre de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio por el que se aprueba el II Plan de Desarrollo Sostenible del Espacio Natural de Sierra Nevada y su área de influencia socio-económica y el Programa Operativo Horizonte 2020 (BOJA de 26 de octubre, número 208).

MEDIO AMBIENTE: PARQUES NATURALES: SIERRA MÁGICA: PLAN DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Decreto 202/2018, de 30 de octubre de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por el que se aprueba el II Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural de Sierra Mágina y su área de influencia socio-económica y el Programa Operativo Horizonte 2020 (BOJA de 7 de Noviembre, número 215).

MEDIO AMBIENTE: PARQUE NACIONAL: SIERRA DE LAS NIEVES

Acuerdo de 27 de noviembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la propuesta de declaración del Parque Nacional de la Sierra de las Nieves (BOJA de 3 de diciembre, número 233).

Corrección de errores, BOJA de 14 de diciembre, número 241.

MEMORIA DEMOCRÁTICA

MEMORIA DEMOCRÁTICA: PLAN

Acuerdo de 13 de noviembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el I Plan Andaluz de memoria Democrática 2018-2022 (BOJA de 19 de noviembre, número 223).

SERVICIOS SOCIALES

SERVICIOS SOCIALES: REGLAMENTO DE COMUNICACIÓN, AUTORIZACIÓN Y ACREDITACIÓN ADMINISTRATIVAS

Decreto 187/2018 de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación Administrativas en el ámbito de los Servicios Sociales de Andalucía, y del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales (BOJA de 16 de octubre, número 200).

El Reglamento tiene por objeto establecer las normas, supuestos, condiciones y procedimientos de tramitación para la ordenación de las entidades, servicios y centros que intervienen en la prestación de servicios sociales en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y es objeto de regulación, por tanto, el régimen de comunicación, autorización y acreditación administrativas y el contenido, estructura y organización del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales.

Es de aplicación a las entidades, servicios y centros de servicios sociales, públicos y privados, con o sin ánimo de lucro, que se encuentren radicados en Andalucía.

SERVICIOS SOCIALES: PLAN DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN: FORMULACIÓN

Acuerdo de 9 de octubre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan de investigación e innovación en servicios sociales de Andalucía (BOJA de 16 de octubre, número 200).

INFANCIA Y ADOLESCENCIA: SITUACIÓN DE RIESGO: PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN

Decreto 210/2018 de 20 de noviembre, de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, por el que se regula el procedimiento de actuación ante situaciones de riesgo y desamparo de la infancia y adolescencia en Andalucía (SIMIA) (BOJA de 23 de noviembre, número 227).

El objeto del Decreto es la regulación de un procedimiento unificado para la detección, notificación, valoración y registro de casos en los que se tenga constancia o se sospeche la existencia de situaciones de riesgo o desamparo vinculadas al ejercicio de los deberes de protección de los menores por parte de sus padres, madres, personas tutoras o guardadoras. Para su aplicación se establecerán los acuerdos de colaboración necesario entre las distintas Administraciones Públicas de acuerdo con el ámbito de sus competencias.

Si la situación de riesgo o de desamparo se valora como leve o moderada, se notificará a los servicios sociales de la Entidad Local competente en función de la localidad de residencia del menor, y si se valora grave, será notificada a los servicios competentes de la Administración Autonómica.

Los servicios sociales de las entidades locales están obligados a verificar las situaciones que se les notifiquen y a adoptar las medidas necesarias para resolverlas.

HACIENDAS LOCALES: SERVICIOS SOCIALES: DISTRIBUCIÓN DE CRÉDITOS ENTRE AYUNTAMIENTOS Y DIPUTACIONES

Acuerdo de 18 de diciembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se distribuyen créditos entre Ayuntamientos de municipios con población superior a 20.000 habitantes y Diputaciones Provinciales, al objeto de financiar el refuerzo de los Servicios Sociales Comunitarios en el desarrollo de las competencias atribuidas en materia de dependencia (BOJA de 21 de diciembre, número 246).

ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

CALENDARIO LABORAL

FIESTAS LABORALES 2019: CALENDARIO LABORAL

Resolución de 16 de octubre de 2018, de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2019 (BOE de 20 de octubre, número 254).

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: DÍAS INHÁBILES 2019

Resolución de 29 de noviembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, por la que se establece a efectos de cómputos de plazos, el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2019 (BOE de 11 de diciembre, número 298).

CATASTRO

CATASTRO: COEFICIENTES DE ACTUALIZACIÓN: VALORACIÓN: PLAZO: PRÓRROGA

Real Decreto-ley 27/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia tributaria y catastral (BOE de 29 de diciembre, número 314).

El Real Decreto-ley aprueba los coeficientes de actualización de los valores catastrales de inmuebles urbanos para 2019, y asimismo prorroga los plazos para que los ayuntamientos cuyos municipios se encuentren incurso en procedimientos de valoración colectiva de carácter general puedan aprobar un nuevo tipo de gravamen en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, y se prorroga, asimismo, el plazo para la aprobación y publicación de las ponencias de los valores totales. Finalmente, amplía el plazo para la solicitud municipal de aplicación de los coeficientes de actualización de los valores catastrales de inmuebles urbanos.

DAÑOS POR TEMPORALES

DAÑOS CAUSADOS POR TEMPORALES: INFRAESTRUCTURAS MUNICIPALES: MEDIDAS PARA PALIAR LOS DAÑOS

Real Decreto 1387/2018, de 19 de noviembre, del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, por el que se extiende el ámbito de aplicación de las medidas previstas en el Real Decreto-ley 2/2017, de 27 de enero, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los daños causados por los últimos temporales, y en los Acuerdos del Consejo de Ministros de 9 y 23 de diciembre de 2016, a los daños sufridos en infraestructuras municipales como consecuencia de catástrofes naturales ocurridas hasta la finalización del mes de junio de 2017 (BOE de 20 de noviembre, número 280).

Los municipios a los que se extienden estas medidas, que vienen enumerados en el anexo del Real Decreto, corresponden a las s provincias de Huelva, Málaga, Cádiz, Valencia y Teruel.

DAÑOS CAUSADOS POR TEMPORALES: INFRAESTRUCTURAS MUNICIPALES: ASIGNACIÓN DE SUBVENCIONES

Resolución de 23 de noviembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Política Territorial del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, por la que se acuerda la asignación de subvenciones por daños en infraestructuras municipales y red viaria de las entidades locales previstas en el artículo 6 del Real Decreto-ley 2/2017, de 27 de enero, convocadas por Resolución de 16 de noviembre de 2017, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales (BOE de 29 de noviembre, número 288).

El anexo 1 de la Resolución enumera las entidades locales y el importe de la subvención asignada.

DEMARCACIONES HIDROGRÁFICAS

DEMARCACIONES HIDROGRÁFICAS: TRASVASE

Ley 10/2018, de 5 de diciembre, sobre la transferencia de recursos de 19,99 hm³ desde la Demarcación Hidrográfica de los ríos Tinto, Odiel y piedras a la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir (BOE de 6 de diciembre, número 294).

HACIENDAS LOCALES

HACIENDAS LOCALES: PRUDENCIA FINANCIERA: ACTUALIZACIÓN

Resolución de 4 de octubre de 2018, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, del Ministerio de Economía y Empresa, por la que se actualiza el anexo 1 incluido en la Resolución de 4 de julio de 2017 de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales (BOE de 6 de octubre, número 242).

HACIENDAS LOCALES: PRUDENCIA FINANCIERA: ACTUALIZACIÓN

Resolución de 7 de noviembre de 2018, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Empresa, por la que se actualiza el anexo 1 incluido en la Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales (BOE de 9 de noviembre, número 271).

HACIENDAS LOCALES: PRUDENCIA FINANCIERA: ACTUALIZACIÓN

Resolución de 4 de diciembre de 2018, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, del Ministerio de Economía y Empresa, por la que se actualiza el anexo 1 incluido en la Resolución de 4 de julio de 2017 de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales (BOE de 8 de diciembre, número 296).

HACIENDAS MUNICIPALES: CATASTRO: MODELO DE ALTERACIÓN CATASTRAL

Orden HAC/1293/2018, de 19 de noviembre, por la que se aprueba el modelo de declaración de alteraciones catastrales de los bienes inmuebles y se determina la información gráfica y alfanumérica necesaria para la tramitación de determinadas comunicaciones catastrales (BOE de 5 de diciembre, número 293).

HACIENDAS LOCALES: MODIFICACIÓN: IBI: INVERSIONES FINANCIERAS: MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE VIVIENDA Y ALQUILER

Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (BOE de 18 de diciembre, número 304).

Modifica la Ley de Haciendas Locales en la regulación del Impuesto de Bienes Inmuebles en el sentido de exceptuar de la obligación de repercutir el impuesto al arrendatario cuando el arrendador sea un ente público en los supuestos de alquiler de inmueble de uso residencial con renta limitada por una norma jurídica (art. 63.2); en segundo lugar, se modifica la regulación del recargo previsto para los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente, mediante su remisión a la correspondiente normativa sectorial de vivienda, autonómica o estatal, con rango de ley, al objeto de que se pueda ser aplicado por los ayuntamientos mediante la aprobación de la correspondiente ordenanza fiscal (art. 72.4); y, finalmente, se establece una bonificación de hasta el 95 por 100 para los inmuebles destinados a alquiler de vivienda con renta limitada por una norma jurídica (art. 74.6).

Asimismo, amplía el ámbito de las inversiones financieramente sostenibles para acoger la posibilidad de realizar actuaciones en materia de vivienda por parte de las Entidades Locales (disposición adicional 16ª).

HACIENDAS LOCALES: CONTABILIDAD: PLANES DE CUENTAS LOCALES: MODIFICACIÓN

Orden HAC/1364/2018, de 12 de diciembre, por la que se modifican los planes de cuentas locales anexos a las instrucciones de los modelos normal y simplificado de contabilidad local, aprobadas por las Órdenes HAP/1781 y 1782/2013, de 20 de septiembre (BOE de 22 de diciembre, número 308).

MEDIO AMBIENTE

MEDIO AMBIENTE: ESTRATEGIAS MARINAS: COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES LOCALES

Real Decreto 1365/2018, de 2 de noviembre, del Ministerio para la Transición Ecológica, por el que se aprueban las estrategias marinas (BOE de 19 de noviembre, número 279).

El objeto del Real Decreto es aprobar las cinco estrategias marinas, conforme a lo establecido en el artículo 15 de la Ley de 41/2010 de Protección del Medio Marino.

Las medidas nuevas de las estrategias marinas, así como las autoridades competentes para su aplicación están recogidas en el anexo I del Real Decreto. Las que

corresponden a las entidades locales juntamente con otras Administraciones Públicas, son las siguientes:

- BM5, objeto: promover la instalación de puntos limpios en las dársenas pesqueras; autoridades competentes: Secretaría General de Pesca del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Fundación Biodiversidad, Autoridades Portuarias, Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

- BM19, objeto: financiación de actividades de limpieza de ríos, playas, flotantes y fondos marinos someros; autoridades competentes: Fundación Biodiversidad, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos y Organismo Autónomo Parques Nacionales.

PADRÓN MUNICIPAL

PADRÓN MUNICIPAL: CIFRAS OFICIALES A 1 DE ENERO DE 2018

Real Decreto 1458/2018, de 14 de diciembre del Ministerio de Economía y Empresa, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón Municipal referidas al 1 de enero de 2018 (BOE de 29 de diciembre, número 314).

PERSONAL

FUNCIONARIOS LOCALES CON HABILITACIÓN NACIONAL: RELACIÓN INDIVIDUALIZADA DE MÉRITOS

Resolución de 24 de octubre de 2018, de la Dirección General de la Función Pública del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, por la que se publica la relación individualizada de méritos generales de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional (BOE de 8 de noviembre, número 270).

Corrección de errores, BOE de 4 de diciembre, número 292.

FUNCIÓN PÚBLICA: CONFERENCIA SECTORIAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Resolución de 16 de noviembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Administración Pública, por la que se aprueba el reglamento de Organización y Funcionamiento (BOE de 17 de noviembre, número 278).

La Conferencia Sectorial de Administración Pública como órgano de cooperación en materia de administración pública entre la Administración General del Estado, de las

Administraciones de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y de la Administración Local, en el marco de lo establecido en el artículo 100.1 del EBEP.

Su objeto es el estudio, análisis y propuesta de las medidas, estrategias, objetivos y directrices sobre materias relacionadas con las Administraciones Públicas, empleo público y formación de los empleados públicos, Administración digital, organización administrativa y procedimientos, simplificación de cargas administrativas y gobierno abierto.

Sus decisiones tendrán como fin la adopción de los acuerdos y, en su caso, de recomendaciones que mejor respondan a las necesidades de la sociedad española en su conjunto y a los intereses de las propias Administraciones implicadas, con el fin de que redunden en la mejora de la calidad de los servicios.

La Presidencia corresponde a la persona titular del Ministerio de Política Territorial y Función Pública; la Vicepresidencia, a la persona titular de la Secretaría de Estado de Función Pública; y las Vocalías serán ostentadas por las personas titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla que ejerzan competencias relacionadas con la Administración Pública, así como la representación designada por la FEMP.

EMPLEADOS PÚBLICOS ESTATALES: PERMISOS: PATERNIDAD: AMPLIACIÓN

Resolución de 22 de noviembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, por la que se publican los acuerdos para la ampliación del permiso de paternidad a dieciséis semanas y para la aplicación de la bolsa de horas prevista en la Disposición Adicional centésima cuadragesima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE de 5 de diciembre, número 293).

La medida es de aplicación para los empleados públicos del Estado, sin perjuicio de que sea de aplicación para los empleados de las Administraciones locales en función de las normas o convenios de aplicación.

ENTIDADES LOCALES: FUNCIÓN PÚBLICA: POLICÍAS LOCALES: JUBILACIÓN: COEFICIENTE REDUCTOR

Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación a favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración Local (BOE de 15 de diciembre, número 302).

La edad ordinaria para la jubilación de estos funcionarios se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar a los años completos efectivamente

trabajados como policía local el coeficiente reductor del 0,20. La anticipación de la edad de jubilación queda condicionada tanto la necesidad de tener cubierto el periodo de carencia de 15 años como 15 de cotización como policía local.

A su vez, el Real Decreto establece un incremento en la cotización a la Seguridad Social a efectuar en relación con el colectivo de policía local, en los términos y condiciones que se establezcan legalmente.

Finalmente, la tasa de reposición adicional prevista en la disposición adicional 65 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018, será efectiva desde la presentación de la solicitud de jubilación anticipada, debiendo la persona interesada comunicar a la Administración municipal correspondiente su voluntad de acogerse a esta modalidad de jubilación antes del 31 de enero de cada año.

El Real Decreto entra en vigor el 2 de enero de 2019.

PERSONAL DEL SECTOR PÚBLICO: RETRIBUCIONES

Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público (BOE de 27 de diciembre, número 312).

Las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 2,25 por 100 respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2018, en términos de homogeneidad, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo y sin considerar a tales efectos los gastos de acción social que en términos globales no podrán experimentar ningún incremento en 2019 respecto a 2018. Aparte de esto, si el incremento del PIB a precios constantes en 2018 alcanzara o superase el 2,5 por 100 se añadiría con efectos de 1 de julio de 2019 otro 0,25 por 100.

De la misma forma, la masa salarial del personal laboral podrá incrementarse en el mismo porcentaje.

El Real Decreto-ley establece las cuantías de los límites del régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales, que incluyen un aumento del 2,25 por 100 respecto de las vigentes a 31 de diciembre de 2018.

PROTECCIÓN DE DATOS

PROTECCIÓN DE DATOS: LEY

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos (BOE de 6 de diciembre, número 294).

La Ley consta de 97 artículos distribuidos en diez títulos, 22 disposiciones adicionales, 6 transitorias, una derogatoria y 16 finales. La disposición derogatoria deroga la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter General, el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, y cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan lo dispuesto en el Reglamento UE/2016/679, y la presente Ley Orgánica.

El Título I, se refiere a las disposiciones generales. Es de destacar que las comunidades autónomas ostentan competencias de desarrollo normativo y ejecución del derecho fundamental a la protección de datos personales en su ámbito de actividad.

El Título II regula los principios de protección de datos.

El Título III regula los derechos de las personas.

El Título IV recoge las disposiciones aplicables a tratamientos concretos.

El Título V está dedicado al responsable y al encargado del tratamiento.

El Título VI regula las transferencias internacionales de datos.

El Título VII está referido a las autoridades de protección de datos, permitiendo las autoridades autonómicas en la materia y la necesaria cooperación entre las autoridades de control.

El Título VIII regula los procedimientos en caso de posible vulneración de la normativa de protección de datos.

El Título IX regula el procedimiento sancionador, destacando el régimen especial aplicable a determinadas categorías de responsables o encargados del tratamiento, entre otros, a las Administraciones de las Entidades Locales, en que la sanción consiste en apercibimiento, sin perjuicio de adoptar las medidas necesarias para el cese de la infracción, así como proponer la iniciación de actuaciones disciplinarias o sancionadoras cuando sean de aplicación.

El Título X reconoce y garantiza los derechos digitales de los ciudadanos, destacando el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, así como el derecho a la intimidad en el mismo ámbito, y a la protección de los menores en internet.

Finalmente, se introducen modificaciones en las siguientes leyes para adaptarlas a los contenidos de ésta: Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno; Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Estatuto Básico del Empleado Público, Estatuto de los Trabajadores, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Ley Electoral General y Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otras.

RÉGIMEN ELECTORAL

RÉGIMEN ELECTORAL: PERSONAS CON DISCAPACIDAD: SUFRAGIO: MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE de 6 de diciembre, número 294).

La modificación suprime los apartados b) y c) del punto primero del artículo 3 declaraba que carecían de derecho de sufragio los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme y los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial; y a su vez, da una nueva redacción al punto segundo del artículo 3, en el sentido de que toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera.

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL: CUANTÍA

Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019 (BOE de 27 de diciembre, número 312).

Queda fijado en 30 euros/día o 900 euros/mes.

SOCIEDADES DE CAPITAL

SOCIEDADES DE CAPITAL: MODIFICACIONES LEGISLATIVAS

Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por el que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (BOE de 29 de diciembre, número 314).

La principal innovación legislativa es incluir la información no financiera en las cuentas de las sociedades.

Así, a las cuentas anuales consolidadas de las sociedades de capital se unirá el informe de gestión consolidado que incluirá el estado de información no financiera, en los supuestos en que concurren los requisitos de que el número medio de trabajadores

emplados por las sociedades del grupo durante el ejercicio sea superior a 500, y que, o bien tengan la consideración de entidades de interés público o bien durante dos ejercicios consecutivos superen unos determinados parámetros referentes al activo consolidado, el importe neto de la cifra anual de negocios consolidada y que supere un determinado número de trabajadores.

El estado de información no financiera consolidado incluirá la información, que se detalla, necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad respecto, al menos, a cuestiones medioambientales y sociales, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno, así como relativas al personal, incluidas las medidas que, en su caso, se hayan adoptado para favorecer el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la no discriminación e inclusión de las personas con discapacidad y la accesibilidad universal.

Además, en las sociedades anónimas cotizadas, el Consejo de Administración deberá velar porque los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad respecto a cuestiones, como la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesionales y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres.

VIOLENCIA DE GÉNERO

VIOLENCIA DE GÉNERO Y FUNCIÓN PÚBLICA: MOVILIDAD: ACUERDO DE LA CONFERENCIA SECTORIAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Resolución de 16 de noviembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Administración Pública, por la que se aprueba el Acuerdo para favorecer la movilidad interadministrativa de las empleadas públicas víctimas de violencia de género (BOE de 17 de noviembre, número 278).

El Acuerdo, que es de aplicación al conjunto de empleadas públicas víctimas de violencia de género que presten servicio en las Administraciones Públicas, regula las formas de acreditación de la situación de violencia de género a dichos efectos, así como el procedimiento a seguir, siendo de destacar que cuando la Administración Pública de origen de la interesada no cuente con Unidades o Dependencias ubicadas en el ámbito geográfico por ella solicitado, la Administración que corresponda se dirigirá a la Administración o Administraciones Públicas con competencias en ese ámbito y que puedan disponer de una estructura de puestos de trabajo en él, instando la tramitación del expediente de movilidad. Cada Administración Pública regulará de manera expresa y clara los modelos de solicitud, así como la documentación a aportar y el



procedimiento a seguir para resolverlo con carácter urgente y para salvaguardar siempre la privacidad de las empleadas afectadas y de sus familiares.

Asimismo, el Acuerdo regula los efectos de la movilidad y duración, los traslados de corta duración y solución transitoria ante la inexistencia de vacante o el supuesto de las empleadas públicas con relación de servicios de carácter no permanente.

Finalmente, el Acuerdo insta a las distintas Administraciones Públicas a adecuar sus normas legales y convencionales a lo establecido en el mismo a través de los mecanismos jurídicos que sean necesarios para tal fin.



ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL DE LA UNIÓN EUROPEA

PERMISO PARENTAL QUE IMPLICA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y POR CONSIGUIENTE NO COMPUTA DICHO PERIODO COMO DE TRABAJO EFECTIVO A EFECTOS DE DETERMINAR LA DURACIÓN DE LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS. CONFORMIDAD A LA NORMATIVA EUROPEA

Sentencia de 4 de octubre de la Gran Sala.

Cuestión Prejudicial

Asunto: C-12/2017

Ponente: Egils Levits

La Gran Sala declara que no es contrario al artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, una legislación interna, la rumana en el caso de autos, cuya legislación interna permite que el contrato de trabajo puede suspenderse a instancia del trabajador en el supuesto de permiso parental por hijo menor de dos años, y en consecuencia dicho permiso no tiene la consideración de periodo de trabajo efectivo a efecto de determinar la duración de las vacaciones anuales retribuidas, a diferencia de lo que sucede con el permiso de maternidad.

La S. razona que es cierto que durante el período de permiso, el trabajador que disfruta de permiso parental continua siendo un trabajador en el sentido del Derecho de la Unión, pero también es cierto que cuando su relación laboral, como en el caso enjuiciado, su relación laboral ha estado suspendida sobre la base del Derecho nacional, las obligaciones recíprocas del empresario y del trabajador en materia de prestaciones cesan. El trabajador en permiso parental no está sujeto a limitaciones físicas o psíquicas causadas por una enfermedad, se encuentra en una situación distinta de la que resulta de una incapacidad laboral debida al estado de salud. En cualquier caso, la situación del trabajador en permiso parental se distingue de la de la trabajadora que ejercita su derecho al permiso de maternidad puesto que éste tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones.

Por consiguiente, la S. falla que el artículo 7 de la referida Directiva debe de interpretarse en el sentido que no se opone a una disposición nacional que establezca que, a efectos de determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas que dicho artículo garantiza a un trabajador respecto de un período de referencia, no considera período de trabajo efectivo la duración de un permiso parental disfrutado por ese trabajador durante el citado período.

EL FIN DEL CONTRATO DE INTERINIDAD PARA SUSTITUCIÓN DE OTRO TRABAJADOR CON RESERVA DE PUESTO Y POR LAS CAUSAS ESPECIFICADAS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y QUE NO PREVÉ EL ABONO DE INDEMNIZACIÓN, NO SE OPONE AL ACUERDO MARCO SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA DE 18 DE MARZO DE 1999

Sentencia de 21 de noviembre de la Sala Sexta.

Cuestión Prejudicial

Asunto: C-619/2017

Ponente: Alexander Arabadjiev

El Tribunal Supremo de España, que es quien plantea la cuestión prejudicial al TSJUE, se pregunta si el vencimiento del término por el que se celebró un contrato de trabajo de duración determinada, en el caso de autos, contrato de interinidad para sustitución de otro trabajador con reserva de puesto, debe necesariamente dar lugar al pago de una indemnización y, en caso afirmativo, si tal indemnización debe de fijarse de la misma manera que la que debe abonarse los demás casos de extinción de la relación laboral. Considera el TS que el contrato de interinidad afecta a dos trabajadores, el sustituto y el sustituido, por lo que se distingue de los otros tipos de contratos de trabajo de duración determinada, precisando que, aunque la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores puede tener un efecto disuasorio sobre el empresario que desea poder reducir su personal fácilmente, no es menos cierto que esta indemnización no tiene el mismo efecto en lo que atañe a los contratos de interinidad, ya que su finalización no da lugar a una disminución de personal.

En consecuencia el TS plantea al TSJUE, entre otras, la cuestión prejudicial que aquí interesa y que es si la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el

sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causas legalmente tasadas.

El TSJUE responde que el Acuerdo Marco, y concretamente su cláusula 4, tiene por objeto la aplicación de dicho principio a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida. Considera que la extinción de un contrato fijo por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, tiene lugar la producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral y por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación. Pero la finalización del contrato de interinidad, en el supuesto que nos ocupa, debido a la reincorporación del trabajador sustituido, se produjo en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del ET.

En consecuencia, el TSJUE declara que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

NULIDAD DE LA NOTIFICACIÓN SANCIONADORA PRACTICADA MEDIANTE EDICTOS EN EL BOLETÍN OFICIAL DE LA PROVINCIA, POR SER DESCONOCIDO EL INTERESADO EN EL DOMICILIO QUE LE CONSTA A LA ADMINISTRACIÓN. DEBER DE CONSULTAR TODOS LOS REGISTROS PÚBLICOS EN QUE PUEDA CONSTAR EL DOMICILIO DEL INTERESADO ANTES DE ACUDIR A LA PUBLICACIÓN EDICTAL.

Sentencia número 93/2018 de 17 de septiembre de la Sala Segunda.

Recurso de Amparo 2137/2017.

Ponente: Juan Antonio Xiol Rius

La Subdelegación de Gobierno de Sevilla incoa procedimiento sancionador a la recurrente de amparo imputándole ser la organizadora de una manifestación no comunicada legalmente. El acuerdo de incoación fue remitido por correo certificado con acuse de recibo a un domicilio de Sevilla, que al ser devuelto por Correos por desconocido, fue publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla, y lo mismo ocurrió con la imposición de la sanción por importe de 301 euros.

La demandante de amparo se dirigió por escrito a la referida Subdelegación solicitando que se retrotrajeran todas las actuaciones al inicio del expediente sancionador, poniendo de manifiesto que 1º, con motivo de la declaración del impuesto de la renta de las personas físicas del ejercicio 2014 le había sido devuelto por la Agencia Tributaria una cantidad inferior a la solicitada, siendo comunicado por dicha Agencia que el motivo era el cobro de una sanción impuesta por esa Subdelegación; 2º, no había tenido ningún conocimiento previo de ese procedimiento sancionador; 3º, una vez accedido al expediente sancionador comprobó que el domicilio al que se habían dirigido los intentos de comunicación se corresponde con uno en el que ya no vivía desde hace casi cinco años y 4º, contrariamente a lo exigido por la jurisprudencia constitucional en la STC 70/2008, de 23 de junio, no se desarrolló ninguna actividad tendente a la averiguación del domicilio real de la recurrente, que es en el que lleva empadronada desde hace tiempo, siendo además notorio para la Administración Tributaria y también para la Junta de Andalucía por ser una funcionaria de esa Administración. La Subdelegación respondió que se había tramitado correctamente el procedimiento sancionador, por lo que solicitó revisión de oficio de la resolución sancionadora en base al artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y ante el silencio interpuso recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Sevilla que fue desestimado por considerar que la recurrente fue

notificada en el domicilio que aparece en su DNI y ante la imposibilidad de practicarlo se recurrió a la publicación edictal en el BOP.

Interpuesto recurso de amparo, el TC considera que la Administración sancionadora, antes de acudir a la notificación edictal del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador y de la posterior resolución sancionadora, se limitó a intentar una única notificación en el domicilio de la recurrente que aparecía en su DNI, que fue devuelta con la indicación de ser una persona en dicho domicilio; la Administración sancionadora no acudió a ningún otro registro público para intentar obtener el domicilio de notificaciones alternativo de la interesada cuando el domicilio habitual efectivo de esta constaba al menos desde 2011 mediante inscripción de empadronamiento y desde 2012 estaba también identificado como domicilio fiscal en los registros de la Agencia Tributaria.

Por todo lo anterior, concluye el TC que se han vulnerado los derechos de la recurrente a ser informada de la acusación a la defensa (art. 24.2 CE), toda vez que la Administración no obró con la diligencia que le era constitucionalmente exigible en la búsqueda de un domicilio alternativo en el que notificar personalmente la iniciación del procedimiento sancionador para que la interesada pudiera ejercer la defensa con plenitud de garantías constitucionales frente a la pretensión sancionadora de la Administración.

En consecuencia, el TC declara la nulidad de la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Sevilla, así como la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

LIBERTAD SINDICAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DESPIDO DE TRABAJADOR MIEMBRO DEL COMITÉ DE EMPRESA POR ASISTIR A UN PLENO MUNICIPAL PORTANDO UNA CARETA Y UNA CAMISETA QUE EXHIBÍA UN LEMA CRÍTICO CON EL COMPORTAMIENTO DE LA EMPRESA Y DEL AYUNTAMIENTO. NULIDAD DEL DESPIDO

Sentencia número 114/2018 de 29 de octubre de la Sala Primera.

Recurso de Amparo 4487/2018.

Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón.

El trabajador recurrente en amparo, afiliado al sindicato Intersindical Canaria, era trabajador y miembro del Comité de empresa de centros varios de la mercantil Seguridad Integral Canaria, S.A., cuando el 16 de abril de 2015 fue despedido disciplinariamente por transgresión de la buena fe contractual, falsedad, deslealtad a la empresa y ofensas verbales al empresario. El despido se justificó, de una parte, en el hecho de haber asistido el 23 de diciembre de 2014, junto a otros representantes de los trabajadores, a un pleno del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria vistiendo una camiseta en la que se había impreso el siguiente lema: "Donde hay corrupto hay un corruptor. Tanto o más importante que el nombre del político corrupto, es conocer el de la empresa de seguridad corruptora". El texto iba acompañado de una imagen impresa en la que se apreciaban dos personas que estaban entregándose dinero. El demandante, y quienes le acompañaban portaban, también una careta con la imagen de un conocido personaje público a quien mediáticamente se relacionaba entonces con casos de corrupción pública y privada. De otra parte, en la carta de despido se le reprochaba su asistencia a una rueda de prensa, celebrada el 31 de marzo de 2015, en la que, quienes en ella intervinieron, anunciaron y justificaron la convocatoria de huelga en el sector de la seguridad privada en las islas Canarias.

El TSJ de Canarias declaró la procedencia del despido disciplinario.

El TC declara nulo el despido. Declara que la demanda plantea un problema que afecta a una faceta de los derechos fundamentales sobre el que no había doctrina de dicho Tribunal, por cuanto concurren el ejercicio de las libertades de expresión y sindical, en el seno de una relación laboral, y la crítica pública de la actuación de una corporación representativa como lo es el Ayuntamiento, en este caso de Las Palmas de Gran Canaria. Los derechos y obligaciones recíprocos generados por la relación contractual laboral, cuando se residen en representantes de los trabajadores, también delimitan el ejercicio de los derechos fundamentales de manera que manifestaciones de los mismos que en otro ámbito pudieran ser ilegítimas no tienen por qué serlo cuando su actuación se concreta en el ejercicio de las facultades que específicamente se asigna a estos cuando actúan en la defensa de los derechos de los trabajadores a quienes representan. En tales casos, el logro de la efectividad de los derechos del trabajador en el interior de las organizaciones productivas conlleva necesariamente el reconocimiento de un mayor ámbito de libertad y protección en la actuación de los representantes de los trabajadores. Por la razón expuesta, sus titulares han de permanecer indemnes en su situación profesional o económica en razón del ejercicio de sus derechos de acción sindical. Cuando, además, la reivindicación laboral se ejerce frente a personas que realizan funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, puede adelantarse que, en estos casos, el ejercicio del derecho alcanza el nivel máximo de protección, convirtiéndose en prácticamente inmune a restricciones que en otros ámbitos serían admisibles constitucionalmente.

III. TRIBUNAL SUPREMO

POTESTAD SANCIONADORA POR ACTIVIDADES DESARROLLADAS EN EL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE DE ANDALUCÍA SIN TÍTULO HABILITANTE. LA ADMINISTRACIÓN COMPETENTE ES LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Sentencia 1442/2018 de 1 de octubre de la Sección 5ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo.

Recurso de Interés Casacional 2773/2017.

Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso.

El objeto del recurso de casación es la S. del TSJ de Andalucía interpuesto por la mercantil Trocaplaya, S.L., contra resolución de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, por la que impone a dicha mercantil una sanción por importe de 60.101,21 euros, y se le ordena la restitución total del dominio público marítimo terrestre al estado anterior a la comisión de la infracción.

El TSJ declaró que la potestad sancionadora en relación con la ocupación del dominio público marítimo-terrestre corresponde a la Comunidad Autónoma, con la consiguiente falta de competencia de la Administración General del Estado, por lo que anula la sanción.

El Abogado del Estado interpone recurso de casación.

El TS declara que el apartado B del anexo del Real Decreto 62/2011, de 21 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de ordenación y gestión del litoral, bajo el título "Funciones de la Administración del Estado que asume la Comunidad Autónoma e identificación de los servicios traspasados", contempla como funciones traspasadas en el subapartado 1 la gestión y otorgamiento, la vigilancia y la aplicación del régimen sancionador, así como la gestión de los ingresos que se devenguen por la ocupación y aprovechamiento, "En relación con las autorizaciones de usos de temporada en las playas y en el mar territorial (zonas de fondeo, pantalanes flotantes y usos análogos); con las autorización de actividades en las que concurren circunstancias especiales de intensidad, peligrosidad o rentabilidad; y con las autorizaciones de ocupación de dominio público marítimo-terrestre con instalaciones desmontables o con bienes muebles"; en el subapartado 2 "La gestión y otorgamiento de autorizaciones en zonas de servidumbre de tránsito y acceso al mar, así como la vigilancia, tramitación e

imposición y recaudación de las sanciones que corresponda, en lo que se refiere al incumplimiento de éstas en los términos en que fueron otorgadas"; y en el subapartado 4 "La vigilancia, tramitación e imposición de las sanciones que correspondan, así como la recaudación de las multas, en lo que se refiere al incumplimiento de las condiciones de otorgamiento de las concesiones demaniales".

El subapartado 1, relativo, entre otras, a las autorizaciones de usos de temporada en las playas, si bien no contiene un párrafo igual a los que se recogen en los subapartados 2 y 4, en los que las competencias que en ellos se contemplan como trasferidas expresamente se limitan al incumplimiento de las condiciones de las autorizaciones y de las concesiones, ello no supone, como erróneamente considera la mercantil recurrida, que las competencias de vigilancia y aplicación del régimen sancionador respecto a las autorizaciones de usos de temporada en las playas y de las demás previstas en dicho subapartado 1 no se vincule, al igual que en los subapartados 2 y 4, al incumplimiento de las condiciones de las autorizaciones contempladas en el indicado subapartado 1.

El adjetivo posesivo "su" que precede al reconocimiento de competencias en materia de vigilancia y en aplicación del régimen sancionador, en cuanto referido a las autorizaciones de usos que en él se contemplan, delimita el ámbito de esas competencias trasferidas a las autorizaciones en el sentido de que la función de vigilancia y aplicación del régimen sancionador se contrae a vigilar que las condiciones de las autorizaciones se cumplen y a sancionarlas en caso de incumplimiento, pero a nada más.

Interpretar que el subapartado 1 del apartado B transfiere a la Comunidad Autónoma de Andalucía la vigilancia y aplicación del régimen sancionador a usos de temporada en las planas con independencia de las autorizaciones, además de colisionar con la literalidad de la norma de transferencia que reconoce esas competencias a la Comunidad Autónoma en relación con las autorizaciones por ella acordadas, choca frontalmente con la obligación que la Administración del Estado tiene en materia de tutela y policía del dominio público marítimo terrestre, artículo 110. b) de la Ley de Costas.

Además, el TS recuerda que siguiendo la doctrina del TC, los reales decretos de transferencia no incorporan, en ningún caso, normas atributivas ni ordenadoras de competencias, correspondiendo esta tarea a la Constitución, a los Estatutos de Autonomía y a las demás fuentes reclamadas por una y otros al efecto.

En consecuencia, el TS estima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la referida sentencia del TSJ de Andalucía, que casas y ordena retrotraer las actuaciones al momento de dictar sentencia el tribunal de instancia.

ZONA DE AFECCIÓN DE CARRETERAS. LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD. INDEMNIZACIÓN: NO PROCEDE POR CONSTITUIR EL CONTENIDO ORDINARIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD, SALVO QUE SE PRODUZCAN EN SUELO URBANIZABLE, PERO EL DESTINO DEL TERRENO A USO RURAL NO PUEDE GENERAL INDEMNIZACIÓN ALGUNA. INTERÉS CASACIONAL

Sentencia 1442/2018 de 1 de octubre de la Sección 5ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo.

Recurso de Interés Casacional 2773/2017.

Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso.

El interés casacional objetivo del recurso viene referido a la interpretación del artículo 23.4º de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, así como la jurisprudencia que lo interpreta, en orden a determinar si resultan indemnizables las limitaciones derivadas de la zona de afección por previsión de construcción de una carretera cuando se proyectan sobre suelo rústico y producen un perjuicio real y concreto o, si por el contrario, tales limitaciones son únicamente indemnizables cuando se producen en suelo urbanizable.

La referida Ley de Carreteras distinguía entre las limitaciones de la propiedad, las zonas de dominio público, de servidumbre y de afección. En lo que se refiere a la zona de servidumbre, el artículo 22.4º establecía expresamente que serán indemnizables la ocupación de la zona de servidumbre y los daños y perjuicio que se causen por su utilización, mientras que el artículo 23, al referirse a la zona de afección, no contiene regla similar. Es más, para la zona de afección, no solo no se contiene ese derecho de indemnización, sino que incluso se establece la regla especial, no prevista para ninguna de las zonas de dominio público ni de servidumbre, no se excluyen de manera directa, sino que tan solo que las mismas requieren la previa autorización del Administración, técnica de control administrativo, pero que no genera el derecho que es preexistente. En resumen, la zona de servidumbre comporta ya desde su constitución un gravamen sobre la propiedad privada al imponer limitaciones directas para ejecutar determinados usos u obras, las que afectan a la seguridad vial; de otra parte, genera un derecho de la Administración para poder ocupar dicha zona si necesidad de acudir a un procedimiento “ad hoc” de expropiación. Pero en la zona de afección, ni se impone una prohibición expresa en función de una concreta finalidad para ejecutar obras, ni se confiere a la Administración titular de la carretera derecho alguno de ocupación, por lo que deberá acudir a la institución de la expropiación cuando esté interesada en hacerlo. Es decir, lo pretendido por el legislador es que cuando se constituye esa zona de afección, se produzca una congelación de la situación actual de la propiedad del terreno a dicho

omento, manteniendo dichas facultades para el futuro. Es decir, el propietario podrá seguir destinando el terreno al fin que venía haciéndolo antes de la constitución de la zona de afección, con idénticas facultades; lo que condiciones, que no prohíbe, es hacer determinadas mejoras o alteraciones sin la previa finalidad y con la confesada finalidad de que no se incremente el valor del terreno. No hay privación directa alguna al propietario y ningún derecho se adquiere por la declaración de zona de afección por la Administración de manera inmediata.

No obstante lo anterior y sin dejar de reconocer esa diferenciación en cuanto al régimen jurídico entre zona de servidumbre y de afección, es lo cierto que todo el debate de autos se centra en la argumentación que se hace por la Sala de instancia de que estas servidumbres en las zonas contiguas al dominio público de las carreteras, no pueden someterse a un régimen diferenciado cuando afectan al suelo urbanizable o al rústico, reconociendo el derecho a la indemnización solo en aquel primer supuesto y excluyéndolo en el segundo; estimándose por el Tribunal sentenciador que esas limitaciones han de ser apreciadas en su propia naturaleza y que cuando, incluso en suelo rústico, comporten una limitación de la propiedad, debe reconocer el derecho del propietario a ser indemnizado.

Es cierto que la jurisprudencia del TS ha venido declarando reiteradamente que cuando la construcción de una carretera comporta imponer limitaciones sobre el derecho a la urbanización que comporta la clasificación del suelo como urbanizable, debe ser indemnizado, en tanto que no procede la indemnización de las limitaciones que se imponen para el suelo rústico. Ahora bien, concluir de ese razonamiento, como hace la sentencia de instancia, que esas limitaciones no pueden depender más que de sí mismas, y no de si afectan o no a un suelo rústico o urbanizable, y, por tanto, procede la indemnización de tales limitaciones, no puede ser admitido, como, por otra parte, ya se ha declarado reiteradamente por la jurisprudencia de la Sala.

En primer lugar, porque en la tradición de nuestro Derecho urbanístico, hoy abandonada, la técnica de la clasificación del suelo comportaba que el propietario del suelo urbanizable adquiría un derecho a la transformación urbanística. Por ello, si con la construcción de la nueva carretera se cercenaba el mencionado derecho, se imponía un límite a la propiedad, ajena a la propia naturaleza del terreno, que no estaba llamada a esa exclusión, era obligado reconocer el derecho a la indemnización.

En segundo lugar y, por el contrario, cuando se trata de suelo rural, tanto en el supuesto de la zona de afección como en la de servidumbre, la Ley de Carreteras no impone más limitaciones, en ese destino rural, que la necesidad de obtener la previa autorización administrativa para cualquier instalación o edificación. Autorización que para el suelo en zona de afección no tiene impuesta una regulación específica, a salvo la limitación de no ser indemnizables las mejoras en las futuras expropiaciones. Y esas

limitaciones no pretenden sino mantener el “status quo” de la propiedad existente al momento de imponerse la limitación, partiendo de que ese contenido del derecho de propiedad del suelo no comporta exclusión de su destino propio del rural. Y en la medida de que en esta zona de afección la autorización administrativa tiene esa finalidad y limitación, no puede desconocer que el legislador autoriza a su propietario las facultades propias de ese destino, por lo que no podrá denegarse la autorización cuando lo pretendido por el propietario es mantenerlo conforme al mismo.

Y en tercer lugar, de acuerdo con la constante jurisprudencia, debe tenerse en cuenta que la propiedad, ya desde la regulación que de dicho derecho se hace en el artículo 348 del Código Civil, se configura por las facultades que le reconoce la Ley, criterio delimitado al máximo en el artículo 33 de la Constitución que la condiciona a la función social a que la propiedad está subordinada. Es la Ley la que crea el derecho y fija su contenido y, en esa delimitación, se confiere a la Ley la potestad de imponer esas limitaciones generales y, por tanto, sin derecho a indemnización por configurar su contenido general.

En suma, cuando de las zonas de afección se trata, que es a lo que se refiere el presente recurso, el destino del terreno a uso rural no puede generar derecho a indemnización alguna por las limitaciones que se imponen por estar incluido en la zona de afección contigua a una carretera, incluso cuando dichas limitaciones están motivadas por la previsión de una carretera proyectada pero aún no ejecutadas.

En consecuencia, y dando respuesta a la cuestión que suscita el interés casacional, que cuando se trata de terrenos afectados por la zona de afección de una carretera proyectada, a que se refería el artículo 23.4º de la Ley de Carreteras de 1988, las limitaciones que comporta esa afección no comporta derecho a indemnización, por constituir el contenido ordinario del derecho de propiedad, a salvo de que afectara a suelo urbanizable, conforme viene declarando la jurisprudencia del TS.

CONVOCATORIAS

Resolución de 21 de septiembre de 2018, del Sr. Vicepresidente del Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional, por la que se convoca la **IV Edición de Premios CEMCI de Investigación y Buenas Prácticas Municipales**.

[BOP Granada núm. 188 de 1 de octubre de 2018](#)

Abre la convocatoria de la V edición de los **Premios Discapnet** a las tecnologías accesibles.

[Esmart City, 10 de diciembre de 2018.](#)

Resolución de 20 de noviembre de 2018, de la Secretaría General de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (Comunidad Autónoma de Andalucía), por la que se dispone la publicación de la resolución por la que se modifica el ámbito temporal, el plazo de presentación de solicitudes y se actualiza el crédito de la convocatoria efectuada por la Resolución de 5 de julio de 2017, acogida a la Orden de 5 de junio de 2017, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva a las empresas para el **desarrollo industrial, la mejora de la competitividad, la transformación digital y la creación de empleo en Andalucía durante el período 2017-2020**.

[BOJA núm. 251, 31 de diciembre de 2018.](#)

Orden de 26 de diciembre de 2018, de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural (Comunidad Autónoma de Andalucía), por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, dirigidas a Entidades Locales para inversiones de prevención de catástrofes climatológicas (caminos) que dan servicio a explotaciones agrarias, en el marco del **Programa de Desarrollo Rural de Andalucía 2014-2020** (submedida 5.1)

[BOJA núm. 7, 11 de enero de 2019.](#)

Orden de 26 de diciembre de 2018, de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural (Comunidad Autónoma de Andalucía), por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, dirigidas a Comunidades de Regantes para inversiones destinadas a la prevención de catástrofes climatológicas, en el marco del **Programa de Desarrollo Rural de Andalucía 2014-2020** (submedida 5.1).

[BOJA núm. 7, 11 de enero de 2019.](#)



Resolución de 28 de diciembre de 2018, de la Dirección de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales (Comunidad Autónoma de Andalucía), por la que se convoca la presentación de ofertas de espectáculos para el programa **Enrédate. Red Andaluza de Teatros Públicos**, para el semestre julio-diciembre de 2019.

[BOJA núm. 12, 18 de enero de 2019.](#)



AHORA EN EL CEMCI

PREMIOS CEMCI

Convocada la IV Edición de los Premios CEMCI, en sus dos modalidades: Premio "Prácticas municipales exitosas" y Premio "Investigación científica avanzada de la administración y el gobierno local".



Los premios consistirán en una dotación económica de 3.500 euros para los premiados y de 1.500 euros para las menciones especiales, además de la publicación de los trabajos correspondientes.

El plazo para la presentación de trabajos estará abierto hasta el día 31 de agosto de 2019.

Más información, pulsando [aquí](#).

MASTER VIRTUAL EN DIRECCIÓN PÚBLICA LOCAL

Exitosa acogida del nuevo [Máster Virtual en Dirección Pública Local](#) del CEMCI. Los Diplomas de Especialización son autónomos, por lo que si no desea completar el Máster, pero sí obtener una formación profunda y de calidad sobre dichas materias, puede matricularse en alguno/s de ellos de forma independiente.



CARTA DE SERVICIOS



Ponemos a disposición de todos los usuarios nuestra [Carta de Servicios](#), en la que se muestran los servicios que ofrece el CEMCI, junto con un conjunto de compromisos muy concretos que asumimos para dotar a nuestras actividades de la mayor calidad posible. Anualmente daremos cuenta del grado de cumplimiento de los compromisos establecidos en la misma. En la página web del CEMCI se pueden [consultar los avances de resultados semestrales](#) en relación con aquellos indicadores que admiten un seguimiento temporal.

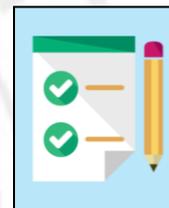
MIRADOR DE NECESIDADES FORMATIVAS



Hemos incorporado a nuestra web el servicio [Mirador de necesidades formativas](#), un servicio estable y permanente donde nuestros reales o potenciales usuarios pueden expresar anónimamente sus sugerencias, preferencias, deseos y necesidades formativas con el objetivo de avanzar en su profesionalización o carrera administrativa o deseen expresar su interés en que sea tratada una determinada temática relevante para el Gobierno o la Administración local.

ENCUESTAS

El Mirador de Necesidades Formativas se complementa con las encuestas individualizadas que el CEMCI realiza a la terminación de cada acción formativa o de divulgación.



Tu opinión nos interesa: puedes evaluar nuestros servicios mediante unas breves encuestas que hemos puesto a disposición de nuestros usuarios: [Actualidad Informativa](#), [Centro de Documentación Virtual](#), [Revista CEMCI](#), [Premios CEMCI](#), [Observatorio de Bancos de Experiencias](#) y [Gobierno Local Abierto y Transparente](#).

SERVICIO “CONSULTA AL CEMCI”

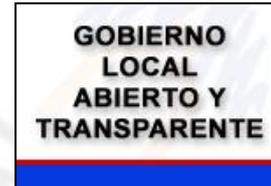


A través del servicio **Consulta al CEMCI** este Centro ofrecerá un sistema virtual de propuestas, alternativas o consejos, ante las solicitudes de consulta de los usuarios o potenciales usuarios del CEMCI, para aconsejar o proponer a los mismos, a título individual y personalizado, posibles o deseables soluciones o alternativas ante consultas demandadas en materia de Derecho y Gestión Pública Local. Para ello contaremos con prestigiosos profesionales especialistas del más alto nivel, colaboradores del CEMCI. ([Más información](#))

GOBIERNO LOCAL ABIERTO Y TRANSPARENTE

Desde la página web del CEMCI se pueden consultar las actividades y prácticas realizadas en torno al denominado Open Government o Gobierno Abierto en las administraciones públicas, especialmente locales, que se han incorporado en esta sección, agrupadas en cuatro apartados:

1. Buenas prácticas,
2. Información de actualidad,
3. Legislación,
4. Directorio de perfiles de Twitter.



[\(Más información\)](#)

OBSERVATORIO DE BANCOS DE EXPERIENCIAS



Desde el Observatorio de Bancos de Experiencias Municipales queremos ayudar a que el eventual usuario de los distintos Bancos de Experiencias pueda conocer de todos y cada uno de ellos, por lo que procedemos a exponer sus principales características. Es por ello que presentamos de cada banco una ficha ilustrativa que recoge los características fundamentales.

El Observatorio trabajará sobre las siguientes categorías, que podrá consultar desde nuestra web:

- [Bancos de Experiencias Municipales en España.](#)
- [Bancos de Experiencias Municipales en otros países de habla hispana.](#)
- [Bancos de experiencias municipales en otros países de habla inglesa y francesa.](#)
- [Publicaciones que representan un banco de experiencias en sí mismas.](#)

Si conoceis cualquier otro Banco de Experiencias que cumpla los requisitos de las categorías mencionadas anteriormente, sería importante que nos lo diérais a conocer para incorporarlo a nuestro Observatorio de Bancos de Experiencias. Podéis contactar con nosotros en cemci@cemci.org.

[\(Más información\)](#)

PORTAL DE TRANSPARENCIA CEMCI



El Proyecto Estratégico del CEMCI, tiene como idea-fuerza, entre otras, la transparencia como forma de actuar de este Centro y para ello, uno de sus objetivos más importantes lo constituye la puesta en marcha un Proyecto de Transparencia de nuestras acciones internas y actividades y servicios externos. La principal herramienta que se creará en consecuencia, estará constituida por un [Portal de Transparencia](#), accesible desde la web del CEMCI, donde se pondrá a disposición de los ciudadanos en general y en particular de nuestros usuarios, la información relativa a este Centro.

ENTREVISTAS EN TEMAS DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN LOCAL

Fundamentalmente profesores o ponentes de nuestras actividades formativas, pero también en general especialistas del mundo local, son entrevistados en temas de máxima actualidad sobre este ámbito. Estas entrevistas son objeto de difusión a través de la [Bitácora Municipal del CEMCI](#) u otros medios de comunicación social.





[Las próximas actividades formativas](#) convocadas por el CEMCI son:

- Cursos Monográficos de Estudios Superiores: [Las novedades de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público \(III edición\)](#). Del 29 de enero al 11 de marzo de 2019
- [Encuentro: marketing electoral](#). Del 29 de enero al 12 de febrero de 2019

- Cursos Monográficos de Estudios Superiores. [Funciones de la tesorería municipal y el nuevo Reglamento de Funcionarios de Habilitación Nacional](#). Del 31 de enero al 27 de febrero de 2019
- [Jornada: responsabilidad civil, administrativa y penal de los empleados públicos locales \(III edición\)](#). 1 de febrero de 2019
- Máster en Dirección Pública Local 2019. [DIPLOMA DE ESPECIALIZACIÓN EN PRESUPUESTOS Y CONTABILIDAD LOCAL \(II EDICIÓN\)](#). Del 5 de febrero al 29 de abril de 2019
- Cursos Monográficos de Estudios Superiores. [Contratación y licitación electrónica \(III edición\)](#). Del 6 de febrero al 5 de marzo de 2019
- Máster en Dirección Pública Local 2019. [DIPLOMA DE ESPECIALIZACIÓN EN PLANIFICACIÓN Y GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS \(II EDICIÓN\)](#). Del 7 de febrero al 1 de mayo de 2019
- Máster en Dirección Pública Local 2019. [DIPLOMA DE ESPECIALIZACIÓN EN DISCIPLINA URBANÍSTICA \(II EDICIÓN\)](#). Del 8 de febrero al 2 de mayo de 2019
- Perfeccionamiento y Profesionalización. [Curso de Estudios Avanzados sobre contratación pública local \(III edición\)](#). Del 12 de febrero al 22 de abril de 2019
- [Jornada: Cómo preparar un Plan Anual de Control Financiero: el análisis de riesgos conforme al Real Decreto 424/2017](#). 12 de febrero de 2019
- [Encuentro: la rentabilidad política de internet para el concejal: redes sociales, correo electrónico, blogs, etc.](#) Del 13 al 27 de febrero de 2019
- Cursos Monográficos de Estudios Superiores. [Documentos administrativos electrónicos, expedientes electrónicos y registro y archivo electrónico \(II edición\)](#). 14 y 15 de febrero de 2019
- Perfeccionamiento y Profesionalización. [Responsabilidad patrimonial de la administración local \(VII edición\)](#). Del 15 de febrero al 14 de marzo de 2019
- [Jornada: tributos cedidos en Andalucía \(Decreto Legislativo 1/2018 de 19 de junio\)](#). 18 de febrero de 2019
- Cursos Monográficos de Estudios Superiores. [Compliance en el sector público local](#). Del 19 de febrero al 18 de marzo de 2019
- Perfeccionamiento y Profesionalización. [La potestad sancionadora local \(V edición\)](#). Del 20 de febrero al 19 de marzo de 2019
- Perfeccionamiento y Profesionalización. [Régimen jurídico y gestión del padrón municipal \(III edición\)](#). Del 21 de febrero al 20 de marzo de 2019
- [Taller: empleo temporal: funcionarios interinos, eventuales y trabajadores temporales e indefinidos. Proceso de consolidación \(IV edición\)](#). Del 21 de febrero al 20 de marzo de 2019
- [Taller: revisión de actos en vía administrativa](#). 21 y 22 de febrero de 2019

- Perfeccionamiento y Profesionalización. [Régimen jurídico de la gestión ambiental desde la administración local: calificación ambiental de actividades, contaminación acústica y residuos \(IV edición\)](#). Del 22 de febrero al 21 de marzo de 2019
- [Taller: gestión tributaria de los impuestos y las tasas en las entidades locales \(V edición\)](#). Del 26 de febrero al 25 de marzo de 2019
- Cursos Monográficos de Estudios Superiores. [Endeudamiento, fondo de financiación y principio de prudencia financiera en las entidades locales \(IV edición\)](#). Del 1 al 28 de marzo de 2019
- [Taller: recaudación voluntaria y ejecutiva \(V edición\)](#). Del 1 al 28 de marzo de 2019
- Perfeccionamiento y Profesionalización. [Curso de Estudios Avanzados sobre rendición de cuentas y auditorías en las entidades locales \(II edición\)](#). Del 5 de marzo al 13 de mayo de 2019
- Cursos Monográficos de Estudios Superiores. [Las concesiones y el contrato de servicios conforme a la nueva Ley de Contratos del Sector Público](#). Del 6 de marzo al 16 de abril de 2019
- Perfeccionamiento y Profesionalización. [Procesos de modernización y cambio de gestión estratégica en las entidades locales](#). Del 6 de marzo al 2 de abril de 2019
- [Taller: mindfulness en el ámbito laboral](#). 7 y 8 de marzo de 2019
- [Taller: descripción, clasificación, análisis y valoración del puesto de trabajo: efectos en las retribuciones de los empleados públicos locales \(IV edición\)](#). Del 13 al 15 de marzo de 2019
- Cursos Monográficos de Estudios Superiores. [Situación actual del derecho urbanístico en Andalucía](#). 18 y 19 de marzo de 2019
- [Taller: control interno local con especial referencia al Real Decreto 424/2017 de 28 de abril, por el que se aprueba su régimen jurídico \(III edición\)](#). Del 20 de marzo al 16 de abril de 2019
- [Taller: praxis de la plusvalía municipal](#). 21 y 22 de marzo de 2019
- [Jornada: innovando y evaluando en las políticas públicas \(II edición\)](#). 26 de marzo de 2019
- [Taller: dinámicas de dirección, motivación y trabajo en equipo](#). 28 y 29 de marzo de 2019

PUBLICACIONES Y BIBLIOTECA



A través de la página web del CEMCI puede consultarse el [catálogo completo](#) de nuestras publicaciones, disponibles tanto en formato papel como en formato electrónico. Si desea adquirir algún título que no esté disponible, póngase en contacto con nuestro [servicio de publicaciones](#).

Si desea [suscribirse a las publicaciones del CEMCI](#), o bien adquirir algún ejemplar, póngase en contacto con publicaciones@cemci.org

Puedes ver las [últimas incorporaciones](#) a nuestro catálogo de biblioteca en el Opac de la Red de Información y Documentación Especializada de Andalucía (Red Idea).



PRÓXIMAS PUBLICACIONES

- La nueva Ley de Contratos del Sector Público. José Antonio Moreno Molina (Coordinador)
- La gestión de la Propiedad Intelectual en la Administración Local. Manuel Ángel López Pérez.
- Planificación en entidades locales: desde la planificación estratégica a la implementación de proyectos. Patricia Molina Hernández.

ULTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS



CENTRO DE DOCUMENTACION VIRTUAL

Accede a nuestro [Centro de Documentación Virtual](#) para consultar los últimos documentos que se han incorporado en sus diferentes secciones:



REDES SOCIALES

Suscríbete en nuestra web a nuestros boletines www.cemci.org

Síguenos a través de los medios sociales



NOVEDADES EDITORIALES



Contaminación acústica. Gestión del ruido por las corporaciones locales. Aspectos jurídicos, técnicos y sanitarios

Jaime Galbarro Muñoz, Joaquín José Herrera del Rey, Antonio Peidro Cuadros, José Luis Rodríguez Laínz

Año de publicación: 2018, 320 págs.
ISBN: 978-84-16219-31-5

Sinópsis

Esta obra está enfocada hacia la necesidad de tomar conciencia del grave problema que supone la contaminación acústica, abordándolo desde una perspectiva multidisciplinar. Como es sabido, el ruido tiene efectos nocivos serios sobre la salud de la población, y está presente en todos los ámbitos de nuestra vida cotidiana. Buena parte de la contaminación acústica tiene su origen en la sociedad del ocio, por lo que, en su mayor parte, es responsabilidad de las autoridades locales y de sus funcionarios. La relación entre el derecho al descanso y a la salud con el derecho a la vida privada a que se refiere la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos da paso a una necesaria protección constitucional que ha de ir más allá de los límites de inmisión tolerados por concretas normas administrativas cuando estas se muestran ineficaces y en la que confluyen ámbitos de protección desde las áreas civil, administrativa, penal y laboral.

Índice

Presentación
Introducción

CAPÍTULO I. CONTAMINACIÓN ACÚSTICA: SER Y DEBER SER

1. Un Auto judicial de ejecución a modo de Prólogo o Introducción, sin comentarios
2. ¿Qué es el sonido?
3. ¿Qué es el ruido? Un poco de historia
4. ¿Qué es la contaminación acústica?
5. ¿Cuáles son las causas o fuentes del ruido?
6. ¿Qué efectos negativos sobre la salud tiene el ruido?
7. ¿Qué es el impacto ambiental?

8. Planes de acción
9. Normativa
10. Vías de defensa contra el ruido
11. Jurisprudencia
12. Epílogo: dos artículos
13. Conclusiones

CAPÍTULO II. LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA MEDIOAMBIENTAL. HERRAMIENTAS EN LA LUCHA CONTRA EL RUIDO Y LA ACTUACIÓN PREVENTIVA Y DE INSPECCIÓN MUNICIPAL.

1. Herramientas en la lucha contra el ruido
2. Actuación municipal frente al ruido
3. Conclusiones

CAPÍTULO III. EFECTOS NO AUDITIVOS DE LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA EN LA SALUD.

1. Introducción
2. Análisis de la interacción ruido-persona en un contexto comunitario, no laboral
3. Cómo daña el ruido la salud
4. Ruido y enfermedades: mecanismos de daño a la salud.
5. Efectos del ruido sobre los fetos y los recién nacidos
6. El ruido y la medicina actual
7. Una historia clínica

CAPÍTULO IV. LAS TERRAZAS O VELADORES: ESPECIAL REFERENCIA A SU RÉGIMEN JURÍDICO EN LA LEGISLACIÓN MEDIOAMBIENTAL ANDALUZA.

1. Preámbulo: la actividad hostelera en la calle mediante la instalación de veladores como actividad contaminante
2. El concepto jurídico de terraza o velador frente a los nuevos retos del sector de la hostelería
3. Regulación de las terrazas de verano o veladores como simple ocupación del dominio público municipal
4. Consideración de las terrazas de veladores como actividad contaminante
5. La instalación de veladores como modificación sustancial de la actividad hostelera.
6. La situación actual: el impacto de la Directiva Bolkestein en el nomenclator: sometimiento de la actividad hostelera a declaración responsable
7. El definitivo sometimiento de la actividad hostelera al régimen de declaración responsable

Apéndices
Bibliografía

NOVEDADES EDITORIALES



Vademécum práctico sobre Derecho de la Unión Europea

Jaime Pintos Santiago

Año de publicación: 2018

ISBN: 978-84-16219-30-8

255 págs.

Sinopsis

Este vademécum busca dotar al lector de unos conocimientos generales, pero amplios en su perspectiva, que le permitan conocer el marco que conforma a la Unión Europea en todas sus vertientes, acometiendo un estudio del funcionamiento de la Unión Europea, de su proceso de creación y desarrollo, de las instituciones y organismos que la componen, de sus normas, originarias y derivadas, de sus procedimientos de decisión y judiciales y de sus fundamentos y características, constituyendo, por su amplitud de miras, su selección y síntesis de datos y su esquematización, una herramienta de calidad de fácil manejo para la consulta inmediata de nociones o informaciones fundamentales. Esta pensado y concebido como libro de poco volumen y de fácil manejo para consulta inmediata de nociones o informaciones fundamentales sobre la Unión Europea y su Derecho.

Índice

CAPÍTULO I. Creación y desarrollo de la Unión Europea. Cronología de adhesiones

1. Antecedentes
2. Modificaciones de los tratados
3. Cronología de adhesiones y estados miembros

CAPÍTULO II. El Tratado de Lisboa o tratado de reforma

1. Introducción: principales razones del Tratado
2. Derechos y valores en el Tratado de Lisboa y más eficacia en la toma de decisiones
3. Más democracia en la Unión Europa tras el Tratado de Lisboa: una Europa más democrática
4. Más coherencia en la actuación exterior

CAPITULO III. Las Instituciones de la Unión Europea (I)

1. El sistema institucional europeo y sus principios básicos
2. El Parlamento Europeo
3. El Consejo de la Unión Europea (CUE)
4. El Consejo Europeo

CAPÍTULO IV. Las Instituciones de la Unión Europea (II)

1. La Comisión Europea
2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea
3. El Tribunal de Cuentas Europeo
4. El Banco Central Europeo
5. Otros organismos con efectos en las entidades locales. Órganos consultivos

CAPÍTULO V. Las fuentes del derecho de la Unión Europea

1. El derecho de la Unión Europea originario: fuente primaria
2. El derecho de la Unión Europea derivado: fuente derivada
3. Actos atípicos
4. Los principios generales del derecho de la Unión Europea. Su importancia capital
5. El principio de autonomía del derecho de la Unión Europea
6. Conclusión

CAPÍTULO VI. Los procedimientos de decisiones legislativas y judiciales. El Presupuesto

1. La toma de decisiones legislativas: los procedimientos de decisión
2. La estructura del sistema judicial en la Unión Europea: los procedimientos judiciales
3. El presupuesto de la Unión Europea

Casos prácticos y test

Glosario

Jurisprudencia

Bibliografía

NOVEDADES EDITORIALES



Trescientas adivinanzas administrativas

Vicente M^a González-Haba Guisado

Año de publicación: 2018

332 págs.

ISBN: 978-84-16219-29-2

Sinopsis

Esta es una obra novedosa en cuanto a la presentación de sus contenidos. Se compone de un total de más de trescientas preguntas que el autor ha agrupado en seis bloques: Organización administrativa y Sector público, Contratación y Patrimonio de las Administraciones Públicas, Empleo Público, Actividad Administrativa, Global y Adivinanzas de reserva. Las preguntas seleccionadas son muy variadas y diversas, tanto desde el punto de vista de su nivel de dificultad como de su planteamiento y resolución, de manera que cada lector pueda elegir las cuestiones que considere más ajustadas a su nivel de conocimientos y a sus necesidades. Para finalizar, la obra incluye un Índice Analítico con el propósito de que el lector pueda manejarlo a la hora de buscar un concepto, una definición, una cita legal, una aclaración, un ejemplo, una solución, etc. Sin duda, tal inclusión podrá resultar útil para un mejor aprovechamiento y manejo del libro.

Índice

Presentación

Prólogo

Abreviaturas y siglas utilizadas

PREGUNTAS Y SOLUCIONES

- I. Organización administrativa y Sector público
- II. Contratación y Patrimonio de las Administraciones Públicas
- III. Empleo Público



- IV. Actividad Administrativa
- V. Global
- VI. Adivinanzas de reserva

Índice Analítico



NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

Acín Ferrer, Ángela

“Las tarifas, nueva categoría de ingresos locales”, en: *La Administración Práctica*, nº 4/2018, pp. 41-51.

Alba Muñoz, Ignacio

“Apud acta por medios electrónicos de poderes inscribibles en registros electrónicos de administraciones públicas”, en: *Actualidad administrativa*, nº 4/2018, pp. 1-4.

Alberto Ciaralli, Carlo

“Límites del principio de estabilidad presupuestaria respecto de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas españolas” en: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 9/2018, pp. 60-83.

Alonso Mas, M.ª José

“Los miembros no adscritos de las entidades locales ante la formulación de la moción de censura: una discutible aplicación del principio de proporcionalidad”, en: *Revista de Administración Pública*, nº 206/2018, pp. 149-178.

Arana García, Estanislao

“La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias”, en: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 10/2018, pp. 6-21.

Boltaina Bosch, Xavier

“Los funcionarios interinos y funcionarios con nombramientos accidentales de habilitados nacionales según el Real Decreto 128/2018 de 16 de marzo. Aspectos legales”, en: *La Administración Práctica*, nº 5/2018, pp. 39-48.

Boltaina Bosch, Xavier

“La equiparación del personal laboral fijo y temporal: ¿más allá de la indemnización por fin de contrato?”, en: *La Administración Práctica*, nº 3/2018, pp. 57-70.

Bueso Guirao, Enrique

“La Sociedad Urbanística Local como medio propio para la promoción de vivienda”, en: *Práctica Urbanística*, nº 151/2018, pp. 1-15.

Cámara Villar, Gregorio

“La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y claves para la reforma constitucional”, en: *Revista de Derecho Político*, nº 101/2018, pp. 395-430.

Campos Acuña, Concepción

“Las funciones electrónicas de los Secretarios en el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo”, en: *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 5/2018, pp. 58-70.

Campos Acuña, Concepción

“Tareas urgentes para la implantación del modelo de contratación de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público”, en: *Contratación Administrativa Práctica*, nº 155/2018, pp. 72-78.

Carbajo Domingo, Miguel Ángel y Vega Felgueroso, Juan

“El procedimiento en la Ley 39/2015: la Sede Electrónica”, en: *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 4/2018, pp. 94-104.

Carrodegas Méndez, Roberto

“Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, en: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 10/2018, pp. 56-79.

Chamorro González, Jesús María

“Limitaciones a la estabilización de empleo público. Competencias de las Comunidades Autónomas”, en: *Actualidad Administrativa*, nº 2/2018, pp. 1-3.

Davara Rodríguez, Miguel Ángel

“Una primera aproximación al Reglamento europeo de protección de Datos y su incidencia en el tratamiento de datos de carácter personal en las Administraciones Públicas”, en: *Actualidad Administrativa*, nº 4/2018, pp. 1-9.

Desdentado Daroca, Eva

“El tortuoso camino de las demoliciones urbanísticas”, en: *Diario La Ley*, nº 9267/2018, pp. 1-13.

Gallego Alcalá, José Domingo

“La transparencia en las menores Entidades Locales”, en: *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 3/2018, pp. 91-101.

García Fernández, Antía

“Problemas actuales de la comprobación de valores. Elección por la Administración y análisis práctico de los principales medios de comprobación”, en: *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 178/2018, pp. 43-62.

García Moreno Rodríguez, Fernando y Villanueva López, Ángel

“Las órdenes de ejecución hoy: de su tradicional apego al deber de conservación a su desarraigo presente y consiguiente desnaturalización. Una visión de conjunto a la luz de su vigente regulación”, en: *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 320/2018, pp. 19-89.

García Rocasalva, Carles

“La primera década de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental: algunas cuestiones de interés”, en: *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 40/2018, pp. 103-147.

García Valderrey, Miguel Ángel

“Modificaciones de los contratos en ejecución por innovaciones urbanísticas posteriores a su adjudicación”, en: *Práctica Urbanística*, nº 150/2018, pp. 1-4.

Gimeno Feliu, José María

“El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, en: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 74/2018, pp. 4-13.

González Botija, Fernando

“Drones: seguridad pública y régimen sancionador”, en: *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 111/2018, pp. 271-310.

Granados Rodríguez, Juan Fernando

“Las transferencias de aprovechamiento urbanístico en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía”, en: *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 320/2018, pp. 91-111.

Guerrero Muñoz, María Dolores

“Consideración del IVA en la contratación pública: especial referencia a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, en: *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 3/2018, pp. 79-90.

Guillén Navarro, Nicolás Alejandro

“El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: el avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa”, en: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 9/2018, pp. 128-147.

Juan Gómez, Mateo

“Breve estudio sobre la incorporación de cláusulas sociales y medio ambientales en la contratación pública actual”, en: *Contratación Administrativa Práctica*, nº 155/2018, pp. 6-21.

Junceda Moreno, Francisco Javier

“La compatibilidad funcional de los policías locales”, en: *La Administración Práctica*, nº 5/2018, pp. 49-57.

Lomo Casanueva, Tomás

“Moción de censura en los entes locales: ¿el fin de las limitaciones de los concejales no adscritos o tránsfugas?”, en: *Actualidad Administrativa*, nº 4/2018, pp. 1-5.

López de la Riva Carrasco, Federico Andrés y Albóniga Iturbe, Jesús Matías

“La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: un cambio sustancial”, en: *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 3/2018, pp. 70-78.

Lorente Martínez, Magda

“Oficinas de Asistencia en Materia de Registros: una apuesta necesaria por la simplicidad, la sostenibilidad y la automatización”, en: *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº especial/2018, pp. 80-95.

Martínez Mico, Gonzalo

“Plusvalía municipal: Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2018, interpretativa de la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017”, en: *Diario La Ley*, nº 9268/2018, pp. 1-5.

Moreno Ibáñez, Iván

“Comentario al nuevo régimen jurídico de los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, en: *Actualidad Administrativa*, nº 3/2018, pp. 1-5.

Moro Tella, Roberto

“La doctrina de “Diego Porras: origen, desarrollo y previsible desenlace de la interpretación de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha puesto en cuestión el marco jurídico de la contratación temporal en España”, en: *Actualidad Administrativa*, nº 5/2018, pp. 1-8.

Muñoz Juncosa, Antonio

“La supresión del informe del Interventor a los pliegos de condiciones”, en: *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 4/2018, pp. 66-73.

Navarro Caballero, Teresa M.

“La encomienda de gestión como técnica de colaboración administrativa en pos de la eficacia en la gestión pública”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 191/2018, pp. 273-296.

Núñez Lozano, María del Carmen

“El municipio turístico de Andalucía: claves sustantivas de su nueva regulación”, en: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 9/2018, pp. 22-40.

Ocón, Juan

“Derecho a la intimidad y registro de dispositivos informáticos: a propósito del asunto Trabajo Rueda c. España”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 113/2018, pp. 327-343.

Ortega Sánchez de Lerín, Pablo

“Qué hacer cuando falla los medios electrónicos”, en: *Diario La Ley*, nº 9267/2018, pp. 1-4.

Ortiz de Zárate Tercero, Alberto

“Innovación en participación ciudadana en el ámbito local. A la búsqueda del valor”, en: *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº especial/2018, pp. 125-140.

Pérez Andrés, Eloisa

“El difícil engarce de la normativa urbanística y el acceso a los servicios en las edificaciones ilegales en suelo no urbanizable: un problema jurídico, social y económico”, en: *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 4/2018, pp. 88-91.

Pons Portella, Miquel

“La acción popular en asuntos medioambientales”, en: *Revista de Administración Pública*, nº 206/2018, pp.179-209.

Quesada Lumbreras, Javier Eduardo

“Los consorcios y la problemática del personal a su servicio”, en: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 10/2018, pp. 40-55.

Razquin Lizárraga, José Antonio

“El recurso especial en materia de contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 191/2018, pp. 11-22.

Robles Carrillo, Margarita

“Seguridad de redes y sistemas de información en la Unión Europea: ¿un enfoque integral?”, en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 60/2018, pp. 563-600.

Rodríguez Duque, Fernando

“La libre designación de los funcionarios locales”, en: *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 4/2018, pp. 47-59.

Rodríguez Puñal, Elicia

“La dimensión electrónica de la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: la perspectiva del licitador”, en: *Actualidad Administrativa*, nº 3/2018, pp. 1-3.

Romero Alonso, Lourdes y Cortés Carreres, José Vicente

“El personal directivo en la Administración Local: las bases de la capacitación directiva (I)”, en: *La Administración Práctica*, nº 4/2018, pp. 61-73.

Sanz Gómez, Rafael

“Cuestiones tributarias sobre los arrendamientos “online” de viviendas para uso turístico”, en: *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 178/2018, pp. 121-153.

Sardina Cámara, Pablo

“Contratación pública y protección de datos: a propósito de la inminente aplicación del Reglamento Europeo de Protección de Datos”, en: *Contratación Administrativa Práctica*, nº 154/2018, pp. 44-46.

Serrano Canón, Manuel

“Un decálogo de lecciones aprendidas sobre innovación pública”, en: *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº especial/2018, pp. 39-54.

Serrano Chamizo, Javier

“Reflexiones sobre las novedades de la LCSP en relación con los convenios colectivos sectoriales”, en: *Contratación Administrativa Práctica*, nº 154/2018, pp. 48-56.

Sospedra Navas, Francisco José

“Aspectos problemáticos de los servicios municipales de cementerio e incineración”, en: *La Administración Práctica*, nº 3/2018, pp. 71-88.

Sospedra Navas, Francisco José

“Contaminación acústica: las competencias municipales en la regulación de los procedimientos de medición del ruido”, en: *La Administración Práctica*, nº 4/2018, pp. 129-134.

Tornos Mas, Joaquín

“La tarifa como forma de retribución de los concesionarios de servicios de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, en: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 74/2018, pp. 14-19.

Torre Martínez, Lourdes de la

“De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 151/2017, de 21 de diciembre)”, en: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 9/2018, pp. 110-127.

Triana Reyes, Belén

“Límites a la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas”, en: *Actualidad Administrativa*, nº 2/2018, pp. 1-5.

Valcárcel Bustos, Mónica Tesalia

“Competencias y reconocimiento de derechos de las personas vulnerables: sanidad, vivienda y derechos fundamentales”, en: *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 111/2018, pp. 341-372.

Los recuerdos del ahora

Ya llega a lo lejos, rechinando el paso del tiempo, ese que dicta con alevosía el estrujar de las horas y el marchitar de las hojas de los calendarios. Así se presenta perenne el invierno, acompasado con el fin del otoño, buscando acomodo en este clima tan nuestro que no sabe si llega o si va, si es invierno o fue verano, pero que entre medias no hay *ná*.

En Granada ya saltan las castañas fritas, los árboles de navidad se empiezan a apuntocar, y en las plazas del centro innumerables puestos nos vienen a explicar que otro año aguarda y que este, más pronto que tarde, nos va a dejar. Así ruge en cada 31 de diciembre, sin antes decirnos qué próximo, cuando el frío nos aguarde, se acabará, siendo imposible detener el tiempo, aunque en la retina siempre habrá un hueco para el recordar.

Detengámonos lentamente en un punto de esta ciudad, esta vez, por qué no, en esa calle que lo impregna todo, y que como un río separa dos orillas entre lo que fue y lo que vendrá. No es de extrañar que el tiempo la haya cambiado, engalanada a todo lo más, es Gran Vía y tiene un toque cuanto menos singular.

Su mayor gracia, su regocijo más inmenso hace ya unas semanas que se viene mostrando, tornándose amarillenta, cobriza cuando pasan un poco más las horas sobre las hojas que cubren las aceras a derecha e izquierda. Son ese manto tan natural, tan genuino, que une culturas entre occidente, arabia y el lejano oriente.

En ese desbroce donde el espacio y el tiempo se unen en un recuento de efemérides anual, aparecen los Ginkgos para inundar nuestras miradas y abarrotar los adoquines en esta época del año. La relación entre estos árboles y la ciudad se remonta a unas largas fechas atrás, en concreto a punto exacto, a poco más de unos centenares de metros de donde hoy hemos partido para empezar a relatar. Los datos hablan de 1889, momento en el cual en la Facultad de Derecho, dónde hoy se encuentra su jardín botánico, se plantó el primero de ellos.

El tiempo es algo que no le resulta extraño, de ahí que los botánicos lo conozcan como el fósil viviente, debido a sus estrechos lazos con parientes suyos allá por el Paleozoico –hace más de cien millones de años-, que no es poco, y que se mantienen hoy con nosotros debido al respeto ancestral que los orientales tienen por ellos.

Los Biloba, apellido que portan estos árboles, han mantenido, gracias a su misticismo, una simbiosis perfecta con el arte. Desde Goethe, por el cual estos recibieron fama en Alemania, hasta Elena Martín Vivaldi, que posaba sus ninfas alrededor de ellos para buscar el borbotar de sus tintas en el papel.

La poetisa granadina fue su mayor exponente aquí en estos lares. Durante sus años como bibliotecaria, donde llegó a ser directora, arremolinaba sus ojos por los ventanales de derecho, en busca de aquel ser, sin saber muy bien el porqué, pero que al igual que Goethe, acabó rendida a su pies, y al que por pleitesía acabó por dedicar, como el alemán, un poema en el que recogiera el sentir que enfrascaban sus expectantes sentidos.

Fue ya a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuando las reformas urbanísticas de la ciudad fueron diseminándolo por distintos recovecos emblemáticos; desde el parque García Lorca hasta nuestra citada Gran Vía. Todos ellos, al llegar estas fechas, nos brindan la oportunidad de comprobar cómo el peso y el paso del tiempo hacen mella en las ramas, suplicando de forma liviana el descenso de sus hojas que se alborotan a los pies de sus troncos. Estas *hojas de la calle*, como las llamó un amigo, nos regalan infinidad de satisfacciones año tras año. Y es que aunque Vivaldi buscara palabras, ella allí solo encontraba recuerdos, y como para todos, el recordar, es nuestra forma de seguir pasando y repasando nuestras vidas.

“Amarillo. Aún no imagina
el viento, la desbandada
de sus hojas, ya apagada
su claridad. Se avecina
la tarde gris. Ni adivina
su soledad, esa tristeza
de sus ramas.”

Elena Martín Vivaldi - *Ginkgo Biloba*

Ignacio Jesús Serrano Contreras

ACTUALIDAD INFORMATIVA CEMCI

La Actualidad Informativa CEMCI constituye una novedad editorial de este Centro, cuya estructura y funcionalidad ya estaba prevista en el Plan de Actividades del CEMCI para el año 2012.

El objetivo principal de esta publicación es la actualización de los contenidos de la Revista CEMCI, haciendo llegar a nuestros suscriptores y colaboradores en general la información sobre la actualidad más reciente, noticias tanto de carácter formativo o doctrinal, así como las novedades o reformas legislativas que surgen día a día.

La temática que incluya cada número dependerá del momento e idoneidad del mismo, así como de la urgencia o necesidad de tratar una información determinada.

La Actualidad Informativa CEMCI es una publicación electrónica, de periodicidad quincenal y difusión mediante correo electrónico. Se puede acceder a su contenido mediante suscripción a las mismas, o bien a través de la Revista CEMCI.

Actualidad Informativa