



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

7

Enero-junio 2016

SUMARIO

Misiones de observación electoral.

María García Díaz-Tendero, capitán auditor

Situación jurídica del buque mercante fletado por el Estado para el transporte de tropas o material bélico.

José Jáudenes Piferrer, capitán auditor

Las operaciones in house providing.

Iago Sagales Balea, capitán auditor

Ámbito normativo de los sistemas aéreos no tripulados.

Mercedes López-Sebastián López-Amor, capitán auditor

Dependencia orgánica y funcional de las Juntas de Contratación del Ministerio de Defensa.

Bernardo Escudero de la Fuente, capitán auditor

La exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas: su disfrute a expensas de las necesidades del servicio.

Ana María Muñoz Saldaña, capitán auditor

La caducidad en el derecho disciplinario militar.

Carlos García Ortega, capitán auditor

Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.



MINISTERIO DE DEFENSA



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

7

Enero-junio 2016

SUMARIO

Misiones de observación electoral.

María García Díaz-Tendero, capitán auditor

Situación jurídica del buque mercante fletado por el Estado para el transporte de tropas o material bélico.

José Jáudenes Piferrer, capitán auditor

Las operaciones in house providing.

Iago Sagales Balea, capitán auditor

Ámbito normativo de los sistemas aéreos no tripulados.

Mercedes López-Sebastián López-Amor, capitán auditor

Dependencia orgánica y funcional de las Juntas de Contratación del Ministerio de Defensa.

Bernardo Escudero de la Fuente, capitán auditor

La exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas: su disfrute a expensas de las necesidades del servicio.

Ana María Muñoz Saldaña, capitán auditor

La caducidad en el derecho disciplinario militar.

Carlos García Ortega, capitán auditor

Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.



MINISTERIO DE DEFENSA

DIRECTOR

Francisco Luis Pascual Sarría, coronel auditor

CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Hernández-Tejero García, general auditor

Jerónimo Domínguez Bascoy, coronel auditor

Antonio López Urgoiti, coronel auditor

SECRETARIO

Álvaro Conradi Monner, teniente coronel auditor

REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Camino de los Ingenieros, 6 (28047 Madrid)

Teléfono: 91 3647393

Fax: 91 3647399

Correo-e: emej@oc.mde.es

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES

<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Edita:



<http://publicaciones.defensa.gob.es/>

© Autores y editor, 2016

NIPO: 083-15-289-5 (impresión bajo demanda)

NIPO: 083-15-290-8 (edición en línea)

ISSN: 2444-6807 (edición en línea)

Fecha de edición: noviembre 2016

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de los autores de la misma. Los derechos de explotación de esta obra están amparados por la Ley de Propiedad Intelectual. Ninguna de las partes de la misma puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en ninguna forma ni por medio alguno, electrónico, mecánico o de grabación, incluido fotocopias, o por cualquier otra forma, sin permiso previo, expreso y por escrito de los titulares del © Copyright.

Sumario

| | |
|---|-----|
| MISIONES DE OBSERVACIÓN ELECTORAL | 5 |
| <i>María García Díaz-Tendero. Capitán auditor</i> | |
| SITUACIÓN JURÍDICA DEL BUQUE MERCANTE FLETADO POR EL ESTADO PARA EL TRANSPORTE DE TROPAS O MATE- RIAL BÉLICO | 27 |
| <i>José Jáudenes Piferrer. Capitán auditor</i> | |
| LAS OPERACIONES IN HOUSE PROVIDING | 41 |
| <i>Iago Sagalés Balea. Capitán auditor</i> | |
| <i>Mercedes López-Sebastián López-Amor. Capitán auditor</i> | |
| DEPENDENCIA ORGÁNICA Y FUNCIONAL DE LAS JUNTAS DE CONTRATACIÓN DEL MINISTERIO DE DEFENSA | 77 |
| <i>Bernardo Escudero de la Fuente. Capitán auditor</i> | |
| LA EXONERACIÓN DE GUARDIAS, SERVICIOS, MANIOBRAS Y ACTIVIDADES ANÁLOGAS: SU DISFRUTE A EXPENSAS DE LAS NECESIDADES DEL SERVICIO | 91 |
| <i>Ana María Muñoz Saldaña. Capitán auditor</i> | |
| LA CADUCIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR.. | 111 |
| <i>Carlos García Ortega. Capitán auditor</i> | |
| NOTICIAS DE LA ESCUELA MILITAR DE ESTUDIOS JURÍDICOS | 131 |

MISIONES DE OBSERVACIÓN ELECTORAL

María García Díaz-Tendero
Capitán auditor

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto y fines de la observación electoral. III. Fundamento legal. IV. Evaluación de la experiencia. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Normalmente cuando hablamos de misiones, solemos pensar automáticamente en misiones militares, en operaciones que revistan alguna de las modalidades en las que suelen clasificarse. Alía Plana¹ recoge la clasificación de operaciones desarrollada por Boutros Ghali que distingue entre las siguientes operaciones de paz: diplomacia preventiva, medidas de establecimiento de la paz, operaciones de mantenimiento de la paz, medidas de imposición de la paz, medidas de consolidación de la paz y ayuda humanitaria. Todas ellas correspondiéndose con la evolución o el ciclo de vida de un conflicto.

Actualmente, el concepto de las operaciones de mantenimiento de la paz se encuentra sometido a revisión tras encomendar el secretario general de Naciones Unidas, Ban Ki-Moon al Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz la realización de un examen amplio de las operaciones actualmente y la forma en que estas podrían «mejorar su eficacia, eficiencia y capacidad de respuesta en un mundo en evolución»².

En cualquier caso, las operaciones siguen teniendo entre otros fines, la promoción y defensa de los derechos humanos, el apoyo en la organización de procesos electorales o el restablecimiento del Estado de derecho. La asistencia

¹ Pérez de Francisco, E. (2015), *Manual de derecho operativo*, Marcial Pons, Madrid, p.153.

² Secretario general de Naciones Unidas, 2 de septiembre de 2015, informe sobre *El futuro de las operaciones de paz de las Naciones Unidas: aplicación de las recomendaciones del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz*.

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/70/357>

electoral, se encuentra entre los objetivos que siguen persiguiéndose en el diseño de las operaciones por multifacéticas o complejas que estas sean de tal forma que continuará siendo uno de los mandatos o tareas encomendadas. De hecho, se considera que si bien los procesos de paz no terminan con un alto el fuego, o cuando se alcanza un acuerdo de paz o se celebran unas elecciones, «la política legítima está en el centro de la paz sostenible»³. Así se sostiene en el informe del Grupo Independiente de Alto Nivel encargado por el secretario general, en el que además se recomienda, de cara al futuro, cuidar especialmente la asistencia electoral, cuestión en la que se comprende la perspectiva de género y de cohesión social en los siguientes términos:

«A la hora de asesorar en materia de elecciones, los asesores deberían considerar cuidadosamente su calendario, y su realización debería tener como objetivo un reparto inclusivo del poder político y no una concentración de este. Los esfuerzos para mejorar la gobernanza deberían encaminarse a abordar el legado de profunda desconfianza entre los Gobiernos y los grupos marginados, ayudando a reparar lo que a menudo es una relación rota. Las mujeres pueden estar en la vanguardia de estos esfuerzos, alentando un proceso de reconciliación nacional y cicatrización de las heridas y exhortando a las dos comunidades y sus dirigentes a comprometerse con un nuevo contrato social»⁴.

Al mismo tiempo y junto a las operaciones de mantenimiento de paz con presencia de personal «uniformado», existen importantes misiones de carácter civil que han ido cobrando relevancia a medida que los escenarios de intervención presentan cada vez más aristas y complejidades que resultan difíciles de afrontar desde una perspectiva única. Entre las misiones civiles recientes o actuales cabría destacar, por ejemplo, las desarrolladas por la Unión Europea. EUJUST LEX en Irak, EULEX Kosovo o EUCAP SAHEL son solo tres ejemplos de cómo estas misiones contribuyen a generar capacidad y apoyan las reformas en materia policial, judicial o aduanera, facilitan acuerdos que pongan fin a las hostilidades y velan por su cumplimiento. También pueden garantizar la seguridad de civiles, refugiados, trabajadores humanitarios y personal de Naciones Unidas, NU, o ayudar en aspectos concretos, como la vigilancia de las fronteras cuando hace falta o incluso la lucha contra la piratería⁵.

³ Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz, 17 de junio de 2015, informe sobre *Las operaciones de paz de Naciones Unidas: aunar nuestras ventajas en pro de la paz-política, alianzas y personas*.

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/70/95>

⁴ V. Nota 3, punto 154, p.60.

⁵ Así se señala en la página web de Acción Exterior de la Unión Europea, en el apartado de Seguridad y Defensa y en el correspondiente a Política Exterior y de Seguridad Común acerca de gestión civil de crisis, en los que se distinguen las políticas de prevención, construcción de la paz y mediación (dentro de mediación y diálogo ya se incluyen referencias a las actuaciones en procesos electorales) y las misiones civiles y militares. Entre estas últimas, en EUCAP SAHEL, por ejemplo se busca, entre otros objetivos, reformar y fortalecer el orden constitucional y democrático.

European Union External Action Service, http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/index_en.htm, 11 de noviembre de 2015, 22 horas.

Aun así son menos las ocasiones en las que se tratan las misiones de carácter no militar. Quizá porque son menos llamativas o más desconocidas o porque su desarrollo es más discreto. Lo cierto es que su origen, gestión y resultados también son diferentes pero en ningún caso menos efectivos. Las misiones «civiles» están igualmente organizadas y provistas de un interesante marco jurídico que conecta la abstracción de los derechos humanos con la concreción de los detalles de funcionamiento de los equipos desplegados.

Entre los fines perseguidos con todas ellas se encuentran los relacionados con el buen gobierno de los pueblos, el fomento de la democracia y la participación ciudadana en la gestión pública. A ellos responde la cuestión de la asistencia electoral, o las misiones de observación electoral. Con ellas, se conectan principios abstractos y derechos universales, como con un enfoque concreto y práctico que ya lleva trazada una larga trayectoria y que tiene refrendo normativo y estructuras desarrolladas en gran variedad de organizaciones internacionales.

El modelo de referencia son las misiones de Naciones Unidas que nacieron tras la Segunda Guerra Mundial coincidiendo en el tiempo con los procesos de descolonización. Este modelo ha ido transformándose y haciéndose más sofisticado de forma que hoy ya no se habla de misiones de observación electoral de Naciones Unidas sino de asistencia electoral. En parte por el cambio de rol asumido por las Naciones Unidas en relación con los procesos electorales y por las funciones asumidas en su Programa para el Desarrollo. Ya no se habla solo de «observación» sino de asistencia, supervisión o apoyos técnicos.

Tampoco el papel de asistencia u observación se presta únicamente por la organización internacional por excelencia de forma exclusiva. Las organizaciones internacionales regionales han ido ampliando sus ámbitos de actuación en el exterior hasta copar en los últimos treinta años la observación de procesos electorales, incluyendo esas misiones en sus programas de acción exterior y en defensa de los derechos humanos. En la actualidad, la Unión Europea, UE, la Organización para la Cooperación y la Seguridad en Europa, OSCE, la Organización de los Estados Americanos, OEA, y la Unión Africana realizan observación electoral, por sí solas o combinando en las misiones participación de varias organizaciones. Se reconoce incluso el papel que juegan algunas organizaciones internacionales no gubernamentales como el Centro Carter, el National Democratic Institute, NDI, o el International Republican Institute⁶.

⁶ Las organizaciones que suscribieron la *Declaración de principios para la observación internacional de elecciones* y el *Código de conducta para los observadores internacionales de elecciones*, el 27 de octubre de 2005 en Nueva York, fueron las siguientes: Unión Africana; Asamblea Parlamentaria - Consejo de Europa (PACE); Asociación de Administradores Electorales de las islas del Pacífico, Australia y Nueva Zelanda (PIANZEA); Centro Carter; Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL); Comisión Europea por la Democracia a través de la Ley (Comisión Venecia); Comisión Europea; Foro de las islas del Pacífico; IFES; Instituto Electoral del África Meridional (EISA); Instituto Internacional de Democracia y Asistencia Electoral (IDEA); Instituto Republicano Internacional (IRI); Naciones Unidas; El Instituto Nacional Demócrata para Asuntos Internacionales (NDI); Organización de los Estados Americanos (OAS); La Organización de la Seguridad y Cooperación en Europa, la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (OSCE/ODIHR); Red Asiática para la Celebración de Elecciones Libres (ANFREL); Red Europea de Organizaciones

En algunas de esas organizaciones se habla del derecho electoral refiriéndose al ámbito interno o nacional, sin embargo todos los instrumentos normativos examinados en este trabajo son de carácter internacional. Se ha desarrollado toda una colección de normas, la mayoría de ellas referidas a organización y financiación, relativas a la supervisión y observación de las elecciones y a las cuestiones ligadas a ellas. Así, se puede partir en el recorrido desde los principales textos aprobados en derecho internacional, que reconocen, en materia de derechos humanos, el que asiste a todos los individuos para votar y participar, directamente o a través de sus representantes, en la dirección de los asuntos públicos y se podría llegar hasta el código de conducta que deben seguir los observadores en el cumplimiento de la misión encomendada.

Durante al menos los últimos treinta años, el auge experimentado por la observación electoral aparece estrechamente ligado al crecimiento de procesos democratizadores. Esta tendencia global ha recorrido Iberoamérica, gran parte de África y Asia y los territorios antiguamente adscritos a la Unión Soviética tras la caída del muro de Berlín. Los procesos se producían como un paso de transición hacia la democracia o hacia la independencia. Más recientemente y tras los acontecimientos de 2011 que fueron bautizados como movimiento de la Primavera Árabe, los procesos electorales volvieron a cobrar fuerza. Ello se ha traducido en numerosas misiones. Solo el Parlamento Europeo ha enviado 170 delegaciones.

Sin duda, la apuesta por la asistencia electoral y especialmente las misiones de observación electoral como instrumento de cooperación, desarrollo, consolidación de la democracia, estabilización y prevención de conflictos, supone una apuesta a largo plazo. Frente a otras formas de intervención y asistencia inmediatas que buscan paliar los efectos más visibles de las crisis y los conflictos, las misiones electorales buscan la conciliación de intereses y la salvaguarda de los más elementales derechos humanos, en su modalidad civil y política.

II. CONCEPTO Y FINES DE LA OBSERVACIÓN ELECTORAL

2.1. DEFINICIÓN

La *Declaración de principios de observación internacional de elecciones*⁷ describe dicha actividad como aquella que «evalúa los procesos electorales de conformidad con los principios internacionales en materia de elecciones democráticas auténticas y con el derecho interno, reconociendo al mismo tiempo que es el pueblo de cada país quien determina en definitiva la credibilidad y la legitimidad de un proceso electoral».

de Observación Electoral (ENEMO); Secretaría del Commonwealth; Servicios Internacionales de Reforma Electoral (ERIS); Unión Interparlamentaria (IPU).

http://eeas.europa.eu/eucom/missions/2013/paraguay/pdf/code_conduct_es.pdf

⁷ V. Nota anterior.

En España, también se maneja una definición descriptiva⁸ que enumera las actividades que se llevan a cabo más que ofrecer un concepto cerrado. Así, una misión de observación electoral (MOE) es aquella en la que se trata de «realizar un análisis en profundidad de las distintas fases del proceso electoral desde el enfoque de ciclo electoral y proporciona una evaluación imparcial, independiente y profesional del mismo. En definitiva, una misión de observación electoral evalúa la calidad de un proceso electoral dictaminando en qué grado este se ha desarrollado de conformidad con los estándares internacionales para elecciones democráticas, las buenas prácticas y la legislación nacional. Por lo tanto los productos más importantes de una misión de observación electoral son la declaración preliminar y el informe final que proporcionan una evaluación de la calidad del proceso electoral y recogen una batería de recomendaciones dirigidas a mejorar los distintos aspectos, procesos e instituciones que intervienen en el proceso electoral». Más sucinta es la definición de observación electoral como «aquella actividad que se limita a verificar el grado de cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales y regionales en materia de elecciones democráticas así como de su legislación nacional que debe recoger dichas obligaciones. Por ello, la observación electoral no puede considerarse como un ejercicio de injerencia».

La OEA por su parte, define la observación electoral internacional⁹ como «un procedimiento mediante el cual un grupo organizado de personas ajenas al país anfitrión lleva a cabo, en forma sistemática, un conjunto de acciones y actividades complejas para constatar en forma directa, completa y exacta un proceso electoral. El objeto de la observación es el proceso». Mientras que la misión de observación electoral internacional es, para la misma organización «el instrumento jurídico con organización propia por medio del cual se lleva a cabo una observación electoral internacional».

Evaluar, analizar, verificar, constatar... Las MOE,s consisten, en definitiva, en comprobar que se cumplen, y en qué grado, los parámetros legales internos e internacionales previamente fijados según los cuales se considera que unas elecciones son auténticamente democráticas y respetuosas con los derechos humanos implicados. Entendiendo que el término elecciones debe cubrir todo el ciclo de vida del proceso electoral y no alcanza únicamente la jornada en que se producen las votaciones en sí.

Por otra parte, definido el concepto de observación electoral y MOE, es preciso distinguir la figura de la observación electoral en sentido estricto de la asistencia electoral o la supervisión. Mientras en esta última, es la Comunidad

⁸ Dirección General de Política Exterior y Asuntos Multilaterales, Globales, 2014, *Manual práctico de observación electoral*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, p.26 y 28.

http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/manual_practico_de_observacion_electoral_para_web.pdf

⁹ Organización de Estados Americanos (OEA), Secretaría General de la OEA (SG/OEA), Secretaría de Asuntos Políticos (SAP), Departamento para la Cooperación y Observación Electoral (DECO), 2009, *Manual para las misiones de observación electoral de la Organización de los Estados Americanos*, OEA, p.10.

https://www.oas.org/sap/docs/DECO/2010/EXOR0903_MANUAL.pdf

Internacional la que asume la dirección de las elecciones, en la observación electoral, existe una prohibición expresa de interferir en el proceso.

Respecto de la asistencia electoral, las MOE,s se diferencian de forma sutil. El término de asistencia electoral empezó a emplearse por Naciones Unidas aproximadamente cuando se puso en marcha el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Si el PNUD asumía la organización y supervisión de las elecciones, la observación devenía incompatible. Por eso en la actualidad y en el ámbito de Naciones Unidas no se desarrollan misiones de observación electoral sino que se presta asistencia electoral como factor independiente de las operaciones de mantenimiento de paz o como parte de ellas. El PNUD no se limita a supervisar las elecciones sino que puede llegar a asesorar sobre reformas procesales electorales o intervenir para ayudar a solventar las controversias tras el recuento de votos, por lo que abarca todo el ciclo electoral de forma mucho más intensa que la mera observación, basada siempre en la no interferencia.

En realidad no fue un cambio brusco sino más bien una transición derivada del cambio de orientación en las misiones. En esos términos la asistencia electoral comprende actualmente la vigilancia electoral así como el apoyo logístico e incluso la organización y supervisión de los procesos si participa el PNUD. La asistencia electoral es por tanto un concepto mucho más amplio que el de observación y acoge componentes de seguridad, vigilancia, apoyo técnico y logístico y solo de forma excepcional Naciones Unidas evalúa o valida la integridad de unas elecciones si media solicitud previa para que intervenga. Lo habitual es que se coordine la asistencia electoral, la observación y el apoyo que desde las operaciones de mantenimiento de paz puede prestarse a ambas acciones. De esta forma, Naciones Unidas colabora con otras organizaciones internacionales o incluso entidades no gubernamentales como las que citábamos en la introducción, para repartir las funciones y procurar la puesta en común de la información extraída.

También en el seno de la Unión Europea se manejan otros términos ligados a la observación electoral para casos especiales que precisan un formato diferente al de misión tradicional de observación electoral. De esta forma han surgido las misiones de expertos electorales y los equipos de evaluación electoral. Las primeras actúan cuando no se estima útil enviar un equipo de observación de corta o larga duración pero sí se quiere contar con una herramienta fiable de análisis del proceso o cuando se tiene interés en el proceso en sí y se considera oportuno hacer constar ese interés. Los segundos son desplegados cuando el país que celebra el proceso no reúne condiciones de seguridad para el envío de observadores ni siquiera en misión de corta duración.

2.2. NOTAS CARACTERÍSTICAS, REQUISITOS Y CRITERIOS A EVALUAR

Las principales notas que rigen las misiones pasan por la cobertura total del ciclo electoral, la imparcialidad, la transparencia y la profesionalidad.

La cobertura total del proceso o ciclo electoral es un principio común que predicen todas las organizaciones que las desarrollan. Dada la premisa de la que

se parte, derechos humanos y buscando siempre la autenticación de la democracia, la intervención de los observadores no puede limitarse al momento de las votaciones. En las leyes electorales internas se regulan todas las cuestiones relativas a las elecciones, plazos de convocatorias, formalidades, presentación de candidaturas y coaliciones, programas electorales, publicidad, información, garantías del voto, recuentos, etc. De igual modo, la observación electoral debe evaluar y testar el cumplimiento de las reglas en todos esos hitos del proceso.

La imparcialidad es el principio por excelencia de la observación y debe conectarse con la profesionalidad de los observadores que deben seguir, en este punto, el código de conducta marcado por las organizaciones. Se trata de evitar contaminaciones que puedan comprometer la fiabilidad de los informes emitidos cuya producción justifica la propia generación de la misión. De ahí también que los equipos de observadores sean cuidadosamente seleccionados y se procure la representación equilibrada de distintas nacionalidades en cada equipo.

A todas esas notas se pueden añadir la no interferencia en el proceso electoral, característica igualmente fundamental que lo diferencia de la asistencia electoral y que supone que los observadores mantengan durante todo el proceso un comportamiento personal intachable, respetuoso con las leyes del país, absteniéndose de hacer comentarios a la prensa o en público y siguiendo siempre la absoluta imparcialidad política.

En el caso de las MOE,s de la OEA la fórmula varía ligeramente y se fijan como principios fundamentales que han de caracterizar las misiones únicamente tres: objetividad y neutralidad, respeto por la legislación interna del país anfitrión y no sustitución de los actores nacionales del proceso.

Como valor añadido de este tipo de misiones, se señala la función testimonial que tiene una misión de observación electoral al rendir cuentas de la calidad de la evaluación. Esta función testimonial puede transformarse en un factor de cambio, motivando hacia la mejora de los estándares medidos o bien, puede fortalecer los mecanismos de presión para que los procesos se constituyan en elecciones genuinamente democráticas. La función testimonial viene a significar un coste para los fraudes electorales. A nivel interno porque merma la legitimidad de los resultados y en consecuencia, puede afectar a la gobernabilidad y el equilibrio político y social y a nivel internacional porque la constancia del fraude puede traducirse en una pérdida de credibilidad como interlocutor válido entre otras consecuencias. En la Unión Europea, por ejemplo, las prioridades marcadas por el Servicio Europeo de Acción Exterior hace que se primen los países con alto grado de vinculación a la Unión Europea a la hora de decidir el envío de las MOE,s. Procurando la cohesión de su acción exterior, se vinculan los criterios de fomento de la democracia y fortalecimiento de sus instituciones con la ayuda al desarrollo.

En cualquier caso, el testimonio que suponen los informes derivados de la actividad observadora es información. Información que cumple con todo un haz de requisitos que la convierten en fiable y veraz y que suministra a los agentes nacionales e internacionales una herramienta de análisis muy apreciada para diseccionar la situación actual y prever la evolución futura en un país.

Además se pueden distinguir según los tipos de MOE,s notas relativas a la invitación a la observación, a su duración, a la generación de la misión... Se dan casos en que existen invitaciones permanentes de un país a una organización para el desarrollo de misiones de observación o en los que la petición del país debe renovarse con cada proceso. También existen misiones de corta o larga duración, una distinción específica de la Unión Europea y de la OSCE que pone el foco en el propio sistema electoral y por tanto requiere más tiempo o bien atiende únicamente un proceso por tratarse de democracias ya consolidadas.

Por último, existen misiones formadas por una única organización o aquellas implementadas por varias que colaboran y coordinan sus esfuerzos, por lo que se habla en ocasiones de misiones «híbridas». En la *Declaración de principios* se describe bien ese espíritu de coordinación y puesta en común:

«Las organizaciones que suscriben la presente *Declaración* y el *Código de conducta para los observadores internacionales de elecciones* anexo a ella, se comprometen a cooperar mutuamente en la realización de las misiones de observación internacional de elecciones. La observación internacional de elecciones puede llevarse a cabo, por ejemplo, mediante misiones individuales de observación internacional de elecciones; misiones conjuntas *ad hoc* de observación internacional de elecciones, o misiones coordinadas de observación internacional de elecciones. En todas las circunstancias, las organizaciones que suscriben la presente *Declaración* se comprometen a trabajar conjuntamente para maximizar la contribución de sus misiones de observación internacional de elecciones»¹⁰.

Como requisitos previos para el despliegue de una misión, la Unión Europea marca la invitación del país en el que se ha de actuar. La OEA, por ejemplo, añade otras premisas como que no existan limitaciones a la MOE, sean de naturaleza legal o reglamentaria, que se garanticen las condiciones de seguridad, libre acceso a la información y amplia cooperación, y sobre todo, que el proceso electoral en cuestión se encuentre regulado legalmente por el Estado que formuló la invitación.

Los criterios que se evalúan en las elecciones son los estándares que la Comunidad Internacional ha fijado para graduar los resultados de la evaluación. Básicamente se trata de siete parámetros que atienden al grado de imparcialidad mostrado por la administración interna que ha desarrollado el proceso electoral; el grado de libertad de expresión que han podido disfrutar los partidos políticos y los candidatos; la amplitud de acceso a los recursos estatales habilitados para las elecciones; la accesibilidad a los medios de comunicación que han obtenido los partidos y candidatos, especialmente los medios de titularidad estatal; cualquier otra cuestión concerniente a la naturaleza democrática del proceso; y el modo de conducir el recuento de los votos y papeletas.

Desde una perspectiva más amplia, se marcan como estándares internacionales para evaluar la calidad de los procesos electorales el principio de sufragio

¹⁰ V. Nota 6.

universal, el derecho a presentarse como candidatos, el sufragio libre, la igualdad del sufragio, el voto secreto, la periodicidad de las elecciones, el derecho a un recurso legal efectivo y el derecho a un recuento justo. En suma, para que las elecciones sean consideradas democráticas han de ser libres, competitivas, inclusivas y transparentes. Cualquier interferencia deliberada en el proceso electoral con el objetivo de alterar la voluntad individual o colectiva de los electores se define como fraude electoral¹¹ en la medida en que distorsiona los resultados genuinos y las preferencias de los electores, pudiendo ser originado el fraude tanto por agentes institucionales como políticos, económicos, de la sociedad civil u organizaciones del crimen organizado.

2.3. OBJETIVOS

De acuerdo con la *Declaración de principios* de octubre de 2005, «la observación internacional de elecciones expresa el interés de la Comunidad Internacional en el logro de elecciones democráticas, como parte del desarrollo de la democracia, que comprende el respeto de los derechos humanos y el imperio de la ley. La observación internacional de elecciones, que centra la atención en los derechos civiles y políticos, forma parte de la supervisión internacional de los derechos humanos y debe llevarse a cabo con el más alto grado de imparcialidad en relación con los contendientes políticos nacionales y debe estar libre de toda clase de consideraciones bilaterales o multilaterales que puedan entrar en conflicto con la imparcialidad»¹².

Se trata en suma de proteger los derechos humanos mediante la celebración de elecciones democráticas en las que se respete la ley y los derechos civiles y políticos y se busca hacerlo de forma imparcial.

En cuanto a los objetivos que se marcan las organizaciones internacionales regionales, la OEA, por ejemplo, marca fines específicos y descriptivos, incidiendo especialmente en la no interferencia del observador en las elecciones, cuestión que conecta con el principio de soberanía, al que en el ámbito de la OEA se otorga suma importancia. D. Nolte razona que precisamente para superar la aparente contradicción entre la vocación democrática de las organizaciones intergubernamentales y los principios de no intervención y autodeterminación en relación con los mecanismos que rigen los procesos electorales en los países miembros, se supeditó la observación al principio de soberanía.¹³

¹¹ Menchón López, I., Madrid 2014, *Manual práctico para observadores electorales de corta duración*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Dirección General de Política Exterior y Asuntos Multilaterales, Globales y de Seguridad, Oficina de Derechos Humanos, Capítulo XVIII, «Tipología del fraude electoral desde la perspectiva del ciclo electoral».

[http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/manual_practico_observadores_electorales_para_web%20\(2\).pdf](http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/manual_practico_observadores_electorales_para_web%20(2).pdf)

¹² V. Nota 6.

¹³ Nolte, D., 1997, *Observación electoral*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 18 de noviembre de 2015, 22 horas.

Los objetivos específicos que se marca la OEA recogen parcialmente los generales de protección de derechos humanos y de observar, analizar y extraer información pero concretan esa guía de propósitos enumerando las funciones a desempeñar. Esos objetivos los constituyen la observación de la actuación de los agentes de las elecciones, analizar, plasmar lo observado e informar; colaborar con las autoridades y la ciudadanía del país; contribuir a elevar la confianza pública y animar a la participación en el proceso; ser instrumento para alcanzar acuerdos entre los participantes (solo si se requiere); hacer recomendaciones con el fin de mejorar los sistemas y mostrar el respaldo y apoyos internacionales para configurar procesos electorales que cumplan los estándares.

La Unión Europea por su parte fija la atención en objetivos más amplios y abstractos. Con las misiones de observación europeas se busca fortalecer el respeto por los derechos civiles y políticos, así como las libertades fundamentales, evaluar de forma sistemática, completa y exacta los procesos, reuniendo información acerca de leyes, procesos e instituciones implicadas y analizar de forma imparcial y profesional esa información recopilada para extraer conclusiones y formular recomendaciones, incrementar la confianza pública en los procesos y contribuir con todo ello a la prevención o solución de conflictos.

No en vano, en la Unión Europea se ubican las misiones de observación entre las herramientas o instrumentos de acción exterior, situando la observación bajo la responsabilidad directa del alto representante del Servicio Europeo de Acción Exterior. Además de las misiones de observación, también existen instrumentos de mediación y diálogo en procesos electorales para la prevención de conflictos, construcción de la paz y mediación como políticas de acción exterior. Teniendo en cuenta la diversidad de mecanismos habilitados y las distintas autoridades que en el seno de la Unión Europea pueden activar la observación electoral, se pone especial énfasis en la coordinación institucional y en la cohesión de las decisiones, procurando siempre que todas estén impregnadas de coherencia de modo que la decisión política de observar que muestra el apoyo al proceso democratizador en un país determinado se adopte en consonancia con la política exterior general y las directrices de cooperación y desarrollo marcadas.

En su Resolución de 8 de mayo de 2008¹⁴, el Parlamento Europeo constataba que la coordinación entre las instituciones de la Unión Europea y dentro de la Comisión había resultado positiva en general pero lamentaba que en algunos casos también se haya hecho notar la falta de cohesión. Por ello, destacaba especialmente la importancia de coordinar todas las declaraciones públicas referentes a las conclusiones de las MOE,s de la Unión Europea y sugería la reasignación de funciones entre Parlamento y Consejo en relación con el Grupo de Trabajo del Consejo sobre los derechos humanos. Igualmente, ya en 2008 se pedía a la Comi-

http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_publicnea/Tratado/La%20Observacion%20Internacional.htm

¹⁴ Parlamento Europeo, Resolución de 8 de mayo de 2008 sobre las misiones de observación electoral de la Unión Europea: objetivos, prácticas y futuros desafíos (2007/2217(INI)), puntos 25 a 28.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52008IP0194>

sión que, a la hora de negociar acuerdos de asociación o asociaciones estratégicas, examinara la manera de incluir la viabilidad de los procesos de observación electoral en los países del Mediterráneo Meridional y de Oriente Próximo.

Desde la perspectiva española, las MOE,s deben aspirar a los mismos fines señalados por la Unión Europea: contribuir a la construcción y consolidación de los sistemas democráticos, reducir los niveles de fraude, prácticas irregulares e intimidación, vigorizar la transparencia y en consecuencia la confianza en el proceso, reforzar la aceptación de los resultados y con ello la legitimidad de las autoridades surgidas y finalmente, fortalecer el respeto de los derechos humanos.

III. FUNDAMENTO LEGAL

Las MOE,s desplegadas encuentran su fundamento legal en los propios textos fundacionales de las organizaciones que las desarrollan pero también en textos ampliamente refrendados por la Comunidad Internacional en su conjunto. Además se complementan con toda una colección de normas internas de las organizaciones por las que se concretan las reglas a las que debe someterse su funcionamiento.

A la vista del rango de las normas que las consagran y el vínculo que se establece con los derechos humanos que tratan de salvaguardarse, no puede dudarse de la importancia que se otorga a la observación electoral, si bien, como se recoge en algunos textos de la Unión Europea, lo ideal sería que algún día desaparecieran, que dejaran de ser necesarias. La regulación y el reconocimiento de su importancia nace precisamente de su necesidad. Las misiones siguen desplegándose porque siguen siendo necesarias, porque la demanda crece y porque a pesar de que los derechos humanos son universalmente reconocidos, la violación de esos derechos no cesa.

3.1. NACIONES UNIDAS

En el ámbito de las Naciones Unidas, organización pionera en actividades de observación electoral, se ha de partir de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

En el Artículo 21 de la primera¹⁵, se reconoce el derecho de toda persona a participar en el Gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos y a acceder en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. Igualmente, se consagran los principios democráticos, aun sin recoger expresamente la palabra democracia, afirmando que la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público y esa voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por su-

¹⁵ Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, París, 10 de diciembre de 1948, consultado el día 18 de noviembre de 2015, 22 horas. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

fragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

En el Artículo 25 del segundo de los textos¹⁶, se reproduce prácticamente el precepto del párrafo anterior. Los términos recogen el derecho de sufragio activo y pasivo, el derecho de acceso a la función pública y los principios que deben observar las elecciones. Resulta curioso que en el *Pacto* se hable además de «derechos», como en la *Declaración Universal*, de «oportunidades». No deja de ser una fórmula que refuerza el sentido que se ha de dar a la *Carta de Derechos*. Se trata de dotar de verdadero significado a la *Declaración* de forma que no sea meramente programática, para que se habiliten los mecanismos de activación y ejercicio de esos derechos.

«Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el Artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país».

Además de los textos básicos de Naciones Unidas, que se toman como referencia en todas las demás cartas de las organizaciones internacionales regionales, para formular sus declaraciones de derechos humanos, en materia de observación electoral destaca, en el ámbito global en el que podemos situar a las Naciones Unidas, la *Declaración de principios para la observación internacional de elecciones* y el *Código de conducta para los observadores internacionales de elecciones* el 27 de octubre de 2005 en Nueva York¹⁷. Una declaración reciente y fundamental por el volumen de seguimiento y adhesión a la misma en la que constan tanto las organizaciones internacionales regionales como organizaciones no gubernamentales.

Aunque ya hemos visto que Naciones Unidas renombró las actividades de observación electoral bajo el término más amplio de «asistencia electoral», asumiendo funciones más complejas, sigue siendo el primer referente en la protección de los derechos humanos.

Así, como parte del mandato de las operaciones de mantenimiento de paz puede encomendarse la protección y promoción de los derechos humanos y la asistencia en la organización de procesos electorales. En estos casos, los procesos suelen celebrarse con posterioridad al conflicto. En los acuerdos de paz suele incluirse la previsión de celebración de elecciones como un paso necesario hacia la configuración institucional y la legitimidad de los nuevos gobernantes. Las operaciones se ponen en estos casos al servicio de los procesos electorales, cooperando con otras organizaciones para garantizar su credibilidad y transparencia.

¹⁶ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, firmado el 16 de diciembre de 1966, consultado el día 18 de noviembre de 2015 a las 22 horas, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

¹⁷ V. Nota 6.

En otros casos, un país puede solicitar la asistencia de Naciones Unidas a través de su PNUD. Mediante este programa se presta la asistencia electoral que puede consistir en la organización y supervisión de las elecciones o bien en una asistencia técnica sobre materias.

En cuestiones relativas a seguridad, por ejemplo, se pueden planificar patrullas o establecer los protocolos que aseguren la indemnidad de las urnas en las que se depositan los votos. En materia de asesoramiento técnico, se orienta sobre las reformas legislativas e institucionales que pueden mejorar los sistemas. Desde un punto de vista logístico también se puede respaldar y facilitar por medio de infraestructuras y materiales el proceso. Naciones Unidas puede colaborar también difundiendo información sobre el proceso. En suma, el PNUD brinda asistencia técnica durante todo el ciclo electoral, pudiendo llegar a auxiliar en la solución de controversias después de contados los votos.

3.2. UNIÓN EUROPEA

Previamente al Tratado de Lisboa (2009), los Gobiernos de la Unión Europea alcanzaron el acuerdo de que la naturaleza básica de la capacidad de defensa de la Unión debía dedicarse a operaciones humanitarias y de rescate, de mantenimiento de la paz y de gestión de crisis militares, denominándose a este paquete de acciones «Misiones Petersberg»¹⁸. Esas misiones se consideran el antecedente directo de las actuales operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea. A esa etapa corresponden los Reglamentos (CE) 975/1999 y 976/1999 ambos del Consejo y de la misma fecha, 29 de abril de 1999, que fundamentan jurídicamente las acciones comunitarias que tengan por fin desarrollar y consolidar la democracia y el Estado de derecho, respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La adopción del Tratado de Lisboa supuso un importante avance en materia de Seguridad y Defensa. La Unión Europea asumía, como relevante actor internacional su cuota de responsabilidad en el mantenimiento de la paz y seguridad global y afrontaba la cuestión desde un punto de vista práctico, incidiendo en la prevención de los conflictos de forma que las crisis puedan diagnosticarse y gestionarse desde un estado temprano. Tomando como ejemplo las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas, la regulación de las misiones en la Unión Europea, también llamadas misiones PESD (por la Política Europea de Seguridad y Defensa), ambas categorías, como recuerda García Martín, comparten naturaleza, alcance y funciones, con la singularidad de que las operaciones de gestión de crisis han sido creadas por organizaciones regionales, como la Unión Europea o la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO), mientras que las conocidas como operaciones de mantenimiento de la paz se crearon en el seno de la Organización de la Naciones Unidas¹⁹.

¹⁸ Hix S./Hoyland B. (2012), *Sistema político de la Unión Europea*, Mc Graw Hill, p.323

¹⁹ García Martín, L. (28 de febrero de 2014), *La PCSD a través de operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea: estudio de caso de la EUTM Mali*, Documento opinión 21/2014 Instituto Español de Estudios Estratégicos.

En los textos fundacionales de la Unión Europea aparecen las bases del fomento de la democracia y la promoción de los derechos humanos. El Artículo 2 del Tratado de la Unión Europea señala como bases de la UE los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho. También el Artículo 21 establece como objetos de la acción exterior la promoción de la democracia, el Estado de derecho, el respeto de derechos humanos así como la promoción de la paz y el desarrollo sostenible. Junto a ellos pueden citarse la *Convención europea para la protección y los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa* y la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*.

La postura de la Unión Europea con respecto a la observación de elecciones ha ido evolucionando, al igual que la propia Unión, partiendo siempre de los principios estructurales ya expuestos. De hecho, coincidiendo con la aprobación del Tratado de Lisboa en 2009, el Consejo de la Unión Europea aprobó varios documentos que enmarcaron la nueva estrategia a seguir en apoyo a la democracia. Es conveniente resaltar una vez más que las misiones se enmarcaron entonces en una estrategia más amplia de acción exterior por lo que la política de promoción de derechos humanos y democracia y de cooperación al desarrollo están indisolublemente unidas a la política comunitaria exterior. De hecho, otra de las fuentes que se cita en relación con las actividades en las que se concreta la política exterior es el *Convenio de Lomé*, reemplazado por los Acuerdos de Cotonou (2000 y 2004)²⁰, acuerdos de intercambio comercial y asistencia mediante los que la Unión Europea fomenta la integración en la economía global de países menos favorecidos. A raíz de la firma de esos acuerdos, la Unión Europea, buscando una mayor coherencia de sus políticas, introduce una cláusula democrática en sus acuerdos de cooperación con terceros países, por la que se vincula la ayuda al desarrollo al respeto de los derechos humanos y los logros de los procesos democráticos. La observación electoral se constituye así en una poderosa herramienta de comprobación de estándares y también en una forma de compeler al cumplimiento de los compromisos que conlleva la ayuda recibida.

También en el año 2000 se aprobó el documento de referencia de la Unión Europea para la observación electoral, la *Comunicación de la Comisión sobre las misiones de apoyo y observación electoral de la Unión Europea*²¹. Destaca en el texto la conjunción de observación y asistencia electoral como materias complementarias.

En 2011, tras los intensos movimientos de origen cívico agrupados en torno a la denominada «Primavera Árabe», se evidenció la necesidad de revisar de

http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2014/DIEEEE021-2014_PCSD_UE_OperacionesEUTM_LauraGarcia.pdf

²⁰ Parlamento Europeo, Acuerdo de Cotonou, consultado el día 19 de noviembre de 2015 a las 22 horas. <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:r12101&from=ES>

²¹ Comisión de las Comunidades Europeas, *Comunicación de la Comisión sobre las misiones de apoyo y observación electoral de la Unión Europea*, Bruselas, 11 de abril de 2000. COM (2000) 191 final. Consultado el texto completo en la página web del Parlamento Europeo el día 19 de noviembre a las 22 horas.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:r10105&from=ES>

nuevo el planteamiento de la observación. Sin dejar de lado todos los avances conseguidos, la Unión Europea se mostró partidaria de la consolidación de la democracia, renovando su compromiso para promoverla y poniendo de relieve el papel de la sociedad civil y la vital importancia de los procesos de transición democrática. Igualmente y en consonancia con la cláusula democrática descrita en Cotonou, se ofrecen incentivos a los países que muestren su disposición a afrontar reformas políticas. Los incentivos pueden consistir en un encaje más integrado en la economía, más financiación, mayores cotas de movilidad de los nacionales o la posibilidad de acceder al mercado comunitario.

En relación con Europa, el Consejo de Europa impulsa una iniciativa que merece la pena citar en relación con la asistencia electoral. Se trata de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, también conocida como Comisión Venecia. Es el órgano asesor del Consejo de Europa en cuestiones constitucionales, fue creada en mayo de 1990 y actualmente son miembros 60 Estados, los 47 del Consejo de Europa y otros 13 de diferentes continentes. Sus áreas de trabajo comprenden cuestiones referidas a derechos humanos, constitucionalismo y elecciones y referéndums. Asesoran sobre ellas y prestan asistencia en casos de conflictos, emergencias y procesos de transición democrática. La propia Comisión Europea y la OSCE participan en sus sesiones plenarias. Pese a que pasa desapercibida entre las grandes organizaciones internacionales, es ineludible citar siquiera la Comisión Venecia, tanto por el volumen de Estados que participan en ella como por las materias propias de actividad. Cabe resaltar igualmente que la Comisión Venecia es una de las entidades adscritas a la *Declaración de principios para la observación internacional de elecciones*²².

3.3. OSCE

Antes de examinar la fuente en la que la OSCE basa sus misiones, es preciso distinguir su actividad de la de la Unión Europea, en la medida en que podría pensarse que ambas confluyen en intereses, estrategias y sobre todo ámbito geográfico. Ciertamente, la OSCE comparte, en materia de observación electoral, pilares metodológicos así como valores y principios rectores con la propia Unión Europea, sin embargo ambas organizaciones se diferencian por un lado en el ámbito geográfico sobre el que actúan, y por otro, en el tipo de procesos democráticos que son su objeto. Mientras la OSCE observa los procesos electorales en sus 57 Estados participantes, la Unión Europea envía sus observadores a África, Asia, América Latina y Oriente Medio. En relación con los tipos de procesos, la OSCE actúa, sirviéndose de su Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos tanto en democracias ya consolidadas como aquellas en progreso. La Unión Europea en cambio, limita su campo de actuación a las democracias emergentes o en vías de consolidación. Se produce así un reparto de procesos electorales y también existe un alto grado de cooperación entre ambas

²² V. Nota 6.

estructuras para evitar precisamente la duplicidad de esfuerzos y optimizar los recursos.

En un documento básico sobre derechos humanos elaborado por la Conferencia sobre «La Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE)»²³ se sentaron las bases sobre observación electoral en el ámbito de la OSCE. Tras glosar la importancia que para los derechos humanos tiene la celebración de elecciones bajo ciertos estándares, se daba paso al compromiso de permitir la presencia de observadores u otros agentes privados no solo en las elecciones nacionales en los siguientes términos:

«Los Estados participantes consideran que la presencia de observadores, ya sean extranjeros o nacionales, puede realzar el proceso electoral de los Estados en que se celebren elecciones: por consiguiente, permitirán a observadores de otros Estados participantes de la CSCE, así como a instituciones y organizaciones privadas adecuadas que lo deseen, observar el curso de los procesos electorales nacionales, en la medida permitida por la ley. Asimismo, contribuirán a facilitar un acceso similar a los procesos electorales de nivel inferior al nacional. Dichos observadores no interferirán en los procesos electorales».

3.4. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

El Tratado de 1948²⁴ por el que dio origen a la Organización de los Estados Americanos es la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. En ella se contemplaba desde el principio el respeto a la democracia pero fue a través de sucesivas reformas y de otros tratados aprobados con posterioridad como se erigió el compromiso con la democracia como una prioridad, junto al de no intervención o no injerencia (ligado como ya vimos al principio de soberanía). Aquella *Carta* no contenía lógicamente mandato alguno acerca de la observación electoral, pero al igual que las declaraciones de derechos ya examinadas, contenía las bases para constituir las MOE,s como uno de los instrumentos de consolidación democrática.

Los Artículos 2 y 3 de la *Carta* recogen casi literalmente los derechos de los Artículos 21 de la *Declaración de Derechos Humanos* y 25 del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*.

Es propio además de la Organización de Estados Americanos la creación de un Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Po-

²³ Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE), del 5 al 29 de junio de 1990, Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre «La dimensión humana de la CSCE», punto 8. <http://www.osce.org/es/odihr/elections/14304?download=true>

²⁴ La *Carta de la Organización de los Estados Americanos* fue firmada en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948, y entró en vigor el 13 de diciembre de 1951. Consultado el texto en la página web de la OEA el día 19 de noviembre de 2015 a las 22 horas.

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm

líticos fundamentado en la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* y en la *Convención americana sobre derechos humanos* o *Pacto de san José de Costa Rica*. En el primero de esos textos se contempla el derecho de sufragio y el de participar de la función pública. En el segundo, se enmarca directamente las condiciones de las elecciones democráticas con los estándares internacionales descritos en el punto II de este trabajo (elecciones periódicas, voto secreto, sufragio universal, etc).

3.5. UNIÓN AFRICANA

En el ámbito de la Unión Africana también se da cabida al reconocimiento de los derechos humanos, especialmente a los políticos, posibilitando con ello la constitución de misiones de observación electoral. La *Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos* de 1981²⁵ articula en su Artículo 13 el derecho de todo ciudadano a participar libremente en el Gobierno de su país, ya sea directamente o a través de representantes elegidos libremente de acuerdo con las previsiones legales. Ese Artículo sienta las bases que después han implementado otros textos. Así, en el año 2007 se aprobó la *Declaración de la Unión Africana sobre los principios rectores de las elecciones democráticas*.

También la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEEAO) aprobó en 1991 la *Declaración de principios políticos de la CEEAO* y en 2001 el *Protocolo de la CEEAO sobre democracia y buen gobierno*. El más reciente de los textos es el aprobado en 2004 por la Comunidad de Desarrollo de África Austral, bajo el nombre de *Principios y orientaciones para las elecciones democráticas*.

IV. EVALUACIÓN DE LA EXPERIENCIA

Desde las primeras MOE,s desplegadas en los años 50 hasta ahora, los cambios han sido notables. Las cifras de misiones no han dejado de aumentar y la orientación que se ha dado a la observación electoral también ha ido adaptándose, si bien, la esencia de promoción de la democracia no ha variado desde sus comienzos.

Solo la OSCE ha desarrollado a través de su Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos 300 misiones en distintos formatos desde 1996 hasta el 25 de octubre de 2015. La Unión Europea por su parte, ha desplegado a través del Parlamento (canal esencial para el envío de delegaciones), el Consejo, la Comisión, o de forma combinada entre sus instituciones desde el año 2000 hasta finales de 2015 unas 200 misiones. Por último, la OEA observó desde 1962 hasta 2014 unos 200 procesos electorales entre Iberoamérica y Caribe.

²⁵ Unión Africana, *Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos*, 1981, consultado el 19 de noviembre de 2015 a las 22 horas. <http://www.au.int/en/treaties/african-charter-human-and-peoples-rights>

En cuanto a España, según las cifras publicadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, solo durante el año 2014 participó en las MOE,s con la aportación de 101 observadores repartidos entre misiones asumidas por la Unión Europea, la OSCE o la OEA.

El extenso recorrido de las MOE,s permiten hallar ejemplos de observación en la práctica totalidad de los países del globo. El más reciente de los informes publicados por la Unión Europea es el referido a las elecciones presidenciales y parlamentarias celebradas en Nigeria el 28 de marzo de 2015. La última de las misiones de observación terminadas cuyo informe final²⁶ se encuentra disponible en la página web del Parlamento Europeo fue liderada por un español y su informe refleja bien todos los aspectos examinados sobre las MOE,s en este trabajo.

Siguiendo escrupulosamente las orientaciones de los manuales de observadores, se refleja en el informe la invitación del país a enviar una delegación, la decisión de la alta representante y vicepresidenta de la Comisión, la composición del equipo enviado, los antecedentes del país, 16 años bajo el gobierno del mismo partido político, la situación general, el programa que siguió el equipo, el asesoramiento que prestó ante los problemas técnicos detectados, el marco legal, la labor de la Administración local, el registro de votos, la campaña, la perspectiva de género, etc. La valoración global que otorga el equipo de la MOE es positiva a pesar de los fallos sistémicos.

Las MOE,s siguen desarrollándose y tienden a aumentar, a la vista de la creciente demanda de delegaciones que reciben las organizaciones que forman los equipos. Dada la necesidad de financiación que conllevan, su futuro pasará probablemente, por crear asociaciones o formar equipos híbridos. Ese es el giro que el secretario general de Naciones Unidas ha preconizado para las operaciones de mantenimiento de paz, con cuya referencia empezábamos este trabajo. En su informe de 1 de abril de 2015²⁷, Ban Ki-Moon escribe:

«56. Los redactores de la *Carta de las Naciones Unidas* demostraron una gran visión de futuro al prever una estructura de seguridad colectiva mundial, con las Naciones Unidas como centro, en que los acuerdos regionales tuvieran una función clara. Como se muestra en el presente informe, la asociación entre las Naciones Unidas y las organizaciones regionales en lo relativo a las actividades de mantenimiento de la paz nunca ha sido más fuerte, especialmente en África.

57. Por lo tanto, hemos entrado en una era de “mantenimiento de la paz mediante asociaciones”, en que una estrecha cooperación entre varios agentes multilaterales a lo largo de todas las etapas de una cri-

²⁶ Nart, J., 2015, *Election, Observation, Delegation to the Presidential and Parliamentary Elections in Nigeria*, European Union. http://www.eucom.eu/files/pressreleases/english/eu-eom-nigeria-2015-final-report_en.pdf

²⁷ Secretario General de Naciones Unidas, 1 de abril de 2015, informe sobre *Alianzas para la paz: hacia las asociaciones de colaboración en cuestiones relacionadas con el mantenimiento de la paz*. Puntos 56 y 57.

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2015/229>

sis se está convirtiendo en la norma, y en un componente esencial de todas las organizaciones. En lugar de que una organización se vaya y haga entrega de sus mandatos y responsabilidades a la otra, las funciones respectivas de las organizaciones evolucionan constantemente para responder a las nuevas necesidades y complementar las funciones cambiantes que desempeñan las demás. Este es un cambio de paradigma que no es resultado de la casualidad, sino que refleja la valiosa contribución que puede hacer cada organización, ya sea en la esfera política, de seguridad, de derechos humanos, de desarrollo o humanitaria, durante cada período de la respuesta general. También refleja el claro reconocimiento de que ninguna organización por sí sola puede hacer frente de manera eficaz a problemas de paz y seguridad cada vez más complejos y polifacéticos, ya sea a nivel subregional, regional o mundial. Responder a esos problemas ha sido y debe ser cada vez más un esfuerzo conjunto».

De ahora en adelante se tratará a menudo de hacer esfuerzos conjuntos en el área de los derechos humanos y por tanto, también en la observación electoral.

V. CONCLUSIONES

I. La promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales y en especial, de los derechos civiles y políticos, otorga una enorme relevancia a los procesos electorales. Las elecciones son un instrumento de ejercicio de esos derechos y libertades, y las elecciones, para colmar la plenitud de los derechos, reconocidos por otra parte en cartas y declaraciones universales o regionales, han de satisfacer unos estándares que implican los fundamentos de la democracia.

II. Las misiones de observación electoral nacen con el fin de evaluar el cumplimiento de esos estándares en los procesos electorales. La actividad de observación electoral surgió esencialmente en los procesos que tenían lugar tras situaciones de conflicto, como consecuencia de acuerdos de paz, o bien durante los procesos de transición hacia la democracia pero hoy en día pueden tener lugar en procesos electorales de democracias consolidadas.

III. Las MOE,s verifican el grado de cumplimiento de los parámetros legales internos e internacionales previamente fijados según los cuales se considera que unas elecciones son auténticamente democráticas y respetuosas con los derechos humanos implicados, alcanzando todo el ciclo de vida del proceso electoral y absteniéndose siempre los observadores de interferir en el proceso.

IV. Ha de distinguirse la actividad de observación de las acciones de asistencia electoral, organización y supervisión. Dependiendo del grado de implicación de la organización internacional que envía la delegación al proceso electoral y las funciones que asumen se diferencia entre unas y otras.

V. El objeto esencial de la observación es recabar cuanta información del proceso sea posible, en toda la extensión de su ciclo de vida, para poder proceder después a un análisis exhaustivo de los datos y sobre todo a una evaluación del

cumplimiento de los criterios democráticos. De ahí la radical importancia de que el observador refleje y plasme todas las circunstancias en sus informes.

VI. Una vez evaluada la información, es posible realizar un diagnóstico del proceso electoral y en consecuencia del nivel democrático observado y el grado de respeto a los derechos y libertades. Con ello se pueden extraer consecuencias relativas a la aceptación social de los resultados, la legitimidad de los gobernantes resultantes, el posible fraude electoral y los agentes causantes, el nivel de corrupción, etc.

VII. De esta forma las MOE,s constituyen una herramienta de prevención y detección precoz de conflictos así como un instrumento de mediación y diálogo para procurar reconducir las crisis antes de que se produzcan o durante sus estadios tempranos. Se trata en definitiva, de una poderosa acción de política exterior.

VIII. Como mecanismo de cooperación y ayuda al desarrollo y de fortalecimiento de la democracia ha sido implementado por todas las organizaciones internacionales regionales que ven en las MOE,s una apuesta de futuro hacia la estabilidad y la seguridad. Todo ello junto con la creciente demanda de misiones y delegaciones marcan las últimas transformaciones de las MOE,s.

IX. Tras multitud de misiones, actualmente se desarrollan nuevas formas de cooperación entre organizaciones para optimizar el envío de delegaciones y evitar duplicar los esfuerzos. Al igual que en las operaciones de mantenimiento de paz, en las que se ha comprobado que una sola organización difícilmente puede hacer frente a todos los retos y necesidades que se le plantean, cada vez más misiones de observación tienen un carácter híbrido, combinando los repartos geográficos, de funciones o personal las distintas organizaciones.

X. Por último, en consonancia con su formulación como herramienta de política exterior, las MOE,s han de guardar la debida coherencia con el haz de acciones desplegadas por la organización correspondiente. La propia decisión de observar, es una decisión política, por ello se anuda a las prioridades y objetivos estratégicos de conjunto. Este último rasgo es especialmente reseñable en la política exterior de la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

Pérez de Francisco, E. (2015), *Manual de derecho operativo*, Marcial Pons, Madrid, p.153.

Secretario general de Naciones Unidas, Ban Ki-Moon, 2 de septiembre de 2015, informe sobre *El futuro de las operaciones de paz de las Naciones Unidas: aplicación de las recomendaciones del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz*.

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/70/357>

Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz, 17 de junio de 2015, informe sobre *Las operaciones de paz de Naciones Unidas: aunar nuestras ventajas en pro de la paz-política, alianzas y personas*.

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/70/95>

Dirección General de Política Exterior y Asuntos Multilaterales, Globales, 2014, *Manual práctico de observación electoral*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/manual_practico_de_observacion_electoral_para_web.pdf

Organización de Estados Americanos, Secretaría General de la OEA (SG/OEA), Secretaría de Asuntos Políticos (SAP), Departamento para la Cooperación y Observación Electoral (DECO), 2009, *Manual para las Misiones de Observación Electoral de la Organización de los Estados Americanos*, OEA.

https://www.oas.org/sap/docs/DECO/2010/EXOR0903_MANUAL.pdf

Menchón López, I., Madrid 2014, *Manual práctico para observadores electorales de corta duración*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Dirección General de Política Exterior y Asuntos Multilaterales, Globales y de Seguridad, Oficina de Derechos Humanos, Capítulo XVIII, «Tipología del fraude electoral desde la perspectiva del ciclo electoral».

[http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/manual_practico_observadores_electorales_para_web%20\(2\).pdf](http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/manual_practico_observadores_electorales_para_web%20(2).pdf)

Nolte, D., 1997, *Observación electoral*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_publica/Tratado/La%20Observacion%20Internacional.htm

Hix S./Hoyland B. (2012), *Sistema político de la Unión Europea*, Mc Graw Hill, p.323.

García Martín, L. (28 de febrero de 2014), *La PCSD a través de operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea: estudio de caso de la EUTM Mali*, Documento opinión 21/2014 Instituto Español de Estudios Estratégicos.

http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2014/DIEEEO212014_PCSD_UE_OperacionesEUTM_LauraGarcia.pdf

European Union External Action Service.

http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/index_en.htm
11 de noviembre de 2015, 22 horas.

Acuerdo 2005/483/CE de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:r12101&from=ES>

Comunicación de la Comisión, de 11 de abril de 2000, sobre las misiones de apoyo y observación electoral de la Unión Europea. COM (2000) 191 final.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:r10105&from=ES>

Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE), del 5 al 29 de junio de 1990, Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre «La dimensión humana de la CSCE», punto 8.

<http://www.osce.org/es/odhr/elections/14304?download=true>

Carta de la Organización de los Estados Americanos, Bogotá, Colombia, 30 de abril de 1948. Consultado el texto en la página web de la OEA el día 19 de noviembre de 2015 a las 22 horas.

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm

Unión Africana, *Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos*, 1981, consultado el 19 de noviembre de 2015 a las 22 horas.

<http://www.au.int/en/treaties/african-charter-human-and-peoples-rights>

Nart, J., 2015, *Election, Observation, Delegation to the Presidential and Parliamentary Elections in Nigeria*, European Union.

http://www.eucom.eu/files/pressreleases/english/eu-com-nigeria-2015-final-report_en.pdf

Secretario general de Naciones Unidas, 1 de abril de 2015, informe sobre *Alianzas para la paz: hacia las asociaciones de colaboración en cuestiones relacionadas con el mantenimiento de la paz*. Puntos 56 y 57.

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2015/229>

SITUACIÓN JURÍDICA DEL BUQUE MERCANTE FLETADO POR EL ESTADO PARA EL TRANSPORTE DE TROPAS O MATERIAL BÉLICO

*José Jáudenes Piferrer
Capitán auditor*

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. II. Clases de buques. 1. Buques de guerra y buques de Estado. 2. Buques mercantes. 3. Categorías mixtas. III. Situación jurídica del buque mercante fletado por el Estado para el transporte de tropas o material bélico. 1. Tiempo de guerra. 2. Tiempo de paz. 2.2. A. Inmunities propias de buques de Estado. 2.2. B. Asunción de funciones propias de buques de Estado. 2.2. C. Tratamiento de los mercantes en los puertos de interés general del Estado en España. 2.2. C.a. Servicios portuarios. 2.2. C.b. Tasas portuarias. IV. Especial mención al ejercicio «Trident Juncture». Conclusiones. Bibliografía

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los distintos Estados que conforman la Comunidad Internacional emplean, para el cumplimiento de sus fines y satisfacción de sus intereses, distintos tipos de buques en los espacios marítimos. Dichos buques están perfectamente categorizados por diversas normas jurídicas, algunas de derecho internacional, otras de derecho interno. En el presente trabajo pretendemos describir someramente estas categorías, para después profundizar en una categoría que podríamos denominar mixta, al menos en cuanto a la función que desempeña. Nos estamos refiriendo a los buques mercantes fletados por un Estado con la finalidad exclusiva del transporte de material militar o incluso de tropas. Pretendemos analizarla para verificar si la concreta función desarrollada por un buque mercante altera en algo la situación jurídica que le correspondería de dedicarse al transporte de mercancía particular.

El citado análisis lo haremos en primer lugar examinando el tratamiento jurídico que corresponde a estos buques mercantes en tiempo de guerra. Posteriormente veremos si su carga podría ser motivo para alterar el estatus que gozan

estos buques en alta mar en relación a cuestiones como la piratería, etc. Analizaremos si por la importancia de la carga para el Estado que lo fleta se amplía la protección jurídica atribuyendo al mismo algún tipo de inmunidad de jurisdicción o de ejecución. Posteriormente profundizaremos, con mayor detenimiento en el tratamiento que a estos buques se les da en puertos del Estado en España, especialmente en relación al abono de los servicios portuarios recibidos o de las tasas portuarias. Finalmente haremos una breve referencia al *Memorandum de entendimiento del ejercicio Trident Juncture* desarrollado a finales de 2015 para analizar las disposiciones que a este respecto contiene. Concluiremos el presente trabajo con unas conclusiones.

II. CLASES DE BUQUES

1. BUQUES DE GUERRA Y BUQUES DE ESTADO

La principal definición de buque de guerra la encontramos en la *Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar* (en adelante CNUDM) que señala en su Artículo 29 que:

«Para los efectos de esta *Convención*, se entiende por “buques de guerra” todo buque perteneciente a las Fuerzas Armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las Fuerzas Armadas regulares»¹.

La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, por su parte, define los buques de Estado y los de guerra en su Artículo 3 como:

«2. Son buques y embarcaciones de Estado los afectos a la Defensa Nacional u otros de titularidad o uso público, siempre que presten con carácter exclusivo servicios públicos de carácter no comercial.

3. Son buques de guerra los buques de Estado adscritos a las Fuerzas Armadas, que lleven los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad y que se encuentren bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Gobierno de su Estado, cuyo nombre esté inscrito en el escalafón de oficiales o en un documento equivalente y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las Fuerzas Armadas regulares».

Pero la norma jurídica española más completa al respecto es la Orden DEF 25/1985, de 23 de abril, que resulta especialmente clarificadora a estos efectos.

¹ Esta definición es más amplia que la de los textos que precedieron a la CNUDM como son el *Convenio de 1958 sobre alta mar*, el *Convenio de Bruselas de 1952 sobre la responsabilidad de los buques nucleares* y el *Tratado de Washington de 1977 sobre la neutralidad permanente del canal de Panamá*. El concepto se amplía al extenderse no ya solo a los buques de la marina de guerra, sino a todas las Fuerzas Armadas.

Aunque si bien tiene por objeto regular el régimen de escalas y permanencia, en tiempo de paz, de los buques de guerra extranjeros tanto en los puertos como en el mar territorial español, así como el paso por este, en ella también se definen los buques a los que se les aplica y las distintas modalidades que pueden revestir las escalas.

Como la propia orden indica, sus definiciones «están basadas en el derecho internacional marítimo, los convenios internacionales ratificados por España y las tradicionales costumbres de cortesía arraigadas desde muy antiguo en nuestra práctica marítima, que siempre estuvo de acuerdo con los usos internacionales».

Y así, para los efectos de estas normas se entenderá por buque de guerra:

a) Los buques de combate y auxiliares pertenecientes a la marina de guerra de un Estado que ostenten los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad. Su comandante ha de estar al servicio del Estado y su nombre debe figurar en el Escalafón de Oficiales de la Armada o su equivalente. Su dotación estará sometida a la disciplina naval militar.

b) Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y destinados exclusivamente a un servicio oficial de transporte de tropas o material de guerra, que vayan al mando de un oficial cuyo nombre figure en el Escalafón de Oficiales de la Armada o su equivalente.

c) Los de cualquier clase que transporten a un jefe de Estado y a su séquito, con exclusión de otro pasaje, en visita oficial previamente acordada por vía diplomática.

d) Excepcionalmente, y por orden expresa, los buques-escuela de la marina mercante que dependan del Gobierno respectivo y estén mandados por un oficial en activo de la Armada, cuyo nombre debe figurar en el Escalafón de Oficiales de la Armada del país del pabellón y siempre que dichos buques no se dediquen al comercio.

Por su parte, la reciente Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España (*BOE núm. 258*, de 28 de octubre), que entrará en vigor el 17 de noviembre de este año, también define en su Artículo 2 los buques de Estado y de guerra, consagrando, en síntesis las definiciones que venían siendo tradicionales en nuestra legislación y que más arriba hemos analizado. Así define:

«g) Buque de Estado: Un buque de titularidad o uso público de un Estado extranjero siempre que preste, con carácter exclusivo, servicios públicos de carácter no comercial; h) Buque de guerra: Un buque y, en su caso, los buques auxiliares, adscritos a las Fuerzas Armadas de un Estado extranjero, que lleven los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, se encuentren bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Gobierno de ese Estado, cuyo nombre esté inscrito en el Escalafón de Oficiales o en un documento equivalente y cuyas dotaciones estén sometidas a la disciplina de las Fuerzas Armadas regulares; (...)».

Llegados a este punto, debemos prestar también atención a la *Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático (2001)*, que en su Artículo 1.8 señala claramente que a los efectos de esa *Convención* «por “buques y aeronaves de Estado” se entiende los buques de guerra y otros navíos o aeronaves pertenecientes a un Estado o utilizados por él y que, en el momento de su hundimiento, fueran utilizados únicamente para un servicio público no comercial, que sean identificados como tales y que correspondan a la definición de patrimonio cultural subacuático».

Mención expresa merecen en este apartado los buques auxiliares de la Armada. Son buques de superficie que normalmente prestan servicios dentro de las Fuerzas Armadas, bien como transportes, o para un empleo distinto al de buques de combate. No son construidos específicamente para el combate, aunque pueden poseer armamento para su defensa. En el caso español, en la Lista de Buques Auxiliares de la Armada, figuran los buques pertenecientes al Servicio de Vigilancia Aduanera y los pertenecientes al Ejército de Tierra². Dadas sus características y misiones pueden definirse como:

«Buques de Estado, cuya patente la expide la Armada y en la cual figura el cometido al cual está destinado, la dotación y el armamento fijo y portátil. Estos buques arbolarán bandera y llevarán símbolos de costado pertenecientes al Servicio del cual dependan o la numeral que la Armada les asigne, darán cuenta de sus movimientos en cualquier caso a las autoridades de la Armada, y podrán pasar a depender del Estado Mayor de la Armada o del Estado Mayor de la Defensa en caso de conflicto armado».

Su tratamiento es idéntico al de los buques de guerra, y su relación completa, junto con la de los restantes buques de guerra, se encuentra en la Lista Oficial de Buques de la Armada que anualmente actualiza el Cuartel General de la Armada³.

2. BUQUES MERCANTES

La CNUDM aborda ciertos aspectos de la navegación de los buques mercantes, pero no los define. No debemos incurrir en el error de que a sensu contrario, todos los buques que no sean de guerra o de Estado son buques mercantes⁴.

La legislación española arroja algo de luz sobre esta cuestión en el Artículo 9.3 del *Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante* aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, al definir los buques mercantes como «todo buque civil utilizado para la navegación con un propósito mercantil, excluidos los dedicados a la pesca».

² Buques científicos, oceanográficos, RO-RO (carga de vehículos rodados), etc.

³ El último LOBA de fecha de abril de 2015 puede encontrarse en http://armada.mde.es/ArmadaPortal/page/Portal/Armadaespannola/mardigital_docinstituc/prefLang_es/00_docu-institucional-armada+-04_lista-oficial-buques-armada, consulta 26.10.2015 19:05 horas.

⁴ Thamarappallil, K.T. (1962) *Legal Status of Government Merchant Ships in International Law*, Springer, Netherlands, p. 118.

Vemos por tanto como el buque mercante, según la legislación española, ha de contar con cuatro caracteres, tres positivos y uno negativo. En primer lugar ha de ser un buque, con lo que se excluyen las plataformas permanentes⁵. En segundo lugar ha de ser civil, con lo que se excluyen los buques de guerra arriba definidos. Más dudoso resulta determinar si se excluyen con el mismo automatismo los buques del Estado que sean explotados con un propósito mercantil. En tercer término ha de poseer un propósito mercantil, lo cual nos lleva necesariamente a la existencia de un ánimo de lucro en el operar del buque mercante. El cuarto requisito es negativo, limitándose a excluir los buques de pesca, aunque esta exclusión no tiene impacto en el análisis que de los buques mercantes hacemos a los fines de este trabajo.

Podemos identificar por tanto la nota de la explotación mercantil, o lo que es lo mismo, el ánimo de lucro en su gestión y administración, como el elemento más característico de los buques mercantes. Dicho ánimo de lucro los diferencia de cualquier buque de guerra o de los buques de Estado que presten, con carácter exclusivo, servicios públicos de carácter no comercial⁶.

3. CATEGORÍAS MIXTAS

Las figuras arriba analizadas son las que representan las categorías más puras de los distintos tipos de buques. Así de un lado estarían los que representan los fines públicos por antonomasia como la Defensa Nacional o el ejercicio de funciones públicas de vigilancia aduanera, correos, etc, y de otro lado estarían los que representan el interés particular o la iniciativa privada. Pero entre una y otra categoría existen las figuras mixtas que pueden gozar de elementos de ambas, planteando serias dudas en cuanto a su naturaleza y al marco jurídico que las regula.

La principal categoría mixta serían los buques de Estado explotados con propósitos comerciales. La CNUDM regula estos buques conjuntamente con los buques mercantes y los separa así tajantemente de los buques de Estado propiamente dichos.

⁵ No en vano el Artículo 334.9 del *Código de Comercio* les atribuye el carácter de bienes inmuebles.

⁶ Por la trascendencia del ánimo de lucro en la anteriormente referida definición de buque mercante, debemos tratar el concepto estrictamente mercantil de buque, sobre el que si bien nuestro *Código de Comercio* guarda silencio, es abordado por el Art. 146 del Reglamento del Registro Mercantil, conforme al cual se define el buque (a sus solos efectos registrales) incluyendo, «no solo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante, destinado o que puede destinarse, al servicio de la industria o del comercio marítimo o fluvial». Es decir, que a los efectos mercantiles habrá de considerarse «buque» a cualquier aparato flotante con finalidad mercantil. Quedan excluidos, pues, de su concepto los buques de guerra, los destinados a un servicio público, las embarcaciones dedicadas a exploraciones u observaciones científicas y las de recreo. En cambio, y dentro de las de finalidad mercantil, entra en dicho concepto cualquier aparato flotante, incluso de navegación fluvial.

La doctrina ha abordado esta figura, más bien pensada para tratar buques de titularidad pública objeto de explotación económica, que buques de Estado propiamente dichos. Si bien no son estos buques el objeto del presente trabajo, debemos señalar, aunque sea muy por encima, sus principales características.

En primer término no gozan de un trato diferenciado del de los buques mercantes privados en cuanto a la entrada y paso por aguas territoriales o puertos de otro Estado. Tampoco gozan de las inmunidades de jurisdicción y de ejecución propias de los buques de guerra o de los restantes buques de Estado, tal y como se desprende de la *Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, ratificada por España en 2011 y que aún no ha entrado en vigor por no haberse producido aún las ratificaciones necesarias para ello. Con idéntica postura respecto de no atribución de privilegio alguno se pronuncia la reciente Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España, que guarda un absoluto silencio sobre la materia.

III. SITUACION JURÍDICA DEL BUQUE MERCANTE FLETADO POR UN ESTADO PARA EL TRANSPORTE DE TROPAS O MATERIAL BÉLICO

Hemos analizado más arriba la situación de los buques de guerra, de los buques de Estado en servicios no comerciales, de los buques mercantes y de los buques de Estado en servicios comerciales, procede ahora centrarnos, con mayor detalle, en los buques mercantes fletados por el Estado para el transporte de tropas o material bélico.

Dichos mercantes pueden estar abanderados tanto en el país que los fleta, como en un tercer Estado. Este elemento del abanderamiento no resulta definitivo, desde un punto de vista jurídico, para alterar su situación legal o los derechos del Estado ribereño, pues la relación jurídica más relevante es la que se establece entre el Estado ribereño y el Estado titular del material bélico o tropas embarcadas.

1. TIEMPO DE GUERRA

El país de abanderamiento del buque determina, prima facie, el carácter del buque como enemigo, pudiéndosele aplicar sin más todas las normas generales de los conflictos armados.

La situación se complica cuando el mercante enarbola el pabellón de un Estado neutral. En este caso, inicialmente se le ha de tratar como buque neutral. Pero el comandante de un buque de guerra podrá ejercer sobre dicho buque mercante el derecho de visita y registro para aclarar las sospechas que pudieran existir sobre su verdadero carácter. Si de tal inspección se desprendiese el carácter de

enemigo del buque podrá ser capturado. El *Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar*, señala en su párrafo 117 que «el carácter enemigo de una nave o una aeronave puede determinarse por su matrícula, propietario, fletamento u otros criterios».

Resulta aquí evidente que si la carga consiste en tropas o material bélico de una de las partes, el buque mercante, aun estando abanderado en un país neutral, deberá ser considerado enemigo.

Por tanto la carga, derivada obviamente del contrato de fletamento, puede alterar la situación de buque mercante en relación al conflicto, perdiendo la protección que las reglas de los conflictos armados en la mar ofrecen a los buques neutrales. El *Manual de San Remo* va aún más lejos y señala en su apartado CXLVI que «las naves mercantes neutrales pueden ser capturadas fuera de las aguas neutrales (...) si se determina, como resultado de una visita y un registro o por otros medios, que: (...) c) operan directamente bajo control, órdenes, fletamento, empleo o dirección del enemigo». Resulta pues suficiente, aunque no haya un fletamento propiamente dicho que la nave opere bajo órdenes del enemigo. Primaría por tanto la situación jurídica establecida con el Estado titular de la carga sobre la existente con el Estado del pabellón.

2. TIEMPO DE PAZ

2.2.A. Inmunities propias de buques de Estado

En la alta mar la cuestión no ofrece duda alguna, conforme a los Artículos 96 y 97 de la CNUDM, los buques de guerra y los buques de Estado dedicados a fines no comerciales gozan de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón.

En otros espacios marítimos, los buques de guerra y los buques de Estado dedicados a fines no comerciales, por las funciones que realizan gozan de la protección propia de los Estados que representa a los efectos de inmunidad de ejecución y de jurisdicción. Así se manifiesta la *Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, ratificada por España en 2011, y que si bien aún no ha entrado en vigor por no haberse recabado el número suficiente de ratificaciones para ello, si representa la cristalización de las normas principales consuetudinarias del derecho internacional público al respecto⁷. Esta *Convención* señala en su Artículo 16 que:

«3. Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo al transporte de un cargamento a bordo de un buque de propiedad de ese Estado o

⁷ Gutiérrez Espada. C. (2011) *La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)*. Cuadernos de derecho transnacional, vol., 3, núm. 2, octubre 2011 p. 24.

explotado por él si, en el momento de producirse el hecho que haya dado lugar a la acción, el buque fuere utilizado para fines distintos de un servicio público no comercial.

4. Lo dispuesto en el párrafo 3 no se aplica ni a un cargamento transportado a bordo de los buques a que se refiere el párrafo 2, ni a un cargamento de propiedad de un Estado y utilizado o destinado a ser utilizado exclusivamente para un servicio público no comercial.

5. Los Estados podrán alegar la prescripción y todas las demás exoneraciones y limitaciones de responsabilidad a que puedan acogerse los buques y cargamentos de propiedad privada y sus propietarios.

6. Si en un proceso se suscita la cuestión del carácter público y no comercial de un buque de propiedad de un Estado o explotado por él, o de un cargamento de propiedad de un Estado, la presentación al tribunal de un certificado firmado por un representante diplomático a otra autoridad competente de ese Estado hará prueba del carácter del buque o el cargamento».

Observamos por tanto como la *Convención* priva de la inmunidad de jurisdicción a los buques de Estado (no a los de guerra) cuando se usen para un fin distinto al servicio público no comercial. Ahora bien, la inmunidad del cargamento se mantiene, con independencia del trato que se dé al buque en sí⁸. Esto tiene ciertas consecuencias jurídicas, pues el buque podría ser revisado por las autoridades competentes cuando se den los supuestos para ello, revistando así también el cargamento. Ello sin perjuicio de que la protección sobre el citado cargamento se mantendría en todo momento. Por otro lado nos encontramos con que el carácter del servicio que el buque esté haciendo, o la naturaleza del cargamento a los efectos de si se utiliza exclusivamente para un servicio público no comercial lo va a atribuir el propio Estado afectado con un mero certificado de la autoridad competente⁹.

Podemos concluir de las disposiciones de la citada *Convención* que los buques de Estado dedicados a fines comerciales carecen, per se, de las inmunidades y privilegios propias de los restantes buques de Estado¹⁰. Luego, con mayor razón, los buques mercantes de titularidad privada al servicio del Estado, carecen también de dicha protección o inmunidad. Cuestión distinta es la de la carga, que con los requisitos arriba expuestos, siempre estará sujeta a las citadas inmunidades con independencia del tipo de buque que la transporte.

Por su parte, en derecho interno tenemos la reciente Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y

⁸ Con mayor motivo entre países de la OTAN, entre los que operan los privilegios e inmunidades derivados del *Convenio entre los Estados partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas*, hecho en Londres el 19 de junio de 1951.

⁹ *Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, Artículo 16.3.

¹⁰ Thamarappallil, K. T. (1962) *Legal Status of Government Merchant Ships in International Law*, Springer, Netherlands, p. 118.

reuniones internacionales celebradas en España, que aborda también la problemática de las inmunidades que España concede, entre otros, a los buques de Estado extranjeros dedicados a fines no comerciales. Pero dicha ley orgánica guarda silencio respecto a los buques de Estado extranjeros dedicados a fines comerciales o a los mercantes de titularidad privada al servicio del Estado.

2.2.B. *Asunción de funciones propias de buques de Estado en Alta Mar*

La CNUDM aborda ciertas cuestiones relativas a la represión de la piratería, al ejercicio de derecho de visita y al ejercicio de derecho de persecución¹¹. Como denominador común estas atribuciones, cuyo estudio trasciende al objetivo del presente trabajo, tienen al «agente» del Estado en la mar que puede actuar en su nombre. Así las competencias en estas materias están atribuidas a los buques de guerra o aeronaves militares, o a otros buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio del Gobierno y estén autorizados a tal fin.

Por supuesto los mercantes fletados por un Estado para el transporte de tropas o material bélico no adquieren, por el mero hecho de firmar un contrato de fletamento, la capacidad jurídica para ejercer estas funciones, *iure imperii* en alta mar. Ahora bien, del tenor literal de la CNUDM, se desprende que si a los buques se les dotara de los signos claros e identificables suficientes¹² para que se conozca, prima facie, que los mismos están al servicio de ese Estado, nada obstaría para quedar habilitados a estos efectos. Si bien es un ejemplo de laboratorio, pues en la práctica reciente nunca ha sucedido¹³, nada lo impediría, sobre todo si atendemos a la finalidad última de la norma que es reprimir con el mayor alcance posible estas conductas ilegales en los espacios marítimos. Aunque en cualquier caso, el tipo de carga del buque en cuestión no altera en nada sus capacidades en esta materia.

2.2.C. *Tratamiento de los mercantes en los puertos de interés general del Estado en España*

El Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante*, tiene, entre otros objetos, el de regular el régimen de prestación de servicios en los puertos competencia de la Administración General del Estado, así como las condiciones de aprovechamiento del dominio público portuario.

a. *Servicios portuarios*

¹¹ CNUDM Art. 107, 110.5 y 111.5.

¹² Pintura del casco característica de buques de guerra, numeración correlativa en el casco, etc.

¹³ Actuarían como una especie de nuevos corsarios, si contaran con la patente de corso correspondiente (autorización) y los signos exteriores que muestren ese carácter.

El Artículo 108 del *Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante* define los servicios portuarios como las actividades de prestación que sean necesarias para la explotación de los puertos dirigidas a hacer posible la realización de las operaciones asociadas con el tráfico marítimo, en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación.

Dentro de dichos servicios se encuentran los de practica, remolque portuario, amarre y desamarre, pasaje, recepción de desechos generados por buques, y manipulación de mercancía.

Con carácter general, estos servicios han de ser abonados por todos los perceptores de los mismos, sin que se prevean excepciones, ni tan siquiera para los buques de la Armada española¹⁴.

Solo la gestión de residuos se aparta de esa regla general. Así el Artículo 132 prevé la excepción del abono de los mismos entre otros a los siguientes buques:

«11. Estarán exentos del pago de la tarifa fija de recepción de desechos generados por buques, sin perjuicio de que satisfagan directamente al prestador del servicio las cantidades correspondientes a los volúmenes de desechos que realmente entreguen:

a) Los buques de guerra, Unidades navales auxiliares y otros buques que, siendo propiedad de un Estado de la Unión Europea o estando a su servicio, solo presten servicios gubernamentales de carácter no comercial».

El buque mercante fletado por un Estado de la Unión Europea para el transporte de tropas o material bélico presta un servicio para el Gobierno que lo ha contratado, esto resulta evidente. Pero ¿resulta suficiente esta conexión para entender que ese servicio es gubernamental?

Permítasenos aquí hacer una exégesis normativa haciendo una interpretación gramatical del precepto. Gubernamental significa según la Real Academia, «perteneciente o relativo al Gobierno», relativo es todo aquello que guarda relación, y relación es conexión o correspondencia de algo con otra cosa. En una pura interpretación gramatical vemos como este «servicio de transporte» sí es gubernamental.

La siguiente duda es si ese servicio prestado por el mercante, además de ser gubernamental, es de carácter no comercial. Por un lado está claro que el mercante fletado sí está realizando una explotación comercial del buque, pues el contrato de flete es remunerado. Pero aquí lo relevante no es el tipo de explotación comercial que hace el mercante, lo esencial es el carácter no comercial del servicio gubernamental prestado. Veámoslo con un ejemplo, si el mercante supe un servicio de transporte de pasajeros que normalmente presta una empresa de

¹⁴ Orden PRE/262/2010, de 5 de febrero, por la que se aprueban las Normas Regulatoras de las Escalas de los Buques de la Armada en los Puertos de Interés General, que en su norma octava exime del abono de las tasas a la Armada y en condiciones de reciprocidad a los buques de las marinas de países integrados con España en asociaciones o alianzas militares de carácter internacional, así como sus tropas y efectos militares, y los de otros países que no realicen operaciones comerciales y cuya visita tenga carácter oficial o de arribada forzosa, certificada por la autoridad competente.

titularidad pública con buques propios, estaría prestando un servicio gubernamental pero comercial, pues el Estado con esa explotación sí percibe un beneficio económico directo en el precio de los pasajes. Si lo que hace es prestar un servicio de transporte de tropas o material bélico del Estado, el transporte no tiene carácter comercial, pues el servicio de transporte de tropas o material bélico que prestase el Estado con medios propios tampoco lo tendría¹⁵.

Por tanto, podemos concluir que el transporte de tropas y material militar prestado por un buque mercante al servicio del Estado es un servicio gubernamental no comercial, y por tanto, exento del abono de la tarifa fija de recepción de deshechos.

a. *Tasas portuarias*

El Artículo 161 del mismo texto legal define y regula una serie de tasas portuarias:

«1. Las tasas portuarias son las exigidas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público portuario y por la prestación del servicio de señalización marítima.

2. Las tasas portuarias a las que se refiere el apartado anterior son las siguientes:

- a) Tasa de ocupación, por la ocupación privativa del dominio público portuario.
- b) Tasa de actividad, por el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios en el dominio público portuario.
- c) Tasas de utilización, por la utilización especial de las instalaciones portuarias.
- d) Tasa de ayudas a la navegación, por el servicio de señalización marítima.»

En los Artículos 169 a 172, se prevén una serie de exenciones al cobro de las citadas tasas¹⁶. La ley alude a las actividades relacionadas con la Defensa Na-

¹⁵ Podríamos llegar a decir que estamos ante una explotación comercial de la prestación de un servicio gubernamental no comercial.

¹⁶ Artículo 169. «Estarán exentos del internacional, así como sus tropas y efectos militares, y los de otros países que no realicen operaciones comerciales y cuya visita tenga carácter oficial o de arribada forzosa, certificada por la autoridad competente».

No de las tarifas imputables por los servicios en los términos que más arriba hemos indicado.

Podemos entender aquí que la autoridad española competente para verificar si existe la aludida reciprocidad con países con los que no compartamos alianzas defensivas, podría ser el Servicio de Relaciones Exteriores (REX) del Estado Mayor de la Armada, pues es el organismo encargado dentro de la Armada de gestionar las escalas de buques extranjeros en España.

«Pago de la tasa de ocupación:

a) Los órganos y entidades de las Administraciones Públicas que por necesidades de funcionamiento deban situarse en el dominio público portuario, por llevar a cabo en el ámbito portuario o marítimo actividades de (...) y aquellas relacionadas con la Defensa Nacional.

Artículo 170. Estarán exentos del pago de la tasa de actividad:

a) Los órganos y entidades de las Administraciones Públicas, respecto de las actividades a que se refiere el párrafo a) del artículo anterior. (...)

cional o aquellos supuestos en los que la visita del buque es oficial y así ha sido certificado por la autoridad nacional competente.

Para determinar el alcance de la exención debemos acudir a la norma de desarrollo de los citados preceptos que zanja convenientemente la cuestión. Así la Orden PRE/262/2010, de 5 de febrero, por la que se aprueban las Normas Reguladoras de las Escalas de los Buques de la Armada en los Puertos de Interés General, señala que:

«Octava. Tasas y tarifas portuarias. De acuerdo con lo previsto en el Artículo 17.3.a) de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General, están exentos del pago de las correspondientes tasas por utilización especial de instalaciones portuarias y de la tasa por servicio de señalización marítima, los buques del Estado, los buques y aeronaves afectados al servicio de la Defensa Nacional y, cuando exista reciprocidad, los de las marinas de países integrados con España en asociaciones o alianzas militares de carácter internacional, así como sus tropas y efectos militares, y los de otros países que no realicen operaciones comerciales y cuya visita tenga carácter oficial o de arribada forzosa, certificada por la autoridad competente.

La autoridad naval asumirá las tarifas imputables a la prestación de servicios solicitados de acuerdo a la norma quinta, tales como practicaaje, remolque, amarre, retirada de desechos de los buques, y demás servicios portuarios, así como el suministro de agua y energía o cualquier otro servicio comercial, de acuerdo con la legislación vigente».

Vemos pues como los buques afectados al servicio de la Defensa Nacional, en condiciones de reciprocidad, y previa certificación de la autoridad competente quedan exentos del abono de las tasas¹⁷. Esto supone, en la práctica, que habrá exención si la autoridad competente considera que los mercantes que transportan tropas o efectos militares están directa o indirectamente al servicio de la Defensa Nacional, y existe reciprocidad en sus Estados de origen para con buques similares al servicio de España¹⁸.

Si debe precisarse una cuestión, a los efectos de estas normas, la reciprocidad ha de considerarse no respecto al país de abanderamiento del buque, si no respecto del país para el que presta el servicio gubernamental. Ello porque la

Artículo 171. Estarán exentos del pago de las correspondientes tasas de utilización y de ayudas a la navegación:

a) Los buques de Estado, los buques y aeronaves afectados al servicio de la Defensa Nacional y, a condición de reciprocidad, los de los Ejércitos de países integrados con España en asociaciones o alianzas militares de carácter internacional, así como sus tropas y efectos militares, y los de otros países que no realicen operaciones comerciales y cuya visita tenga carácter oficial o de arribada forzosa, certificada por la autoridad competente».

¹⁷ No de las tarifas imputables por los servicios en los términos que más arriba hemos indicados.

¹⁸ Podemos entender aquí que la autoridad española competente para verificar si existe la aludida reciprocidad con países con los que no compartamos alianzas defensivas, podría ser el Servicio de Relaciones Exteriores (REX) del Estado Mayor de la Armada, pues es el organismo encargado dentro de la Armada de gestionar las escalas de buques extranjeros en España.

conexión derivada de la inmunidad carecería de sentido si fuera exclusivamente por la nacionalidad del continente, esto es, el buque, y no por la del contenido, que es lo que realmente representa el servicio público a proteger o favorecer con las exenciones de tasas.

IV. ESPECIAL MENCIÓN AL EJERCICIO TRIDENT JUNCTURE EN LOS PUERTOS DEL ESTADO

Toda composición doctrinal respecto de la debida aplicación de mecanismos jurídicos existentes, no es más que mera elucubración si no soporta la prueba de su aplicación en una situación real.

Esta prueba de interpretación normativa ante supuestos poco habituales en la práctica de los buques que acceden a puertos españoles podemos encontrarla en los ejercicios Trident Juncture de la OTAN que se han desarrollado recientemente en distintos países de la Alianza, y en los que España jugó un importante papel como nación anfitriona.

Para el correcto desarrollo de estos ejercicios se ha firmado por el Reino de España un MOU de nación anfitriona con el Cuartel General de las Fuerzas Aliadas en Brunssum¹⁹. En dicho MOU se reconocen expresamente exenciones y privilegios fiscales y aduaneros²⁰.

Si bien es cierto que un MOU no es una norma legal exigible, no es menos cierto que su firma, de alguna manera compromete al Estado, pero sobre todo, es una evidente declaración de intenciones respecto, en este caso, al tratamiento a dar a los buques al servicio de potencia extranjera que transportan material relacionado con estas maniobras.

El hecho de que España hubiera firmado un MOU que contradijera nuestro derecho positivo no generaría una auténtica responsabilidad internacional, pero sí comprometería seriamente la imagen exterior de nuestro país.

Pero lo más relevante de esta situación es que, tal y como más arriba ya hemos expuesto, existe una posible interpretación, sobre todo en relación con las tasas y precios por determinados servicios en los puertos españoles, que sí permiten ser interpretadas para poder respetar el contenido del MOU firmado.

¹⁹ El Cuartel General Supremo de las Fuerzas Aliadas en Europa tiene personalidad jurídica y capacidad suficientes para firmar el citado MOU en nombre de la OTAN en virtud del Artículo 10 del *Protocolo sobre el estatuto de los cuarteles generales militares internacionales establecidos en cumplimiento del Tratado del Atlántico Norte*.

²⁰ Punto 3.1 del MOU: «In accordance with the applicable documents listed in annex A, the activities of International Headquarters, operational sites, NATO owned and/or chartered vessels, aircraft, vehicles, Petrol, Oil and Lubricants (POL), products for generators and other engines and forces will be free from all taxes, duties, state tolls, fees, and all similar charges. The NATO SOFA, PFP SOFA, Paris Protocol, further additional protocol, which implements immunities and privileges for visiting forces, to include International Military Headquarters will be applied to any headquarters element or detachment that may deploy to HN following the implementation of the exercise. For the purpose of this exercise, those exemptions will also be extended to SN forces».

CONCLUSIONES

I. Los buques mercantes de titularidad privada contratados por potencia extranjera para el traslado de sus tropas o material bélico no tienen la consideración de buques de Estado.

No obstante lo anterior, la especial naturaleza de la carga puede alterar el tratamiento legal de esos mercantes, como en las siguientes conclusiones se evidencia.

II. En tiempo de guerra la aludida carga puede determinar que ese mercante sea considerado «enemigo» aun cuando esté abanderado en un país neutral.

III. En tiempo de paz, la carga no atribuye inmunidades de jurisdicción o ejecución al mercante, al igual que esta tampoco se atribuye a los buques de Estado con propósitos comerciales.

IV. Las inmunidades de las que pudiera gozar la carga se mantienen en todo caso.

V. La naturaleza de la carga, y sobre todo los fines públicos que la misma representa pueden hacer que el mercante disfrute de ciertas exenciones en abono de algunos precios públicos en los puertos del Estado, si cumplen con las condiciones de reciprocidad y certificación por la autoridad competente.

VI. La interpretación del marco legal que hemos reflejado en las antedichas conclusiones coincide con la intención manifestada en el MOU firmado por España como nación anfitriona de los ejercicios Trident Juncture de la OTAN.

BIBLIOGRAFÍA

Arroyo Martínez, I. (2014), *Compendio de derecho marítimo*. Tecnos, Madrid.

Weller, M (2015), *The Oxford Handbook of the use of Force in International Law*. Oxford University Press, Oxford.

Fernández Flores y de Funes, J.K.L. (2001), *El derecho de los conflictos armados. De iure belli, el derecho de la guerra*. Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid.

Kraska, J; y Pedrozo, R. (2013), *International Maritime Security Law*. Martinus Nijhoff, Publishes. Boston.

Papastavridis, E (2014), *The Interception of Vessels on the High Seas, Contemporary Challenges to the Legal Order of the Oceans*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

Thamarappallil, K. T. (1962), *Legal Status of Government Merchant Ships in International Law*. Springer, Netherlands.

LAS OPERACIONES IN HOUSE PROVIDING

Iago Sagalés Balea
Capitán auditor

SUMARIO: I. Introducción. II. Las encomiendas de gestión. Doble configuración jurídica. III. Las operaciones in house providing. Antecedentes jurisprudenciales y legislativos. IV. Concreción de los rasgos definidores de las operaciones in house determinados por la jurisprudencia comunitaria. V. La nueva regulación de los encargos a medios propios. VI. Conclusiones. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo de investigación es hacer constar la evolución normativa y jurisprudencial que se ha producido en el ámbito comunitario y en el derecho interno, a los efectos de determinar cuándo nos encontramos en el marco de las relaciones conocidas como «operaciones in house providing», es decir, los encargos a medios propios personificados, cuya característica fundamental es la exclusión de la aplicabilidad de la legislación contractual.

Esta evolución viene marcada, tanto por los rasgos definidores de estas relaciones, que a su vez han servido de condicionantes para evitar que se produzca la práctica de adjudicaciones directas que puedan menoscabar el principio de libre competencia, como por las diferentes interpretaciones que se han venido produciendo de los requisitos exigidos, ante las discrepancias que han acontecido en la práctica de estos negocios jurídicos por medio de las encomiendas de gestión.

Finalmente, ante las recientes modificaciones legislativas realizadas en el ámbito comunitario, y a realizar en nuestro derecho interno, se considera importante exponer el nuevo régimen de los encargos a medios propios, las novedades que presenta, y la problemática que ofrece.

II. LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN. DOBLE CONFIGURACIÓN JURÍDICA

En nuestro ordenamiento jurídico concurre una doble configuración jurídica de las encomiendas de gestión.

La primera, prevista en el Artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contempla las encomiendas como un mecanismo de alteración del ejercicio de la competencia, mediante la cooperación administrativa¹, que consiste en la «realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño», cuyas notas características radican en la existencia de una relación jurídica pública (entre órganos o entidades personificadas de derecho público que pertenecen a la misma o a distinta Administración Pública) y en la realización de una actividad de carácter material, técnico o de servicios, que se fundamenta en una cuestión de necesidad derivada, bien de la falta de medios técnicos idóneos del encomendante para el desempeño de la misma, o de la existencia de razones de eficacia.

La segunda, se encuentra recogida en el Artículo 4.1.n), en relación con el Artículo 24.6 del *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que configura una posible encomienda como obligatoria, retribuida y de naturaleza instrumental en el ámbito de las relaciones internas, es decir, en aquellos supuestos en que los poderes adjudicadores utilizan sus propios medios personales y materiales para la obtención de determinadas prestaciones.

El Artículo 4.1.n) del *Texto Refundido* contempla dentro de las exclusiones del ámbito de aplicación de la ley, los encargos a medios propios personificados, conocidos comúnmente como operaciones in house providing, expresión tomada del derecho anglosajón, por los que una Administración encarga la prestación a un ente instrumental, vinculado al ente contratante, sin aplicar la legislación contractual. Mario Garcés define estas operaciones como «las que celebra una entidad adjudicadora con entidades controladas por ella aunque posean personalidad jurídica propia; operaciones que quedan excluidas de la obligación de licitación y que suponen una excepción a la normativa comunitaria sobre contratación pública»² y que se caracterizan por la existencia de un control análogo de la Administración encomendante sobre esos medios propios o servicios técnicos, cuyo capital además, resulta de titularidad pública.

¹ Rosa Bobo, F. (2009), «La encomienda de gestión como técnica de alteración del ejercicio de la competencia y como actividad negocial e instrumental en el sector público», Colección de Estudios Jurídicos y Fiscales de la Defensa, pp 99-167.

² Garcés Sanagustín, M. (2009), «La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre», Capítulo I.

La referencia a estos encargos a los que se refiere el Artículo 24.6 del Texto Refundido como «encomiendas de gestión», ha generado cierta discrepancia. En este sentido, Miguel Ángel Bernal Blay, señala que la utilización del término «encomiendas de gestión» para referirse a los medios propios resulta equívoca, pues el encargo obedece a una decisión de tipo organizativo, y no aparece limitado, por tanto, por razones de eficiencia o indisponibilidad de medios³, diferenciando las relaciones reguladas en el Artículo 15.5 de la Ley 30/1992, que exigirían la celebración de un convenio administrativo, y las que median entre el ente que realiza un encargo y el ente sobre el que recae el mismo, que se circunscribiría a las órdenes de ejecución reguladas en el Artículo 21 del mismo texto legal, y que obedecerían a una relación interna.

En mi opinión, a pesar de que el Artículo 24.6 del *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* se refiere a la posibilidad de articular estos encargos como encomiendas de gestión, no se apropia de este instrumento como denominación específica, ya que en el propio Artículo 4.1.n) del mismo texto legal establece la exclusión de «los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad...», admitiendo la posibilidad de articular dicho encargo por cualquier negocio, independientemente de su denominación, que cumpla las notas características que especificaré con posterioridad.

Respecto a la doble configuración existente, debemos concluir que la dependencia y subordinación que concurre entre los sujetos que suscriben las encomiendas previstas en la legislación contractual, así como que estas actuaciones consistan en la realización de prestaciones propias de los contratos de obras, suministro y servicios a cambio de una contraprestación económica, provoca el distanciamiento de las reguladas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se fundamentan en la voluntariedad y cooperación, y no en la obligatoriedad desde la perspectiva del sujeto encomendado, lo que conlleva una diferenciación entre ambas por razón de sus respectivos ámbitos o contenido⁴.

III. LAS OPERACIONES IN HOUSE PROVIDING. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVOS

El origen de los servicios in house providing radica en los Artículos 1 y 6 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, que declaraban respectivamente, que se considerará «prestador de servicios» cualquier persona física o jurídica que ofrezca servicios, «incluidos los organismos públicos», pero que quedan excluidos de su ámbito, «los contratos públicos de

³ Bernal Blay, M.A. (2009), *Revista Noticias de la Unión Europea*, «Los encargos a entidades de la casa y su exclusión del ámbito de aplicación de la ley», pp 24.

⁴ Informe de 11 de mayo de 2015 del Tribunal de Cuentas, de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, organismos y otras entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa.

servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del Artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado. Estas disposiciones han permitido entender que los denominados medios propios a los que se realiza encargos de naturaleza contractual estarían al margen de esta normativa.

Con posterioridad la Comisión Europea tomó conciencia de la necesidad de depurar el régimen jurídico aplicable a este tipo de relaciones, como manifestó en su Comunicación de 11 de marzo de 1998, *La contratación pública en la Unión Europea*, si bien no suponía la creación de ningún instrumento legislativo directamente aplicable relativo a dichos encargos.

Ha sido fundamentalmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien a través de diversos pronunciamientos, ha ido perfilando los requisitos de las llamadas «operaciones in house», por las que una Administración Pública o un ente dependiente de la misma (público o privado) encarga a otro sujeto, formal pero no funcionalmente distinto a ella, la realización de una prestación típicamente contractual sin necesidad de someter a concurrencia dicho encargo.

En el caso de los encargos in house, las excepciones a la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos fueron establecidas por el Tribunal referido en sentencia de 18 de noviembre de 1999, en el «Asunto C-107/98», tramitado como consecuencia de la petición dirigida al TJCE por el Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna (Italia), destinada a obtener, en el litigio pendiente en ese órgano entre la sociedad *Teckal* y *Comune di Viano y Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, una decisión prejudicial sobre la interpretación del Artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE antes citado, atendiendo a la adjudicación directa, sin licitación previa, de la gestión del servicio de suministro de combustible a algunos edificios municipales, hecha por el Ayuntamiento de Viano (Italia), a favor de *AGAC*. La problemática residía en la existencia de un contrato, y si procedía la consiguiente obligación de aplicar los procedimientos de adjudicación previstos en las Directiva Comunitaria, cuando el adjudicatario fuera un ente instrumental del poder adjudicador, indicando el TJCE que la presunción de existencia de contrato solo quedaba desvirtuada cuando «... a la vez el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan»⁵.

Esta doctrina, de exclusión de la aplicabilidad de la legislación contractual, se confirma en la sentencia del mismo Tribunal de fecha 7 de diciembre de 2000 «Asunto ARGE» (en términos similares, en la sentencia de 10 de noviembre de 2005 «Comisión contra la República de Austria»), al afirmar que los organismos públicos pueden ser adjudicatarios de contratos públicos regulados por las Directivas, sin que ello implique, en principio, infracción del principio de igualdad de todos los licitadores. La propia sentencia de 7 de diciembre de 2000, resalta

⁵ Sentencia del TJCE de 18 de noviembre de 1999, «Asunto C-107/98 Teckal», apartado L.

la relevancia de la sentencia de 18 de noviembre de 1999, en el «Asunto Teckal C-107/98», indicando que pese a referirse a un contrato de suministros, su doctrina se puede extender al resto de contratación pública, admitiendo las operaciones in house providing en los supuestos en que concurra por un lado, la existencia sobre el ente de un control análogo al que se ejerce sus propios servicios, y de otro, que el mismo realice su actividad esencial para quien le controla. En todo caso, se debe hacer constar que la sentencia no aplica la cláusula del Artículo 6 de la Directiva 92/50 tantas veces citada, sin embargo sí que excluye del ámbito de las Directivas los contratos in house providing siempre y cuando concurran los requisitos acumulativos.

En paralelo a los pronunciamientos jurisprudenciales acaecidos a nivel comunitario, nuestra legislación interna ha sido objeto de modificaciones. Realmente la exclusión del ámbito de la legislación contractual de las encomiendas de gestión a entes instrumentales como medios propios, ha sido objeto de diversas formulaciones, según se modifican las condiciones para que resulte admisible dicha exclusión.

La primera se produce en virtud del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas Urgentes para Impulso de la Productividad y Mejora de la Contratación Pública, que modificó varios preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el *Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP)*. Las causas de la modificación se recogen en el apartado V de la exposición de motivos del propio real decreto-ley, en el que se establece que:

«La urgencia de la reforma legislativa explicitada se deriva de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de enero de 2005, que obliga a España a reformar su normativa referente a la adjudicación de contratos públicos, además de derivarse de la correcta adaptación al derecho español de los principios y criterios jurídicos en materia de contratación pública».

La sentencia citada declaraba contraria a las Directivas Comunitarias la exclusión que se establecía de forma absoluta del ámbito de aplicación de la legislación contractual, de los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas, no obstante mantiene la exclusión del negocio o relación jurídica en el que un ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

Por todo ello en virtud de la modificación comentada se reduce el alcance de la exclusión prevista hasta entonces para los convenios de colaboración, pero se introduce en el Artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, un nuevo supuesto de exclusión en los siguientes términos: «1) Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública».

La segunda se realiza conforme a la disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el Año

2007, con la finalidad de corregir la omisión que se produce con la primera modificación, que no recogía en su totalidad la doctrina prevista en el TJCE en sus sentencias antes referidas (como manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 15/07, de 26 de marzo de 2007). No obstante el error por omisión, esta circunstancia no determinaba que no resultara aplicable la doctrina del TJCE de los sucesivos pronunciamientos judiciales realizados sobre esta materia, en la medida que la Administración consideró aplicable dicha jurisprudencia.

La Abogacía General del Estado, en su Dictamen 32/05, de fecha 7 de junio de 2005, indicó que a pesar de que los dos requisitos establecidos por la doctrina del TJCE anteriormente expuesta no figuran recogidos explícitamente en la redacción del entonces Artículo 3.1.1) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, ya que únicamente se podía considerar de la modificación efectuada la necesidad de un control análogo equiparable a la exigencia de que el capital debía ser íntegramente de titularidad de la Administración encomendante, debía tenerse en cuenta que, para poder considerar a las encomiendas de gestión excluidas de la aplicación del texto legal referido, era imprescindible que concurrieran ambos requisitos, también que el mismo realice su actividad esencial para quien le controla, pese a no referirse al mismo en la modificación legislativa efectuada hasta la fecha (eficacia directa).

Por todo ello se efectuó nueva redacción de los requisitos previstos para la exclusión de la legislación contractual, ya estando presente ambos para que la operación in house se pudiera considerar, en el sentido siguiente:

«l) Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan».

Finalmente, se establece una nueva redacción mediante el Artículo 4.1.n) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, complementada con el Artículo 24.6 del mismo texto legal (en la actualidad la redacción vigente presente en el Artículo 4.1.n), en relación con el Artículo 24.6 del *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), al preceptuar: «n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación».

De la misma manera se precisan los requisitos para determinar la exclusión de la legislación contractual conforme al Artículo 24.6 mencionado, ya que junto a los requisitos de control análogo y la realización de la parte esencial de actividad previstos para los entes, organismos y entidades del sector público, adicionalmente se establece por un lado, la concreción de que si el encargo se hace a una sociedad, además de las dos circunstancias anteriores, la totalidad de su

capital deberá ser de titularidad pública, y de otro, que en la norma de creación o en los estatutos del ente se reconozca expresamente su condición de medio propio y servicio técnico de dicho poder adjudicador, precisando el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos.

Además, no se puede obviar que algunos autores como Miguel Ángel Bernal Blay consideran que el requerimiento de que la totalidad del capital de las sociedades deba ser de titularidad pública, determinaría por sí mismo el cumplimiento del segundo requisito que consiste en que el ente encomendado realice la parte esencial de actividad con el ente o los entes que la controlan⁶, pero en mi opinión no necesariamente debe producirse esta circunstancia, en la medida que el volumen de negocios del ente encomendado pudiera no concordar con el capital suscrito, circunstancia que, precisamente justifica la modificación que se ha producido en el ámbito comunitario y que afectará a nuestro derecho interno, como expondré también más adelante.

IV. CONCRECIÓN DE LOS RASGOS DEFINIDORES DE LAS OPERACIONES IN HOUSE DETERMINADOS POR LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

La razón por la que se establecen los dos primeros requisitos comentados para entender la concurrencia de una operación in house providing, deriva de la posibilidad de que ciertas adjudicaciones escapen de la aplicabilidad de la normativa reguladora de la contratación pública, y esta circunstancia no pueda reconstruirse de manera ilimitada. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirma que la coordinación comunitaria en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las restricciones a la libre circulación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro⁷.

Respecto al requisito de existencia de un control análogo de los propios servicios, cabe partir de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales para determinar la concurrencia del mismo.

Así, en sentencia del TJCE de fecha 11 de enero de 2005 «Asunto C-26/03 Stadt Halle», se fijaron los primeros parámetros para determinar la existencia de un control análogo, concretando que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que

⁶ Bernal Blay, M.A. (2008), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, «La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la ley: los encargos in house, con especial referencia al ámbito local», Editorial Cemci, pp 176.

⁷ Sentencia del TJCE de 10 de noviembre de 1998, «Asunto C-360/96 BFI Holding», apartados XLI y XLII.

ejerce sobre sus propios servicios, teniendo en cuenta que por un lado la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se orienta a la persecución de objetivos de interés público a diferencia de la existencia de cualquier inversión de capital privado en una empresa, y de otro, que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y al principio de igualdad de trato de los interesados.

En consecuencia, para poder afirmar la presencia de un control sobre una sociedad, análogo al que se ostenta sobre sus propios servicios, la participación en el capital debe ser en todo caso pública, afirmación que realmente determinaría en el caso de las sociedades, el cumplimiento de dos de los tres requisitos exigidos en la actualidad en nuestro derecho interno.

Este punto de vista se consagró legislativamente en el Artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actualmente en el Artículo 24.6 del *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*), al indicar «... si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública».

Con posterioridad, se plantea la discrepancia de si ese capital público debe ser suscrito íntegramente por la entidad que realiza el encargo o esta circunstancia no resulta necesaria.

En virtud del pronunciamiento existente en sentencia del TJCE de fecha 11 de mayo de 2006, «Asunto C-340/04 Carbotermo», se puede deducir que lo determinante para la existencia de un control análogo sobre el ente instrumental no es el porcentaje de participación en el capital social, sino el hecho de que el ente instrumental carezca de autonomía en sus decisiones respecto del ente encomendante. Debe tratarse como señala el TJCE, de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes⁸.

Este control análogo al ejercido sobre sus propios servicios implica una dependencia estructural y un control efectivo, de manera que las tareas encomendadas al ente instrumental no se gestionarían de modo distinto si los hubiera acometido el propio ente dominante.

Cabe destacar la definición de «control análogo» aportada por el derecho comunitario positivo recogiendo la doctrina del TJCE. La encontramos en el Artículo 5 del Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) 1191/69 y (CEE) 1107/70 del Consejo, donde al hablar de la adjudicación de los contratos de servicio público se admite la adjudicación directa a entidades sobre las que se ostente un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios. En este sentido, se indica que:

⁸ Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, «Asunto C-458/03, Parking Brixen», apartado LXV.

«... Para determinar la existencia de ese control por la autoridad local competente, habrán de tenerse en cuenta factores como el nivel de presencia en los órganos de administración, dirección o supervisión, las especificaciones correspondientes en los estatutos, la propiedad, la influencia y control efectivos de las decisiones estratégicas y las decisiones aisladas de gestión. De conformidad con la legislación comunitaria, la propiedad del 100% por parte de la autoridad pública competente, en particular en el caso de colaboraciones público-privadas, no constituye un requisito obligatorio para determinar que existe un control en el sentido del presente apartado, siempre que exista una influencia pública dominante y que pueda determinarse el control sobre la base de otros criterios».

La importancia de estas consideraciones radica en que si bien la participación de una empresa privada en el capital de la instrumental excluye que la autoridad pública concedente pueda ejercer sobre dicha entidad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (lo que determinaría incluso este punto, la aplicabilidad del tercer requisito no solo a las sociedades, sino a los entes, organismos y entidades del sector público encomendados pero como requisito mínimo para determinar la posible existencia de un control análogo), a su vez la posesión de la totalidad del capital tampoco genera automáticamente una posición de control, siendo únicamente un indicio.

Siguiendo todos estos criterios se determina finalmente en el Artículo 24.6 del *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* una verdadera presunción de «control análogo» al señalar que:

«... En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen».

La discrepancia entorno a esta presunción, según Miguel Ángel Bernal Blay, radica en que si bien es cierto que «la existencia de un control análogo implica la ausencia de autonomía de la voluntad del medio propio, que no puede rechazar o condicionar el encargo y que de esta manera deviene obligatorio. Esa obligatoriedad del encargo no es a nuestro juicio la causa sino la consecuencia de la existencia de un control análogo al que se ostenta sobre los propios servicios». Añade que «el encargo singular no determina per se la existencia de un poder de influencia sobre las decisiones estratégicas del medio propio»⁹.

El segundo de los requisitos que fijó la sentencia Teckal para que una relación entre un poder adjudicador (encomendante) y un ente instrumental (enco-

⁹ Bernal Blay, M.A. (2009), *Revista Noticias de la Unión Europea*, «Los encargos a entidades de la casa y su exclusión del ámbito de aplicación de la ley», pp 28.

mentatario) pueda ser calificada de relación in house o interna es que este realice para dicho poder la parte esencial de su actividad.

Para determinar el alcance de este segundo requisito, se hace necesario recurrir también a la jurisprudencia comunitaria, no tan abundante como el primero, en la medida que la no concurrencia del control análogo determina que no se entre a considerar el presente requisito.

Uno de los pronunciamientos más importantes se produce en la sentencia del TJCE de fecha 11 de mayo de 2006, «Asunto C-340/04 Carbotermo», ya mencionada con anterioridad, manifestando que «solo cabe considerar que la empresa de que se trata realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, según los términos de la sentencia Teckal, antes citada, cuando la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter marginal».

En cuanto a la discrepancia de si se debe tomar en consideración únicamente el volumen de negocios realizado con el ente territorial que controla a la empresa o el realizado en el territorio de dicho ente, el Tribunal establece que «las actividades de la empresa adjudicataria que procede tomar en consideración son todas las que dicha empresa realiza en el marco de una adjudicación efectuada por el poder adjudicador, y ello con independencia de la identidad del beneficiario, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios», siendo irrelevante dónde se presten los servicios.

V. LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

La nueva regulación establecida a nivel comunitario, ha continuado esa línea de precisar en mayor detalle los rasgos característicos de las operaciones in house providing para determinar la exclusión de la legislación contractual, en la medida que con los años estas operaciones habían perdido su verdadera naturaleza.

Así el Artículo 12, bajo la rúbrica de «contratos públicos entre entidades del sector público», de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, Directiva que resulta de aplicación aun cuando no se haya efectuado su transposición a nuestro ordenamiento jurídico, siempre que no perjudique a un tercero, preceptúa que:

«1. Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) Que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;
- b) Que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el

poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y

c) Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, a efectos del párrafo primero, letra a), cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador.

2. El apartado I también se aplica cuando la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los tratados, y que no otorguen una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

3. Un poder adjudicador que no ejerza sobre una persona jurídica de derecho público o privado un control en el sentido del apartado I podrá, no obstante, adjudicar un contrato público a dicha persona jurídica sin aplicar la presente directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) Que el poder adjudicador ejerza sobre dicha persona jurídica, conjuntamente con otros poderes adjudicadores, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;

b) Que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores, y

c) Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los tratados, y que no suponga el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

A efectos de la letra a) del párrafo primero, los poderes adjudicadores ejercen un control conjunto sobre una persona jurídica si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

- i) Que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos,
- ii) Que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, y
- iii) Que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.

4. Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) Que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;
- b) Que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y
- c) Que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de la cooperación.

5. Para determinar el porcentaje de actividades al que se hace referencia en el apartado I, párrafo primero, letra b); en el apartado III, párrafo primero, letra b); y en el apartado IV, letra c); se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato (...).

Uno de los aspectos más importantes de la nueva regulación es la presunción que se realiza del requisito relativo al control análogo. No se puede obviar la flexibilización que se venía produciendo en la legislación española, y que todavía no se recoge en el *Texto Refundido* pero sí en modificaciones normativas posteriores, y que consiste en entender que un ente del sector público no solo única y exclusivamente puede ser medio propio y servicio técnico del concreto poder adjudicador que ostente sobre dicho ente un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios, sino que esta condición podría extenderse respecto de otros poderes adjudicadores que, a su vez, se encuentren en una relación de vinculación o dependencia con ese «poder adjudicador matriz», dando origen a las llamadas encomiendas de gestión horizontales.

Esta interpretación amplia, conllevó la modificación de diversos reales decretos aprobados con posterioridad a la Ley de Contratos del Sector Público, en los cuales se atribuye a diversos entes del sector público estatal la condición de medios propios y servicios técnicos tanto de la Administración General del Estado como de sus entes, entidades, organismos y sociedades vinculados o dependientes, sin embargo todavía no se encuentra presente en la norma de creación o estatutos de todos los medios propios (a modo de ejemplo Artículo 3.2.m) del *Estatuto del Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT)* aprobado por Real Decreto 1952/2000, de 1 de diciembre).

Por todo ello, fruto de la aplicabilidad de la Directiva pendiente de transposición, esta interpretación amplia se consolida, y a su vez determina otra flexibilización respecto del requisito adicional previsto en nuestra legislación contractual, para que un determinado ente del sector público pueda ser considerado como medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador, y para que, a su vez, los negocios jurídicos que se efectúen y que consistan en la realización de prestaciones encargadas por este último, queden excluidos del ámbito de aplicación del texto legal referido, ya que en algunos casos en los que todavía no se ha realizado o adaptado la normativa, ya no debería resultar aplicable lo preceptuado en el Artículo 24.6 último párrafo del *Texto Refundido* al establecer que:

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

En este sentido se expresa la Abogacía del Estado-Dirección del Servicio Jurídico, al señalar que «es claro que, como se ha dicho, se admite que una entidad que sea poder adjudicador adjudique un contrato a una persona que esté controlada por el mismo poder adjudicador que controla aquel»¹⁰, conforme al Artículo 12.2, inciso final antes reproducido, añadiendo que se debe tener presente que la Directiva 2014/24/UE admite también que el control no sea directo sino también indirecto (Artículo 12.1, párrafo último, inciso final), y que el supuesto de que el medio propio y servicio técnico lo sea respecto de varios poderes adjudicadores conjuntamente (Artículo 12.3 antes transcrito).

En definitiva, en la actualidad, cabe admitir la posibilidad de la «encomienda de gestión horizontal», es decir, que una entidad que sea poder adjudicador adjudique un contrato a una persona que esté controlada por el mismo poder adjudicador que controla aquel.

¹⁰ Dictamen de 27 de enero de 2015 (*A.G. Entes Públicos 3/15 (R-6/215)*) de la Abogacía del Estado-Dirección del Servicio Jurídico.

La segunda nota característica de la nueva regulación es la concreción del segundo de los requisitos que fijó la sentencia Teckal para que una relación entre un poder adjudicador (encomendante) y un ente instrumental (encomendatario) pueda ser calificada de relación in house o interna, y es que este realice para dicho poder la parte esencial de su actividad. Se establece finalmente la presunción de este requisito, en función del volumen de negocios total de la persona jurídica controlada, teniendo en cuenta las actividades que esta haya realizado mediante encargos recibidos principalmente, recogiendo el criterio orientativo de la jurisprudencia comunitaria, y concretándolo en que «más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores», lo que influirá a su vez precisamente en una práctica que se venía realizando con este tipo de operaciones, la excesiva subcontratación de los trabajos, muchas veces provocado también por la amplitud del objeto que el medio propio tiene reconocido en sus estatutos.

Por todo ello, se hace necesario referir brevemente como en la tramitación que se viene realizando de la nueva legislación en materia de contratación que transpone esta Directiva, ya se tiene en cuenta una nueva regulación del llamado «medio propio» de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada «in house providing», que pasará a denominarse como «encargos a medios propios», donde se encuentran los casos de contratos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquel que se hubiera realizado por otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador y manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados.

En la futura ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de Contratación antes referida, aumentarán las exigencias que deben cumplir estas entidades, con la intención de evitar adjudicaciones directas que puedan menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la persona jurídica que tenga el carácter de «medio propio» disponga de medios suficientes para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad.

Recientemente, debido a la cercanía del plazo de finalización para la transposición de las nuevas Directivas Comunitarias de Contratación Pública (en España finaliza el 18 de abril de 2016), mediante la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, se publicó en el *BOE* núm. 66, de fecha 17 de marzo de 2016, la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el efecto directo de las nuevas Directivas Comunitarias en materia de contratación pública, donde se refleja la eficacia directa de las disposiciones comunitarias que señalé con anterioridad, criterio asentado por la jurisprudencia comunitaria en el sentido de que la disposición aplicable sea clara y precisa y no esté sujeta a ninguna excepción ni condición.

Asimismo, junto con esta recomendación, los tribunales administrativos de contratación pública han elaborado un documento sobre *Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público*, manifestando el efecto directo del Artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, en consonancia con la evolución jurisprudencial reseñada, destacando la relevancia práctica del precepto que reúne las notas de claridad, precisión y aplicabilidad incondicionada.

En mi opinión, de la novedosa regulación que se debe establecer, resultará fundamental no solo prever la flexibilización que se produce en cuanto a la exigencia del control análogo para no depender de modificaciones normativas puntuales que determinen o no la posibilidad de efectuar encargos a un concreto medio propio («encomiendas horizontales»), sino también tener en cuenta la restricción de condicionar a los medios propios en función de su volumen global de negocio, parámetro objetivo que sirve para determinar si realmente el encomendatario realiza para el poder adjudicador la parte esencial de su actividad, así como para ofrecer un mecanismo que reducirá seguramente las múltiples subencomiendas o subencargos que se venían realizando, con independencia de que en el propio Artículo 4.1.n) del *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* determine que «... los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidas a esta ley...», teniendo mucho más sentido que el medio propio precisamente reciba el encargo porque tiene la capacidad para ejecutar el mismo prácticamente en su totalidad.

Mayor problemática me ofrece la exigencia de que el medio propio tenga que limitar sus actividades a la exigencia de cumplir con ese 80%, o lo que es lo mismo, no sobrepasar un 20% en otras actividades que pueda realizar esa persona jurídica concreta. No debemos obviar el aspecto temporal del «control análogo», que no debería ser cuando se produce el encargo al medio propio, sino teniendo en cuenta los acontecimientos que se produzcan con posterioridad, en la medida que otra interpretación supone un menoscabo de la normativa comunitaria y de nuestro derecho interno. Así tras la realización del encargo al medio propio y antes de que acabe su ejecución, si se produce la pérdida de dicho control análogo, debería negarse el cumplimiento del condicionante, y así ocurriría con el resto de requisitos exigidos, lo que a mi juicio, en lo que se refiere a la exigencia del volumen global de negocios, un requisito excesivo en cuanto al cumplimiento que quizás, hubiera sido suficiente con un porcentaje determinado que únicamente sirviera para restringir la subcontratación.

VI. CONCLUSIONES

I. Los rasgos definidores de las operaciones in house, suponen condicionantes de inexcusable cumplimiento a los efectos de que no se pueda evitar la aplicabilidad de la legislación contractual, a tener en cuenta durante toda la relación negocial y la ejecución de los trabajos.

II. Los requisitos para determinar la concurrencia de estas relaciones y la exclusión de la legislación contractual, deriva de la jurisprudencia comunitaria, que ha ido perfilando con sus interpretaciones lo que cabe entender por cada uno de ellos, derivando en una modificación normativa más precisa.

III. La nueva regulación comunitaria, a transponer en nuestro derecho interno, flexibiliza la exigencia del control análogo pero restringe no solo el ostentar la condición de medio propio, sino también la práctica de la subcontratación, fijando como parámetro objetivo el volumen global de negocios para que la condición de medio propio se encuentre vinculada a la efectiva realización de las actividades que motivan el encargo.

IV. La dificultad de cumplimiento, no solo en el momento del encargo, sino durante todo el período de ejecución, del requisito mencionado en el apartado anterior. En mi opinión resulta aconsejable que el medio propio pueda articular otros mecanismos en el mercado que le permitan tener otras fuentes de ingresos y no se encuentre condicionado en las actividades que realice, para seguir ostentando la condición de medio propio, siendo suficiente que se establezca un porcentaje máximo de subcontratación como existe en estos momentos con TRAGSA pero no con otros medios propios, sin la necesidad de acudir al parámetro objetivo del volumen global de negocios que puede oscilar de un año a otro.

Con el actual requisito del 80%, muchos medios propios podrían incumplir esta condición, y en consecuencia perderían esta posibilidad de recibir encargos directamente de los poderes adjudicadores, provocando que pudieran aflorar otro tipo de relaciones contractuales, de conformidad con lo establecido en el Artículo 12.4 de la Directiva 2014/24/UE, entre poderes adjudicadores, que reúnan los condicionantes para ostentar dicha condición, y los requisitos previstos en ese apartado que no necesariamente son igual de restrictivos.

BIBLIOGRAFÍA

Pascual García, J. (2010), «Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público», Estudios Jurídicos, Ed. *Boletín Oficial del Estado*.

Bernal Blay, M.A. (2009), *Revista Noticias de la Unión Europea*, «Los encargos a entidades de la casa y su exclusión del ámbito de aplicación de la ley».

Rosa Bobo, F. (2009), «La encomienda de gestión como técnica de alteración del ejercicio de la competencia y como actividad negocial e instrumental en el sector público», Colección de Estudios Jurídicos y Fiscales de la Defensa.

Gimeno Feliu, J.M. (2008), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público», Editorial Cemci.

Bernal Blay, M.A. (2008), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, «La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la ley: los encargos in house, con especial referencia al ámbito local», Editorial Cemci.

ÁMBITO NORMATIVO DE LOS SISTEMAS AÉREOS NO TRIPULADOS

*Mercedes López-Sebastián López-Amor
Capitán auditor*

SUMARIO: I. Introducción. II. Sistemas Aéreos no Tripulados. 2.1. Terminología y concepto. 2.2. Clasificación. III. Marco normativo. 3.1. Ámbito internacional. 3.2. Ámbito comunitario. 3.3. Ámbito nacional. 3.3.1. Militar. 3.3.2. Civil. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los Sistemas Aéreos no Tripulados (UAS)¹ representan un nuevo paso en la evolución aeronáutica y en el campo de la industria constituyen el segmento con mayor potencial para el futuro. El desarrollo de estos medios permite realizar misiones aéreas en aquellas situaciones dónde, o bien el riesgo para la vida de los tripulantes aéreos, o los factores fisiológicos a los que estos se deberían someter, haría imposible la realización de misiones tripuladas. Esta posibilidad, unida a un menor coste en la fabricación y operación de estos medios aéreos en comparación con sus homólogos tripulados, y la posibilidad de llevar a cabo operaciones de forma autónoma o remotamente controlada y de muy larga duración, hacen que estos sistemas, con una eficacia ya probada en el ámbito militar, tengan cada vez más demanda en el ámbito civil.

En España, en el último lustro, los UAS han pasado de ser una aplicación limitada exclusivamente al mundo militar, y ligada a las necesidades de las zonas de operaciones, a convertirse en una realidad de aplicaciones civiles con el impulso de una industria que no ha permanecido inactiva a pesar de la actual situación financiera compleja. Esta actividad industrial, acompañada del esfuerzo desde algunos sectores de la Administración, ha sido especialmente importante y ha permitido que actualmente se disponga de soluciones con buenas posibilidades de mercado.

¹ Unmanned Aircraft System.

La situación regulatoria continúa restringiendo el uso de UAS de forma generalizada, si bien la toma de conciencia por parte de las autoridades aeronáuticas nacionales e internacionales sobre la necesidad de resolver estas restricciones está posibilitando la extensión de estos sistemas a aplicaciones no ligadas exclusivamente al mundo militar o de la seguridad.

Las aeronaves no tripuladas vienen operando desde hace tiempo dentro de los límites de áreas de acceso restringido a fin de protegerse de y proteger a otros usuarios del espacio aéreo, como la aviación general y la comercial. Gracias a las posibilidades que ofrece la tecnología y principalmente debido a la presión de la industria, parece haber llegado el momento de que su marco de operación se expanda para poder cumplir nuevas misiones en el campo civil o ampliar el ámbito operacional en el militar. Eso quiere decir, que dentro de poco las autoridades competentes a nivel internacional, permitirán su operación fuera de ese espacio aéreo restringido /segregado.

En el presente trabajo vamos a analizar el ámbito normativo de los Sistemas Aéreos no Tripulados, a fin de conocer bajo qué condiciones operan estos sistemas aéreos.

II. SISTEMAS AÉREOS NO TRIPULADOS

2.1. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO

Antes de entrar a analizar el concepto de vehículos aéreos no tripulados, hemos de señalar que la terminología empleada para referirse a los mismos no es uniforme.

Al finalizar la Primera Guerra Mundial se conocían como «aeronaves robóticas», «torpedos aéreos», «teledinos», «aeronaves automáticas» o «teleautomatones», denominaciones que hoy día parecen exóticas y que no se extendieron. En la década de 1930 se comenzó a utilizar la denominación «drone» que traducido literalmente del inglés significa «zángano» y que se utilizó de forma extendida hasta la década de los 50. En los 60 apareció la denominación RPV «Remotely Piloted Vehicle», es decir, vehículo pilotado a distancia. La denominación UAV «Unmanned Aerial Vehicle» empezó a cobrar fuerza en la década de los 80, aunque la autoridad de aviación civil norteamericana aplicaba la denominación «Remotely Operated Aircraft» (ROA) sustituyendo con respecto al antiguo concepto RPV las palabras «vehículo» por «aeronave» y «pilotado» por «operado», cambios que no son solo de mera denominación y que parecen más de tipo conceptual entorno a la problemática de operación que tienen estos sistemas.

A principios del siglo XXI se extendió la denominación UAS «Unmanned Aircraft System» con el fin de que contemplara, además del vehículo aéreo, todos los componentes asociados para la operación del mismo.

Esta larga historia de cambios de denominación no parece que haya terminado aunque el acrónimo UAS está más extendido y es el que muchas organi-

zaciones internacionales, como la OTAN, están adoptando de manera oficial. Recientemente cuestiones legales o de regulación plantean que conceptualmente la designación más apropiada sea la RPAS «Remotely Piloted Aircraft Systems», para evitar confusión sobre el grado de control humano sobre el sistema.

En el ordenamiento jurídico español, no encontramos otra definición de vehículos aéreos no tripulados para el restringido ámbito de los tránsitos aéreos militares² que la contenida en la Orden PRE/1366/2010, de 20 de mayo (*BOE núm. 130*, de 28 de mayo de 2010), por la que se modifica el Reglamento de Circulación Aérea Operativa, aprobado por Real Decreto 1489/1994 de 1 de julio. Conforme a lo establecido en la citada norma, «un vehículo aéreo no tripulado, es aquel vehículo aéreo propulsado que no lleva personal como operador de abordaje, incluyendo solo aquellos controlables en los tres ejes». Para que pueda encuadrarse en esta categoría, un UAV:

- Ha de ser capaz de mantenerse en vuelo por medios aerodinámicos,
- Ser pilotado de forma remota o incluyendo un programa de vuelo automático,
- Ser reutilizable,
- No estar clasificado como un arma guiada o un dispositivo similar de un solo uso diseñado para el lanzamiento de armas.

Por otro lado, el legislador, más que definir un Sistema Aéreo no Tripulado, lo que hace es establecer que el mismo comprende, los elementos individuales del sistema UAV, que incluyen el vehículo aéreo no tripulado (UAV), la estación de control en tierra y cualquier otro elemento necesario para el vuelo, tales como el enlace de comunicaciones o el sistema de lanzamiento y recuperación.

Una vez establecidas las definiciones anteriores, el Artículo único, punto uno, de la ORDEN/PRE/1366/2010, de 20 de mayo, señala los requisitos para que se pueda operar con sistemas aéreos no tripulados³, al tiempo que señala que

² Los tránsitos aéreos militares que por la naturaleza de la misión no operan conforme al Reglamento de Circulación Aérea, entre los que se incluyen, conforme al Artículo único, Capítulo segundo, apartado 2.2.2, el Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea Operativa; los vuelos de aeronaves militares, con independencia del tipo o nacionalidad: a) A/desde aeródromos españoles, portaaviones o buques con capacidad aérea a un área de trabajo o entre diferentes áreas de trabajo, polígonos de tiro, zonas peligrosas y restringidas, zonas de ejercicio, etc., o entre bases aéreas o aeródromos militares; b) En los espacios aéreos reservados para enseñanza, instrucción, maniobras o ejercicios. c) A/desde aeródromos españoles, portaaviones o buques con capacidad aérea a un área de operaciones que está en situación de tensión, crisis o guerra; los vuelos de aeronaves militares españolas: a) En misiones de policía del aire o ejercicios de defensa aérea, en tiempo de paz; b) en misiones de defensa aérea activa en tiempo de paz y en situaciones de tensión, crisis o guerra; c) Los vuelos de aeronaves militares españolas en misiones de seguridad del Estado y excepcionalmente, los tránsitos de aeronaves no militares que realicen determinadas acciones relacionadas con la Defensa Nacional y que por el carácter reservado de las mismas no convenga que procedan de acuerdo con el RCA.

³ Artículo único, punto uno, de la ORDEN/PRE1366/2010, de 20 de mayo: «La autoridad competente militar es la responsable de la autorización de las operaciones de los sistemas/vehículos aéreos no tripulados en el ámbito del Ministerio de Defensa, para garantizar la seguridad tanto de estos sistemas, como de los demás usuarios del espacio aéreo y proteger la integridad de las personas y de los bienes sobrevolados».

los mismos, dada las especiales funciones que tienen atribuidas en el ámbito de la norma que analizamos, solo podrán operar en espacio aéreo segregado.

Como ya señalábamos al comienzo de este apartado, aunque la terminología que puede emplearse para referirse a los vehículos aéreos no tripulados es diversa, y lo sean también sus clases y aplicaciones, en base al concepto que de los mismos se ha expuesto en los párrafos anteriores, podemos considerar que en líneas generales, y sin obviar las especialidades técnicas de los distintos aparatos subsumibles en el concepto analizado, todos ellos obedecen a una realidad que puede configurar una única categoría merecedora de un tratamiento jurídico uniforme.

A lo largo del presente trabajo utilizaremos indistintamente los términos, RPAS y UAS, siendo esta última denominación con la que empezó a trabajar el Ejército del Aire, no debiendo olvidar en ningún caso, el grado de control humano sobre el sistema.

2.2. CLASIFICACIÓN

A diferencia de lo que sucede con otros tipos de sistemas (misiles, buques, vehículos o aeronaves tripuladas), para los UAS no existe una clasificación universalmente aceptada sino múltiples taxonomías que se acostumbra a entremezclar debido a la gran diversidad de UAS existentes, a las múltiples misiones que estos pueden desempeñar, al hecho de que un UAS no es únicamente una aeronave, o dicho de otra manera, un UAV, en cuyo caso elaborar una métrica estándar sería mucho más fácil.

La necesidad de elaborar una taxonomía estándar para los UAS, está estrechamente ligada al desarrollo de una normativa específica para que los UAS puedan desempeñar sus misiones de forma fiable y segura, y en un espacio aéreo compartido con las aeronaves tripuladas.

Algunos de los métodos típicos de clasificación, más o menos extendidos, son:

- **Por las características físicas del UAV:** Dentro de este tipo de ordenación, pueden encontrarse a su vez clasificaciones por masa, tamaño (mini, micro, etc.), método de generación de sustentación (ala fija, ala rotatoria), autonomía en vuelo, velocidad, techo de vuelo, etc.

El subgrupo más habitual es el que clasifica los UAS en función del peso máximo al despegue del UAV (MTOW)⁴. Por un lado, el MTOW está relacionado con la capacidad máxima de carga de pago (MPL), la autonomía en vuelo u otros parámetros del UAV; y por otro, dicho parámetro está directamente vinculado con la energía cinética en el momento de un eventual impacto sobre el suelo, que determinará el riesgo asociado a los accidentes de los UAV.

- **Por la misión específica del UAS:** El corazón de un Sistema Aéreo no Tripulado son las cargas de pago embarcadas, puesto que determinarán las

⁴ MTOW: Maximum Take-Off Weight.

misiones desempeñadas por cada sistema en particular. Por ello en ocasiones estos sistemas se clasifican en función de las mismas. Tal es el caso, por ejemplo, de las categorías UCAS (UAS de combate) o UAS ISTAR⁵.

- **Por el nivel de conducción de las operaciones militares:** Otro tipo de clasificación, propio del ámbito militar, es aquel que clasifica los UAS en función del nivel al cual prestan servicio.

De esta manera, pueden encontrarse UAS de tipo táctico, operacional o estratégico. Asociada a esta, puede encontrarse otra clasificación en función del tamaño de la Unidad a la que presta servicio un determinado UAS, apareciendo así categorías como «UAS de nivel compañía» o «UAS de nivel brigada».

Además de las ya citadas, pueden encontrarse categorías menos habituales, o al menos no excesivamente empleadas por sí solas sino como complementos a otros grupos de clasificación, como pueden ser las determinadas por el tipo de sistema de comunicaciones LOS (comunicaciones en línea de visión directa) o BLOS (comunicaciones vía satélite).

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que no existen barreras perfectamente delimitadas. Por ello para cada ámbito hay que buscar una clasificación funcional adecuada. No puede hablarse de taxonomías más o menos correctas, sino de taxonomías más o menos ajustadas al uso que de ellas se quiera realizar.

A continuación se expone en la Tabla 1 el criterio adoptado por la OTAN en septiembre de 2011, que establece su clasificación.

Tabla 1. Clasificación UAS OTAN.

| Clase (MTOW) | Categoría | Empleo | Altitud de operación AGL | Radio de Misión |
|---------------------|---|--------------------|--------------------------|----------------------|
| CLASE I ≤150Kg | MICRO <2Kg | Táctico (Sección) | Hasta 200 pies | 5 Km (LOS) |
| | MINI 2-20Kg | Táctico (Compañía) | Hasta 1.000 pies | 25 Km (LOS) |
| | LIGEROS >20Kg | Táctico (Batallón) | Hasta 1.200 pies | 50Km (LOS) |
| CLASE II ≤600Kg | TÁCTICO | Táctico (Brigada) | Hasta 10.000pies | 200 Km (LOS) |
| CLASE III >600Kg | MALE (Medium Altitude Long Endurance) | Operacional | Hasta 5.000 pies | Sin Límite (BLOS) |
| | HALE (High Altitude Long Endurance) | Estratégico | Hasta 65.000 pies | Sin Límite (BLOS) |
| | Combate | Estratégico | Hasta 65.000 pies | Sin Límite (BLOS) |

Fuente: JCGUAV (Joint Capability Group on Unmanned Aerial Vehicles). Septiembre 2011

⁵ ISTAR: Intelligence, Surveillance, Target Acquisition and Reconnaissance.

III. MARCO NORMATIVO

3.1. ÁMBITO INTERNACIONAL

El organismo internacional de referencia en la aviación civil, esto es, la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), tiene como objetivo al tratar de la operación de aeronaves tripuladas por control remoto, el de proporcionar un marco normativo internacional fundamental mediante normas y métodos recomendados (SARPS), con el apoyo de procedimientos para los servicios de navegación aérea (PANS), a efectos de afianzar la operación normal de UAS en todo el mundo de una manera segura, armonizada y fluida comparable a la manera en la que se desarrollan las operaciones con aeronaves tripuladas.

En abril de 2005, la Comisión de Aeronavegación de la Organización de Aviación Civil Internacional pidió al secretario general, que consultara a diferentes Estados y organizaciones internacionales seleccionados, sobre las actividades civiles internacionales que se estaban realizando y que se pretendían realizar en un futuro con vehículos aéreos no tripulados, sobre los peligros que estas operaciones plantean a las aeronaves civiles y sobre los posibles procedimientos que podrían instituirse para la expedición de autorizaciones operacionales especiales para los vuelos internacionales civiles de los UAV.

En mayo de 2006 se celebró en Montreal la primera reunión específica de la Organización de Aviación Civil Internacional sobre los UAV. El objetivo de esta reunión fue determinar la posible función de la Organización de Aviación Civil Internacional en la elaboración de reglamentación sobre UAV, decidiéndose la necesidad de armonizar términos, estrategias y principios con respecto al marco normativo y la Organización de Aviación Civil Internacional se erigió como agente coordinador. La segunda reunión de la citada Organización se celebró en Florida en 2007, en la que se convino que la Organización de Aviación Civil Internacional debería coordinar la elaboración de un documento de orientación estratégica que guiara la evolución normativa, que si bien no tendría carácter vinculante, serviría de base para la elaboración de reglamentos por los diversos Estados y organizaciones.

El primer paso para alcanzar ese objetivo fue la publicación en el año 2011 de la Circular 328-AN/190, cuyos propósitos fundamentales fueron los siguientes:

- Informar a los diferentes Estados sobre la perspectiva de la Organización de Aviación Civil Internacional sobre la integración de los UAS en el espacio aéreo no segregado y en los aeródromos.
- Considerar las diferencias fundamentales que esta integración entrañaría con respecto a la aviación tripulada.
- Alentar a los Estados a que contribuyesen a la elaboración de una política de la Organización de Aviación Civil Internacional sobre UAS.

La incorporación de estos aparatos no tripulados al concepto de aeronave, a nivel internacional ha forzado lógicamente la modificación de muchos anexos al *Convenio sobre aviación civil internacional*. En concreto y a partir de la Circular

del año 2011 se produjeron las siguientes modificaciones: a) Enmienda 43 al anexo 2 (Reglas del Aire); b) Enmienda 6 al anexo 7 (Marcas de nacionalidad y matrícula de aeronaves) y c) Enmienda 13 al anexo 13 (Investigación de accidentes).

Este año 2015, la Organización de Aviación Civil Internacional ha publicado el Documento 10019 o *Manual sobre RPAS* como una guía para los Estados y los operadores a la hora de armonizar la regulaciones, con el fin último de la integración de los RPAS en un espacio aéreo único y no segregado.

3.2. ÁMBITO COMUNITARIO

Antes de que existiera regulación comunitaria que hiciera referencia a los RPAS, a nivel europeo se creó el denominado grupo JARUS⁶, formado, no solo por las autoridades aeronáuticas de diferentes Estados europeos, sino que también cuenta con la participación activa de autoridades aeronáuticas de terceros países con experiencia en operaciones con RPAS (FAA americana o la autoridad aeronáutica australiana).

El objetivo principal de este grupo es proponer una reglamentación armonizada que cubra todos los aspectos operacionales de los RPAS y que pueda servir de base, tanto a la Unión Europea como a los Estados europeos para la elaboración de normativa interna propia sobre esta materia. Las áreas sobre las que ha trabajado este grupo son: operativas, personal, técnicas y organizaciones de entrenamiento, formación, diseño.

En el ámbito de la regulación europea hay que hacer mención a EURO-CARE⁷, organización sin ánimo de lucro formado por diferentes representantes de la industria que cuenta con la participación de las autoridades de los Estados europeos y que se dedica fundamentalmente a la estandarización de la aviación desde el año 1963. En esta organización se crearon dos grupos de trabajo específicos para tratar la regulación de los RAPS de masa máxima al despegue superior e inferior a 25 kg.

Asimismo, hay que hacer referencia a la Agencia Europea de Seguridad Aérea, como órgano regulador comunitario en el ámbito de la aviación civil comunitaria que surge con el Reglamento Marco 216/2008 sobre normas comunes en materia de aviación civil y por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad Aérea. En este sentido la Agencia Europea trabaja en la elaboración de normas comunitarias que regulen los distintos aspectos de las aeronaves no tripuladas aunque lo cierto es que hasta la fecha existe más material guía que normativa.

En el año 2012 EASA aprueba el Reglamento 748/2012 de la Comisión de 3 de agosto, sobre certificación de aeronaves, componentes y equipos, reglamento que también es aplicable a los RPAS al ser estos aparatos considerados aeronaves en todos los sentidos.

⁶ Joint Authorities for Rulemaking on Unmanned Systems.

⁷ European Organization for Civil Aviation Equipment.

Es importante destacar que en una primera fase, el marco normativo competencial de EASA abarca la regulación de aeronaves de masa máxima al despegue igual o superior a 150 kg dejando la regulación de las aeronaves de masa máxima al despegue inferior a 150 kg a los Estados miembros, lo que está generando una desigualdad en el tratamiento regulatorio de estas aeronaves.

En el año 2012 EASA aprueba la NPA (National Plan Action) número 10 (NPA 2012-10 RPAS) que es en sí una trasposición a la normativa comunitaria de la enmienda 43 al anexo 2 de la Organización de Aviación Civil Internacional provocada por la publicación de dicha Organización de la Circular sobre RAPS en el año 2011. El propósito de dicha NPA, es el de proponer la coordinación de las Reglas Comunes del Aire (SERA) con el anexo 2 de la Organización de Aviación Civil Internacional en su revisión 43, incluyendo recomendaciones regulatorias en los siguientes aspectos: certificación de RPAS, certificación de operadores de RAPS, licencias de pilotos remotos...

Más recientemente, en marzo de 2015, Riga –capital de Letonia– acogió la Conferencia «Sistemas Aéreos Remotamente Pilotados: enmarcando el futuro de la aviación». La comunidad de expertos reunida en la conferencia alcanzó un amplio consenso que permitirá las operaciones civiles con RAPS, en base a los siguientes principios:

- Necesidad de que estos sistemas sean tratados como nuevos tipos de aeronaves con reglas proporcionales basadas en el riesgo de cada operación.
- Las normas de la Unión Europea para la prestación segura de servicios con aviones no tripulados debe desarrollarse ahora.
- Necesidad de desarrollar tecnologías y normas que permitan la integración completa de estos sistemas en el espacio aéreo europeo.
- Importancia de que el creciente uso de estos nuevos sistemas cuente con la pertinente aceptación pública
- El responsable de la utilización de un avión no tripulado será su operador.

3.3. ÁMBITO NACIONAL

3.3.1. Militar

Los Sistemas Aéreos no Tripulados (UAS), o también denominados, Sistemas Tripulados Remotamente (RPAS) forman parte del inventario militar español desde hace años, operando principalmente, como plataformas de observación. Estas plataformas no pilotadas, o pilotadas remotamente, tienen características de vuelo semejantes a las aeronaves tripuladas que operan en un espacio aéreo estructurado y gestionado desde años, existiendo para ellas una extensa normativa en todas las áreas, tanto a nivel nacional como internacional, cosa que no ocurre cuando hablamos de los UAS.

En los últimos tiempos, bien por entrenamiento o para desarrollo de futuros UAS, se ha visto la necesidad de utilizar el espacio aéreo español, pero la carencia

de una normativa adecuada para volarlos o pilotarlos remotamente, y la falta de certificación, unidas a esa necesidad de seguridad de la operación y en la operación, fueron los primeros obstáculos a superar para hacer posible su vuelo en España.

En virtud de la Orden PRE/1366/2010, de 20 de mayo, por la que se modifica el Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea Operativa (RCAO), se incluye por primera vez en la legislación aeronáutica española, tanto civil como militar, la definición de vehículo aéreo no tripulado (UAV) y de UAS, estableciéndose que su vuelo debe desarrollarse en espacio aéreo segregado. Además se faculta al jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire (JEMA) como la autoridad militar competente para autorizar su operación, y así «garantizar la seguridad, tanto de estos sistemas como de los demás usuarios del espacio aéreo, y proteger la integridad de las personas y de los bienes sobrevolados».

Con esta modificación, el Ministerio de Defensa, a través del Ejército del Aire, tomó la iniciativa a nivel nacional sobre los UAS, pues no existía entonces, legislación civil al efecto. En este sentido y a fin de dar respuesta operativa a los diferentes usuarios militares de UAS, se desarrollaron las *Normas del jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, autoridad competente militar, sobre la operación de Sistemas Aéreos no Tripulados (UAS) en espacio aéreo segregado*, en las que se establecen los requisitos en materia de espacio aéreo y coordinación de los Servicios de Tránsito Aéreo (ATS), para la operación de UAS en el espacio aéreo de soberanía y de responsabilidad nacional, definiendo los requerimientos operativos y normativos que deben cumplir los UAS para su segura operación.

Para hacer posible que el vuelo de los UAV fuese una realidad en España y que dicha actividad se realizara con seguridad, el Ejército del Aire, en el ámbito de sus competencias, inició los pasos para la regulación de la operación de Sistemas Aéreos no Tripulados militares en el espacio de soberanía y responsabilidad, acreditación de las titulaciones y licencias de operador de UAS y la creación de un centro de formación militar adecuado, para impartir los diferentes cursos a los operadores militares de UAS.

Para poder realizar un vuelo seguro de un Sistema Aéreo no Tripulado, es necesaria la conjunción de tres factores:

- 1) Que el sistema (vehículo, estación de control y enlaces) ofrezca las máximas garantías de seguridad⁸.
- 2) Que el espacio aéreo donde se lleve a cabo la actividad aérea reúna las condiciones adecuadas⁹.
- 3) Que el operador del sistema esté capacitado para ello¹⁰.

⁸ Un certificado de aeronavegabilidad asegura que una aeronave, tripulada o no, cumple unos requisitos que la hacen apta para poder desarrollar la actividad del vuelo, lo que implica operar con seguridad.

⁹ Los UAS solo pueden operar en espacio aéreo segregado, es decir, en una zona perfectamente delimitada y definida en las cuatro dimensiones, tres espaciales y una temporal.

¹⁰ Que cuente con una titulación específica y licencia, acreditada por la autoridad competente y fruto de una adecuada formación.

El empleo de estos sistemas aéreos precisa del correspondiente proceso de instrucción y adiestramiento del personal que opera estos sistemas de armas en territorio nacional, debiendo poseer, al igual que el resto de personal aeronáutico que realiza funciones técnicas propias de la navegación aérea, el título que le faculte específicamente para dicha función y cumpla con las condiciones que reglamentariamente se determinen, según señala el Artículo 58 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea¹¹, correspondiendo al Ministerio de Defensa, la determinación y expedición de las titulaciones aeronáuticas militares para el ejercicio de las funciones técnicas de la navegación aérea¹².

En el ámbito del Ministerio de Defensa, por Orden Ministerial 18/2012, de 16 de marzo, se establece la aptitud y se crea el Título de Operador de Sistemas Aéreos no Tripulados para los miembros de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, en el ámbito civil –donde las competencias aeronáuticas corresponden al Ministerio de Fomento/Dirección General de Aviación Civil/Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA)–, al día de la fecha, aún no se ha creado la titulación equivalente, existiendo actualmente por tanto, una laguna legal al respecto.

La citada orden ministerial, viene exigida e impuesta –entre otras razones que se explicitan en el propio preámbulo de la reseñada Orden Ministerial 18/2012– por la Orden PRE/1366/2010, de 20 de mayo, por la que se modifica el Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea Operativa, que atribuye al jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, en su condición de «autoridad competente militar», la facultad para establecer «las autorizaciones, requisitos y competencias necesarias del personal y de los equipos necesarios para la operación de estos sistemas», con el objeto de garantizar, tanto su seguridad como la de los demás usuarios del espacio aéreo, así como proteger la integridad de las personas y bienes sobrevolados.

Dicha orden ministerial, define al Operador de Sistemas Aéreos no Tripulados (DUO)¹³ como «aquella persona designada específicamente para operar remotamente los mandos de vuelo de una aeronave no tripulada, ejecutando la misión programada con las adecuadas garantías de seguridad y eficacia operativa», al tiempo que se le atribuye la consideración de piloto al mando/comandante de aeronave con las responsabilidades inherentes y especificadas para ese puesto en el RCAO. La aptitud de DUO se adquiere mediante la obtención del título

¹¹ Artículo 58 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea: «Para el ejercicio de cualquier función técnica, propia de la navegación aérea, tanto civil como militar, será necesario el título que faculte específicamente para dicha función y el cumplimiento de las condiciones que por el Ministerio del Aire reglamentariamente se determinen».

¹² Artículo 56 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea: «El personal de vuelo es el destinado al mando, pilotaje o servicio de a bordo de la aeronave y que constituye su tripulación. La expedición de sus títulos aeronáuticos corresponde privativamente al Ministerio del Aire, en las condiciones que reglamentariamente determine».

¹³ Designated UAS Operator.

correspondiente y faculta a su titular para el ejercicio de todas las funciones relacionadas con la operación del UAS para las que esté acreditado¹⁴.

El Grupo de Escuelas de Matacán (Salamanca), del Ejército del Aire, es el centro docente responsable de impartir las enseñanzas conducentes a la obtención de la titulación aeronáutica de Operador de Sistemas Aéreos no Tripulados. Los planes de estudio asociados a la obtención y convalidación de las titulaciones aeronáuticas de personal militar español Operador de Sistemas Aéreos no Tripulados, se han desarrollado basándose en las recomendaciones establecidas en el STANAG 4670¹⁵.

Crear una escuela de formación de DUO, es una opción que, de momento, muy pocas Fuerzas Armadas han escogido. Si el Ejército del Aire siempre ha considerado que la seguridad de vuelo es el factor más importante a tener en cuenta en cualquier operación de una aeronave, en las pilotadas remotamente este factor alcanza el culmen. La Dirección de Enseñanza del Ejército del Aire acredita como Operadores de Sistemas Aéreos no Tripulados a los miembros de las Fuerzas Armadas mediante la expedición de dos tipos de tarjetas de aptitud:

- **Tarjeta Marrón: Tipo I.** Documento nominal que acredita que el titular posee la aptitud para operar los UAS militares que en ella figuren, cuyo MTOW sea inferior o igual a 150 kg.
- **Tarjeta Naranja: Tipo II.** Documento nominal que acredita que el titular posee la aptitud para operar los UAS militares que en ella figuren, cuyo MTOW sea superior a 150 kg.

En virtud de la Orden Ministerial 62/2012, de 10 de septiembre, se modifica la Orden Ministerial 23/2011, de 27 de abril, sobre el sistema de la valoración de la aptitud médica del personal de las Fuerzas Armadas con responsabilidad de vuelo e incorpora a los operadores de UAS en uno de los grupos establecidos (Grupo III), determinando el sistema y los procedimientos para que dicha valoración médica sea realizada por los órganos médico aeronáuticos competentes. En este sentido y respecto a las normas generales para la concesión, revalidación, renovación, ampliación y anulación de las citadas tarjetas de aptitud para operar Sistemas Aéreos no Tripulados, se estará a lo dispuesto en el anexo a la Orden Ministerial 18/2012.

Por último significar, que en la Escuela de Sistemas Aéreos no Tripulados, se han impartido cursos de operador de los citados sistemas, a personal civil de la industria (INDRA, CASSIDIAN y TEKPLUS) e INTA, fruto de convenios de colaboración o condiciones de prestación de apoyo entre el Ejército del Aire y dichas empresas/organizaciones, por considerarse de interés para el Ejército del Aire los programas de desarrollo en curso (Atlante, Pelicano, Desiré, y Centauro, entre otros), debiendo destacar el convenio de colaboración firmado en agosto

¹⁴ Operación y control remoto del UAV, las maniobras de despegue y aterrizaje, la navegación y la ejecución de la misión asignada de acuerdo a la normativa de operación de UAS militares desarrollada por la autoridad competente militar.

¹⁵ STANAG 4670 Ed. 2 (2013) «Guidance for the Training of Unmanned Aircraft Systems Operators».

de 2012 entre el Ministerio de Defensa/Ejército del Aire y el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas» (INTA) que ha permitido el empleo interino del sistema SIVA (Sistema Integrado de Vigilancia Aérea) como plataforma para los cursos de Tipo II.

3.3.2. Civil

Los avances científicos y técnicos han contribuido en los últimos años al progreso de la aviación, permitiendo la aparición de nuevos usuarios del espacio aéreo que reciben diversos nombres como drones, RPAS o UAV's.

Hasta hace poco, este tipo de aeronaves eran de uso exclusivo en el ámbito militar y de la Defensa pero la tecnología ha sido perfeccionada hasta tal punto que su uso se ha ampliado al área civil y al mercado privado. La proliferación de este tipo de aparatos –con los consiguientes riesgos a la seguridad aérea que ello conlleva– y el vacío legal que los rodeaba llevó al Gobierno español a aprobar, el pasado mes de julio, una regulación para permitir el vuelo de estas aeronaves en nuestro país para diversos usos civiles.

A través del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, hoy ya –tras su convalidación por el Congreso de los Diputados– Ley 18/2014, de 15 de octubre, de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia, se proporciona una *regulación provisional necesaria y muy reclamada* por los operadores de estos sistemas, quienes estaban viendo frenada la expansión de su emergente actividad económica por la ausencia de un marco regulatorio apropiado, sumándose de esta forma nuestro país al grupo de Estados que ya cuentan con regulación para su espacio aéreo en esta materia como Francia, Italia, Irlanda, Suecia, Suiza, República Checa y Reino Unido.

Sentado lo anterior, la regulación de las operaciones de aeronaves civiles pilotadas por control remoto que se lleven a cabo en espacio aéreo español está contenida: a) en el Artículo 50 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, en tanto no se dicte la disposición reglamentaria que regule de forma específica la operación de estas aeronaves; b) en lo previsto en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (LNA); y en la Ley 21/2003, de Seguridad Aérea (LSA), en cuyas normas se han operado puntuales modificaciones, normas que se completan con la resolución de la directora de AESA¹⁶ por la que se adoptan medios aceptables de cumplimiento y material guía para la aplicación del Artículo 50 mencionado.

Con esta nueva regulación, lo primero a destacar, es que se acuña ya una denominación en español para hacer alusión a una realidad que desde hace tiempo viene siendo objeto de atención por los medios y a la que se refieren con diferentes vocablos como drones, UAV, UAS, RPAS. Esta última terminología, ha sido traducida al español como aeronaves civiles pilotadas por control remoto. Por el momento la regulación se está centrando en los RPAS, que son en realidad una

¹⁶ Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

categoría dentro del género de los Sistemas Aéreos no Tripulados en los que siempre hay un piloto al control de los mandos.

Desde el año 2011 en que la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) publicó la Circular 328 AN/190 sobre «Unmanned Aircraft System (UAS)», estaba claro que estos vehículos debían considerarse aeronaves, pues su párrafo 1.7 señalaba: «Los vehículos no pilotados son realmente aeronaves», y el 2.4 disponía: «El hecho de que la aeronave sea tripulada o no tripulada no afecta su condición de aeronave».

El anexo 7 al *Convenio de Chicago* (1944) contenía una definición de aeronave así como una clasificación de los distintos tipos de aeronaves, si bien, este anexo, se modificó el 7 de marzo de 2012, para recoger expresamente una definición de RPA e incluirlas en su clasificación.

En España, el Artículo 11 de la Ley de Navegación Aérea (LNA) y el Reglamento del Registro Mercantil (art.178) definían la aeronave como «toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que este y tenga o no órganos motopropulsores», no dando cabida este precepto a las aeronaves no tripuladas, de ahí que el legislador ha procedido a reformar el antes citado Artículo 11 de la Ley de Navegación Aérea, añadiendo el apartado b), que dispone: «Se entiende por aeronave: cualquier máquina pilotada por control remoto que pueda sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra».

El legislador no ha establecido una regulación completa de estas aeronaves civiles pilotadas por control remoto ya que dicho régimen, se establecerá reglamentariamente conforme al estado de la técnica, tratando de esta forma de garantizar temporalmente las operaciones del sector con los niveles necesarios de seguridad. Se aborda exclusivamente la operación de estas aeronaves de peso inferior a 150 Kg y aquellas de peso superior destinadas a la realización de actividades de lucha contra incendios y búsqueda y salvamento, dado que el resto, en general, están sujetas al régimen de la Unión Europea, correspondiendo a los Estados la regulación de los RPAS de menos de 150 kg.

Una de las principales novedades de la nueva regulación, es que, a diferencia de lo que ocurría hasta ahora, las aeronaves civiles pilotadas por control remoto cuya masa máxima al despegue sea inferior a 25 kg, no deberán estar inscritas en el Registro de Matrículas y disponer de certificado de aeronavegabilidad. Sin embargo, todas ellas, cualquiera que sea su MTOW, están obligadas a llevar una placa identificativa en la que deberá constar de forma legible a simple vista e indeleble, la identificación de la aeronave, mediante designación específica y, en su caso, número de serie, así como el nombre de la empresa operadora y los datos necesarios para ponerse en contacto con ella.

Respecto al ámbito de aplicación de la norma que venimos analizando, hay que señalar que se distinguen dos tipos de actividades: los trabajos científicos y técnicos (fotografía aérea, publicidad, fumigación, etc.) y otras operaciones no comerciales (vuelos de prueba de producción y mantenimiento, de demostración,

programas de investigación sobre la viabilidad de realizar determinado tipo de actividad, etc.), recogidas en el Artículo 50, apartados III y IV respectivamente, de la Ley 18/2014.

Estas actividades a las que nos hemos referido en el párrafo que antecede, según dispone el Artículo 50.6 de la Ley 18/2014, quedarán sometidas a un régimen de comunicación previa, con cinco días de antelación, a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, cuando se realicen por aeronaves pilotadas por control remoto cuya masa máxima al despegue sea igual o inferior a 25 kg, debiendo comunicarse asimismo cualquier modificación de la comunicación. La citada Agencia queda obligada a acusar recibo en el plazo de cinco días desde la recepción de la documentación, en el que como mínimo debe indicarse las actividades para cuyo ejercicio queda habilitado por la comunicación. Dicha comunicación deberá contener: los datos identificativos del operador, descripción de la caracterización de la aeronave, tipo de trabajo técnico o científico o tipo de vuelo que se va a realizar y las condiciones o limitaciones de la operación o vuelo para garantizar la seguridad. Junto con la comunicación previa, el operador deberá presentar:

- 1) Declaración responsable en la que manifieste que cumple con los requisitos exigibles del Artículo 50 objeto de estudio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que mantendrá su cumplimiento en el período de tiempo inherente a la realización de la actividad comunicada.
- 2) Manual de operaciones.
- 3) Estudio aeronáutico de seguridad.
- 4) Documentación acreditativa de tener suscrito el seguro obligatorio que se prevé en la norma, si bien, en el caso de trabajos científicos o técnicos además se deberá presentar el programa de mantenimiento y la documentación acreditativa de haber realizado los vuelos de prueba necesarios para demostrar que la operación que se pretende puede realizarse con seguridad.

Con igual contenido que el previsto para la comunicación previa a la que nos hemos referido, y según dispone el Artículo 50.7 de la Ley 18/2014, deberá presentarse instancia solicitando autorización previa de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea para realizar operaciones de aeronaves civiles pilotadas por control remoto cuya masa máxima al despegue exceda de 25 kg, así como cualquier modificación en las condiciones de ejercicio de dichas actividades, no pudiendo operar sin la autorización expresa.

Debemos significar, que una vez comunicada o autorizada, en su caso, determinada actividad, el operador queda habilitado para el ejercicio de la misma por tiempo indefinido, en tanto se mantenga el cumplimiento de los requisitos exigidos (Art.50.8, Ley 18/2014).

En el caso de incumplimiento del régimen de comunicación previa o autorización, resulta necesario remitirse al Artículo 43.1 de la LSA que dispone: «solo constituyen infracciones administrativas en materia de aviación civil las acciones y omisiones previstas como tales en esta ley». En este sentido y al no referirse la regulación transitoria a qué es lo que ocurre si algún operador incumple las con-

diciones previstas en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, hay que tratar de subsumir el caso concreto en las infracciones de la LSA, pues de lo contrario quedarían sin sanción.

En el caso de que la operación la vaya a realizar un operador no sujeto a supervisión de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, debe disponer de la autorización de la autoridad aeronáutica del país de origen para realizar la actividad de que se trate y acreditar ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea que los requisitos de aquella autoridad son equivalentes a los establecidos en la normativa española (art 5.4 in fine).

Además del régimen de comunicación previa y autorización que acabamos de analizar, para poder realizar actividades aéreas de trabajos técnicos o científicos con aeronaves pilotadas por control remoto, se exige:

- 1) Que el operador disponga de la documentación relativa a la caracterización de las aeronaves que vaya a utilizar, incluyendo la definición de su configuración, características y prestaciones.
- 2) Que se disponga de un *Manual de operaciones del operador* que disponga los procedimientos de la operación.
- 3) Que se haya realizado un estudio aeronáutico de seguridad de la operación u operaciones, en el que se constate que la misma puede realizarse con seguridad.
- 4) Que se hayan realizado, con resultado satisfactorio, los vuelos de prueba que resulten necesarios para demostrar que la operación pretendida puede realizarse con seguridad.
- 5) Que se haya establecido un programa de mantenimiento de la aeronave ajustado a las recomendaciones del fabricante.
- 6) Que la aeronave esté pilotada por control remoto por pilotos que cumplan los requisitos exigidos.
- 7) Que se aporte una póliza de seguro u otra garantía financiera que cubra la responsabilidad frente a terceros que puedan surgir durante y por causa de la ejecución del vuelo.
- 8) Que se hayan adoptado las medidas adecuadas para proteger la aeronave de actos de interferencia ilícita durante las operaciones, incluyendo la interferencia deliberada del enlace de radio y establecidos los procedimientos necesarios para evitar el acceso de personal no autorizado a la estación de control y a la ubicación de almacenamiento de la aeronave.
- 9) Que se hayan adoptado las medidas adicionales necesarias para garantizar la seguridad de la operación y para la protección de las personas y los bienes subyacentes.
- 10) Que la operación se realice a una distancia mínima de 8 km respecto de cualquier aeropuerto o aeródromo o, para el caso de vuelos de aeronaves de MTOW inferior a 2kg, si la infraestructura cuenta con procedimientos de vuelo instrumental, a una distancia mínima de 15 km de su punto de referencia.

Para realizar los vuelos a los que se refiere el punto 4 del Artículo 50 (vuelos de prueba de producción y mantenimiento, de demostración, programas de

investigación sobre la viabilidad de realizar determinado tipo de actividad, de desarrollo de nuevos productos o para demostrar la seguridad de las operaciones específicas de trabajos técnicos o científicos), se exigirán los requisitos que acabamos de exponer, respecto a la realización de las actividades aéreas de trabajos técnicos o científicos, excepto los recogidos en los puntos 2 y 4, debiendo establecerse además una zona de seguridad en relación con la zona de realización del vuelo.

La regulación transitoria que venimos analizando, no permite un uso indiscriminado de las aeronaves pilotadas por control remoto en cualquier espacio aéreo. Con carácter general, no están obligadas a utilizar infraestructuras aeroportuarias autorizadas, salvo en los supuestos en los que así lo determine una normativa específica (Artículo 150.2 LNA).

Respecto al espacio aéreo en el que pueden operar, se establecen determinados requisitos, teniendo en cuenta diversos factores que pueden afectar al riesgo inherente de las operaciones a desarrollar, entre ellos:

- **La masa máxima al despegue de la aeronave.** El punto de inflexión son los 150 kg, pues a partir de ese peso el control de estas aeronaves compete a la Agencia Europea de Seguridad Aérea (EASA)¹⁷ y no es competencia estatal.
- **La fórmula utilizada para operar.** Se viene distinguiendo entre el vuelo realizado en condiciones visuales, si la aeronave no va más allá del alcance visual del piloto (VLOS); o el vuelo instrumental, si la aeronave va más allá del alcance visual del piloto (BVLOS).

Solo se admite el vuelo instrumental, para aeronaves con MTOW inferior a 2 kg, en espacio aéreo no controlado, dentro del alcance de la emisión por radio de la estación de control y a una altura máxima sobre el terreno no mayor de 400 pies/120 metros y siempre y cuando cuenten con medios para conocer la posición de la aeronave. La realización de estos vuelos está condicionada a la emisión de un NOTAM¹⁸ por el proveedor de servicios de información aeronáutica, a solicitud del operador debidamente habilitado, para informar de la operación al resto de los usuarios del espacio aéreo en la zona en la que esta vaya a tener lugar (Artículo 50.3.a)

Las aeronaves que superen los 2 kg de MTOW pero no excedan de 25 kg, podrán operar en espacio aéreo no controlado, dentro del alcance visual del piloto, a una distancia de este no mayor de 500 metros y a una altura sobre el terreno no superior a los 400 pies/120 metros (Artículo 50.3.b).

- **El entorno en el que se realiza la operación.** En la regulación transitoria las autorizaciones para operar aeronaves civiles por control remoto son siempre en espacio aéreo no controlado y se limitan a zonas fuera de aglomeraciones de edificios en ciudades, pueblos o lugares habitados o de reuniones de personas al aire libre.

¹⁷ EASA: European Aviation Safety Agency.

¹⁸ NOTAM: Notice To Airmen.

Las únicas aeronaves civiles operadas por control remoto a las que no se las exige este último requisito, pero sí, el de operar en espacio aéreo no controlado, son aquellas cuyo MTOW exceda de 25 kg y no sea superior a 150 kg y aquellas cuyo MTOW sea igual o superior a 150 kg destinadas a la realización de actividades de lucha contra incendios o búsqueda y salvamento, que solo podrán operar con las condiciones y limitaciones establecidas en su certificado de aeronavegabilidad emitido por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (Artículo 5.3.c).

Respecto a las *licencias de los operadores* y según la normativa vigente, para ser piloto de una aeronave pilotada por control remoto se requiere:

- Ser titular de cualquier licencia de piloto de ultraligero emitida conforme a la normativa vigente, o haberlo sido en los últimos cinco años y no haber sido desposeído de la misma en virtud de un procedimiento sancionador, o
- Demostrar de forma fehaciente que se dispone de los conocimientos teóricos necesarios para la obtención de cualquier licencia de piloto, incluyendo la licencia de piloto de ultraligero, o
- Si la aeronave tiene un MTOW no superior a 25 kg, disponer:
 - a. Para volar dentro del alcance visual del piloto, un certificado básico para el pilotaje de aeronaves civiles pilotadas por control remoto emitido por una organización de formación aprobada, conforme al anexo VII del Reglamento (UE) Núm. 1178/2011, de la Comisión, por el que se establecen los requisitos técnicos y procedimientos administrativos relacionados con el personal de vuelo de la aviación civil, que acredite que dispone de los conocimientos teóricos adecuados en la materias de normativa aeronáutica, conocimiento general de las aeronaves, performance de la aeronave, meteorología, navegación e interpretación de mapas, procedimientos operacionales, comunicaciones y factores humanos para aeronaves civiles pilotadas por control remoto.
 - b. Para volar más allá del alcance visual del piloto, un certificado avanzado para el pilotaje de aeronaves civiles pilotadas por control remoto, emitido por una organización de formación aprobada, conforme al anexo VII del Reglamento (UE) Núm. 1178/2011, de la Comisión, que acredite además de los conocimientos teóricos señalados en el número 1, conocimientos de servicios de tránsito aéreo y comunicaciones avanzadas.

En el supuesto de que se tengan los conocimientos teóricos necesarios o en el caso de que se trate de aeronaves con MTOW no superior a 25 kg, los pilotos deberán acreditar además:

- Tener 18 años cumplidos.
- Ser titulares, como mínimo, de un certificado médico que se ajuste para las aeronaves de hasta 25 kg de MTOW a lo previsto en el apartado MED.B.095 del anexo IV, Parte MED, del Reglamento (UE) Núm. 1178/2011, de la Comisión, de 3 de noviembre de 2011, y
- Para las aeronaves con MTOW superior a 25 kg, ser titulares, como mínimo, de un certificado médico de clase 2, que se ajuste a los requisitos establecidos por la sección 2, de la subparte B, del anexo IV, Parte MED, del Reglamento (UE) Núm. 1178/2011, de la Comisión, de 3 de noviembre de

2011, emitido por un centro médico aeronáutico o un médico examinador aéreo autorizado.

No obstante lo anterior, en todos los casos, se deberá disponer de un documento que acredite que disponen de los conocimientos adecuados de la aeronave y sus sistemas, así como de su pilotaje, emitido bien por el operador, bien por el fabricante de la aeronave o una organización autorizada por este, o bien por una organización de formación aprobada, sin que se admita en ningún caso que el piloto que solicita la autorización sea quien haya emitido el documento.

Finalmente y respecto a la responsabilidad civil y seguro obligatorio, hemos de señalar, que aun partiendo de niveles óptimos de seguridad, puede darse el caso de que se produzcan incidentes o accidentes con estas aeronaves pilotadas por control remoto, de ahí, que para estos casos, el régimen aplicable en materia de responsabilidad por daños causados a las personas y a las cosas ocasionadas como consecuencia de un impacto en tierra o de una colisión aérea de este tipo de aeronaves, es la LNA (Artículos 119 y siguientes) si la aeronave es nacional y si es extranjera resultará aplicable el *Convenio de Roma de 1952*.

La falta de regulación respecto a la posibilidad de que las aeronaves pilotadas por control remoto pudiesen contratar un seguro de responsabilidad civil, había disminuido las posibilidades de negocio del sector. Sin embargo, la nueva normativa, Artículo 50.3.d.7º de la Ley 18/2014, fija los límites de cobertura para el seguro obligatorio o cualquier otra garantía financiera que los operadores de aeronaves pilotadas por control remoto está obligados a acreditar para ser autorizados a operar.

IV. CONCLUSIONES

I. La utilización de Sistemas Aéreos no Tripulados en diferentes campos de la actividad civil y, sobre todo, militar es una realidad innegable, habiendo pasado de sistemas experimentales a equipos aptos para su uso profesional.

II. La denominación más adecuada para referirse a los vehículos aéreos no tripulados, es la de RPAS, para evitar confusión sobre el grado de control humano sobre el sistema.

III. El inicio por parte del Ministerio de Defensa, y en particular del Ejército del Aire del proceso de regulación normativa nacional para establecer las autorizaciones, requisitos y competencias necesarias del personal militar y de los equipos necesarios para la operación militar segura de los UAS en espacio aéreo segregado de responsabilidad nacional, ha permitido volar de modo seguro los UAS en territorio nacional, haciendo posible una actividad que por falta de regulación no era posible llevar a cabo.

IV. En España no se disponía de una normativa civil –similar a la militar– que permitiera el uso de las aeronaves pilotadas por control remoto, pero la aprobación del régimen temporal para las operaciones con aeronaves civiles pilotadas por control remoto de MTOW inferior a 150 kg y en el que se establecen las con-

diciones de explotación de estas aeronaves, está permitiendo el desarrollo seguro y ordenado de las actividades civiles de este tipo de aeronaves, lo que contribuye a la regularización del sector, destacando su importancia y las oportunidades de negocio que se abren para la industria.

V. La nueva normativa civil, así como la previsible publicación del real decreto con la normativa definitiva para el empleo de RPAS civiles, pone de manifiesto la necesidad de promover y mantener una estrecha colaboración entre las autoridades del Ministerio de Defensa y las autoridades civiles responsables de la gestión del espacio aéreo, ya que ambas normativas persiguen la inserción segura de estos sistemas RPAS.

VI. La proliferación de UAS, tanto en el campo militar como en el civil, están demostrando día a día grandes ventajas frente a las plataformas tripuladas en determinadas áreas de acción, de ahí la continua demanda de espacio aéreo para su operación y la necesidad de buscar una solución a corto plazo para resolver el gran problema de la integración en espacio aéreo, lo que va a suponer un reto para el control del tráfico aéreo como garante en la actualidad de la separación segura entre aeronaves en el espacio aéreo controlado.

VII. Para que se produzca una expansión significativa de estos vehículos es necesario que las autoridades competentes constaten que las aeronaves no tripuladas son capaces de alcanzar los mismos niveles de seguridad que las aeronaves convencionales y que no suponen un peligro para la seguridad del tráfico aéreo ni de las personas y bienes en tierra.

BIBLIOGRAFÍA

Abril Rubio, A., Azuara, L., http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d_administrativo/los-drones-y-su-nueva-regulacion. Acceso el 26/01/2015, 16:00 horas.

Apesteugia, E., <http://fly-news.es/aviones/uav-aviones/los-drones-ya-pueden-volar-en-espana>. Acceso el 4/01/2015, 09:00 horas.

Circular OACI Núm. 328 AN/190, «Unmanned Aircraft System (UAS)».

Convenio sobre condiciones de prestación de apoyo entre el Ejército del Aire y la empresa INDRA S.A. sobre Sistemas Aéreos no Tripulados para el adiestramiento de operadores de UAS (DUO) y gestión del espacio aéreo segregado en el espacio aéreo de soberanía y responsabilidad, de 20 de julio de 2012.

Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (2012), *Documentos de Seguridad y Defensa*, «Los sistemas no tripulados», núm. 47, pp. 55-62.

F.R., (2014). «El despegue de los drones», *Revista del Ministerio de Fomento*, núm. 642, pp. 47 a 50.

Guerrero Lebrón; M.J., Cuerno rejado, C.; Márquez Lobillo, P.; 2013, «Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el

espacio aéreo no segregado», *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 12, pp. 63-106.

Ley de Navegación Aérea 48/1960, de 21 de julio (*BOE núm. 176*, de 23 de julio de 1960, pp. 10291-10299).

Ley de Seguridad Aérea 21/2003, de 7 de julio. (*BOE núm. 162*, de 8 de julio de 2003, pp. 26368-26387).

Ley 18/2014, de 15 de octubre, de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia. (*BOE núm. 252*, de 17 de octubre de 2014, pp. 83921-84082).

Normas del jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, autoridad competente militar, sobre la operación de Sistemas Aéreos no Tripulados (UAS) militares, en espacio aéreo de soberanía y responsabilidad. Febrero de 2011.

Orden PRE/1366/2010, de 20 de mayo, por la que se modifica el Reglamento de Circulación Aérea Operativa, aprobado por Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio (*BOE núm. 130*, de 28 de mayo de 2010, pp. 46336 - 46337).

Orden Ministerial 18/2012, de 16 de marzo, por la que se establece la aptitud y se crea el Título de Operador de Sistemas Aéreos no Tripulados para los miembros de las Fuerzas Armadas. (*BOD núm. 60*, de 26 de marzo, pp. 6860- 6864).

Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea Operativa. (*BOE núm. 191*, de 11 de agosto de 1994, pp. 25906- 25949).

Sánchez Gómez, R.E. (2011), *Sistemas Aéreos no Tripulados y Espacio Aéreo en Europa. Una combinación estratégica*, Instituto Español de Estudios Estratégicos.

Penedo, C., <http://www.estrelladigital.es/articulo/espanha/defensa-apuesta-drones-prioridad-presupuesto>. Acceso el 1/02/2015, 14.00 horas.

XLI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial (2014). Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio, y de la Aviación Comercial.

DEPENDENCIA ORGÁNICA Y FUNCIONAL DE LAS JUNTAS DE CONTRATACIÓN DEL MINISTERIO DE DEFENSA

Bernardo Escudero de la Fuente
Capitán auditor

SUMARIO: I. Introducción. Referencia genérica a los órganos de contratación. II. Juntas de Contratación en el Ministerio de Defensa. 2.1. Breve recorrido por su regulación normativa. 2.2. Alteración de la dependencia orgánica. 2.3. La dependencia orgánica de la Juntas de Contratación del Estado Mayor de la Defensa, del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire. 2.4. Dudas surgidas en la práctica desde el punto de vista de la dependencia orgánica. III. Conclusiones. Abreviaturas. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN. REFERENCIA GENÉRICA A LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN

Al igual que ocurre en los contratos celebrados entre particulares, en los contratos celebrados por la Administración (y en un sentido más amplio por el sector público)¹ existen dos partes diferenciadas: la Administración y el empresario².

Ahora bien, como en toda relación Administración-ciudadano, y a diferencia de lo que ocurre en los contratos entre particulares³, las partes en el contrato

¹ Es preciso matizar que el concepto de contrato público no solo abarca los contratos celebrados por la Administración, sino también, los contratos celebrados por los demás entes, organismos o entidades que conforman el llamado *sector público*. En los artículos 3 del TRLCSP y 3 de la LCSPDS, respectivamente, se enumeran los distintos entes, organismos o entidades que, a efectos de aplicación de estas leyes, conforman el sector público.

² Son numerosos los términos empleados para referirse a la parte privada del contrato público: empresario, contratista, adjudicatario...

³ Con la excepción de los contratos de adhesión en los que, a pesar de la prohibición de cláusulas abusivas, la relación de equilibrio que debe existir entre las partes contratantes está en entredicho. Piénsese, por ejemplo, en un contrato bancario.

público no se encuentran en una posición de igualdad, siendo una buena prueba de ello las prerrogativas que el Artículo 210 del TRLCSP atribuye a la Administración: «La prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razón de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta».

A la luz de preceptos como el señalado, es evidente la posición de supremacía que ostenta la Administración y que encuentra su fundamento último en la satisfacción de la necesidad del interés público que subyace a la celebración del contrato público. No obstante, que la Administración goce de una situación de privilegio no quiere decir que disponga de un cheque en blanco en su actuación contractual. El ejercicio de las prerrogativas mencionadas, se cuida de decir el propio Artículo 210, se hará «dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente ley». Encontramos aquí una manifestación del genérico *principio de legalidad* consagrado en el Artículo 103.1 de la CE⁴ que debe presidir toda la actuación administrativa, incluyendo, lógicamente, la actuación contractual.

Es ese mismo principio de legalidad el que exige a la Administración que pretenda contratar que tenga la capacidad de obrar necesaria para actuar en el tráfico contractual público, obteniendo la misma cuando el ordenamiento jurídico le atribuya competencia⁵ en materia contractual.

La competencia contractual debe ser apreciada en un doble plano. En un sentido amplio, la Administración solo es competente para la celebración de los contratos «que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales» (Artículo 22.1 del TRLCSP). Sin embargo, para que el contrato sea válido no basta con que se cumpla el parámetro anterior, es preciso, además, que dentro de la Administración contratante el contrato sea celebrado por el órgano administrativo al que legalmente se le ha encomendado esa función. Nos referimos a los órganos de contratación, a quienes legalmente se les atribuye la representación de la Administración en materia contractual y la facultad de celebrar contratos en su nombre. Señala el Artículo 51 del TRLCSP, y en términos casi idénticos el artículo 9 de la LCSPDS, que:

«La representación de los entes, organismos y entidades del sector público en materia contractual corresponde a los órganos de contratación, unipersonales o colegiados que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre».

Como fácilmente se puede apreciar, no se concreta quiénes son los órganos de contratación que tienen la facultad de contratar en relación a cada uno de

⁴ Artículo 103.1 de la CE: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

⁵ Artículo 2.4 de la LOFAGE: «Las potestades y competencias administrativas que, en cada momento tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros».

los entes, organismos y entidades que conforman el sector público. Esta falta de individualización responde a la vocación de generalidad⁶ que presentan estos preceptos, y que encuentra su fundamento en el extenso abanico de entes, organismos y entidades del sector público sometidos a la aplicación de los referidos textos legales (sobre todo en relación al TRLCSP). La identificación, por tanto, de los concretos órganos de contratación debe buscarse en las normas atributivas de competencia en relación a cada uno de esos entes, organismos y entidades que componen el sector público.

En el caso de la Administración General del Estado⁷, que es la que ocupa nuestra atención (y particularmente el Ministerio de Defensa), no hay que hacer un largo recorrido para completar la remisión legal contenida en los Artículos de referencia. El propio TRLCSP, en su Artículo 316.1 (párrafo I), señala que «los ministros y los secretarios de Estado son los órganos de contratación de la Administración General del Estado y, en consecuencia, están facultados para celebrar en su nombre los contratos en el ámbito de su competencia».

A nuestro juicio, la ubicación de este precepto en el Lib. V, *Organización administrativa para la gestión de la contratación*, es merecedora de cierta crítica, pues, no es lógico que tras enunciarse la competencia de los órganos de contratación en el Lib. I, se posponga su concreción a la parte final del *Texto Refundido*. Consideramos que este, y la configuración de la organización administrativa para la gestión de la contratación en general, es un aspecto que presenta los caracteres adecuados para incluirse dentro de la configuración general de la contratación del sector público, por lo tanto, para incluirse en el Lib. I.

Opiniones subjetivas sobre aspectos formales al margen, el hecho cierto es que el Artículo 316.1 (párrafo I) del TRLCSP nos indica cuáles son los órganos de contratación unipersonales en la Administración General del Estado⁸: Los ministros y los secretarios de Estado⁹.

Si en un Departamento Ministerial existen varios órganos de contratación, continúa ese mismo precepto en su párrafo II: «La competencia para celebrar los contratos de suministro y servicios que afecten al ámbito de más de uno de ellos corresponderá al ministro, salvo en los casos en que la misma se atribuya a la

⁶ Ahondando en esta idea, Calero Rodríguez, J.R. (2009), *Comentarios a la legislación de contratación pública*, editorial Aranzadi, Navarra, p. 718 Tomo I: «En cuanto a la otra parte, en cuanto al ente, entidad u organismo que contrata, era obligado, para equilibrar la estructura interna de la ley, que hubiese una referencia a su capacidad, aunque tuviera que ser genérica y sin concreción alguna, dado el ámbito subjetivo de la ley que se corresponde con ese concepto de sector público».

⁷ Tratándose de la Administración Autonómica y Local deben tenerse en cuenta las normativas legales de aplicación en cada caso. No obstante, en relación a las entidades locales el propio TRLCSP, en su D.A 2ª (*Normas específicas de contratación en las entidades locales*), establece normas precisas para la identificación de sus órganos de contratación y sus competencias.

⁸ El TRLCSP viene a reiterar lo ya contenido en la LOFAGE, en cuyos Artículos 13 (núm. 3) y 14 (núm. 6) se atribuye a los ministros y secretarios de Estado, respectivamente, la competencia para celebrar contratos y convenios.

⁹ Los secretarios de Estado, lógicamente, serán órganos de contratación en aquellos Ministerios en los que se hayan previsto, pues, tal como se desprende del Artículo 9.1 de la LOFAGE, son cargos de existencia meramente eventual.

Junta de Contratación». Si bien es lógica esta atribución al ministro (por razones obvias de coordinación), cabe preguntarse con Crespo Pérez¹⁰ por qué no se han incluido los contratos de obra. Ilustrativo es el supuesto que plantea este autor, la construcción de un edificio con el fin de albergar oficinas de distintas Secretarías de Estado.

Con independencia de las disquisiciones doctrinales que pueden plantearse en relación a este último párrafo, lo que ahora nos interesa es destacar que en el mismo se menciona una tercera figura que entra en escena junto con los ministros y los secretarios de Estado, y que encarna a los órganos de contratación colegiados, a los que también se refieren los Artículos 51.1 del TRLCSP y 9.1 de la LCSPDS: Las Juntas de Contratación.

Al igual que ocurre con los ministros y secretarios de Estado, las Juntas de Contratación tienen una competencia contractual originaria¹¹, atribuida directamente por la ley. Sin embargo, a diferencia de aquellos, estas son órganos de contratación de existencia meramente potestativa, pues, tal como indica el Artículo 316.4 del TRLCSP, «podrán constituirse» en los Departamentos Ministeriales actuando como órganos de contratación en relación a determinados contratos «con los límites cuantitativos o referentes a las características de los contratos que determine el titular del departamento».

Creada una Junta de Contratación, su competencia contractual viene marcada por una triple limitación según se desprende del precepto mencionado:

- 1º) Los límites cuantitativos que determine el ministro.
- 2º) Los límites cualitativos que, en relación a las características de los contratos, también fije el titular del Departamento Ministerial.
- 3º) Su competencia objetiva, constreñida a ciertos contratos:
 - «a) Contratos de obras comprendidas en los párrafos b) y c) del apartado I del Artículo 122, salvo que las mismas hayan sido declaradas de contratación centralizada¹².
 - b) Contratos de suministro que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, salvo los relativos a bienes declarados de adquisición centralizada.

¹⁰ Crespo Pérez, Jorge, «Órgano de contratación y cofinanciación de contratos públicos», Dialnet. unirioja.es, 22 de junio de 2015, 0,00 horas.

¹¹ Empleamos la expresión *competencia contractual originaria* para referirnos a los órganos de contratación cuya competencia deriva directamente de una atribución legal, en contraposición a los órganos de contratación cuya competencia es fruto de la desconcentración o delegación de competencias.

¹² El Artículo 122.b) del TRLCSP se refiere a las obras de reparación simple, restauración o rehabilitación; y el apartado c) a las obras de conservación y mantenimiento. Ha suscitado cierta controversia la diferenciación entre obras de reparación (apartado b) y las obras de reforma, a las que se refiere el apartado a) del propio Artículo 122, y que estarían fuera de la esfera competencial de las Juntas de Contratación. A este respecto, la JCCA en su informe 7/1999, de 17 de marzo de 1999, da una serie de pautas interpretativas para establecer tal distinción, concluyendo que en la categoría de las obras de reforma «no están comprendidas las obras que, sin cambiar el uso y destino de los edificios administrativos, se dirigen a la sustitución de unos elementos por otros o a adecuar tales elementos a la situación actual».

- c) Contratos de servicios no declarados de contratación centralizada.
- d) Contratos de suministro y de servicios, distintos de los atribuidos a la competencia de la Junta con arreglo a las dos letras anteriores que afecten a más de un órgano de contratación, exceptuando los que tengan por objeto bienes o servicios de contratación centralizada».

Además de estas funciones, el ministro puede encomendar a las Juntas de Contratación «las funciones de programación y estudio de las necesidades de contratos a celebrar y cualesquiera otras que estén relacionadas con la actividad contractual de la Administración del Estado en el ámbito de las competencias del Ministerio. En el desarrollo de esta actividad no será necesario que formen parte de la Junta de Contratación el asesor jurídico y el interventor» (Artículo 7 del RGLCAP).

En el RGLCAP, al margen de atribuirle estas otras funciones, también se fija su composición (en el Artículo 5), respondiendo a la configuración general que de los órganos colegiados se lleva a cabo en la LRJAP-PAC¹³.

Estarán constituidas por un presidente, un secretario y tantos vocales como centros directivos tenga el Ministerio. La designación de los componentes la realizará el ministro a propuesta del subsecretario, en el caso del presidente y el secretario; y en el caso de los restantes vocales, a propuesta de los titulares de los centros directivos. Entre los vocales necesariamente debe figurar el asesor legal del órgano de contratación y un interventor. También pueden incorporarse, cuando así lo aconseje el objeto de los contratos a celebrar, los funcionarios técnicos pertinentes.

Con excepción del asesor legal y el interventor, el número de los restantes vocales y el sistema de designación puede ser alterado por el ministro en atención a la diversa estructura del Ministerio y al número, carácter y cuantía de los contratos cuya celebración se le atribuya a la Junta.

Si bien la composición y funciones de las Juntas de Contratación pueden suscitar interés, nos interesa destacar en este momento otro aspecto distinto de las mismas, nos referimos a su dependencia jerárquica. El que sean órganos colegiados con competencia contractual originaria, asemejándose, en este último sentido a los ministros y secretarios de Estado, no supone que las Juntas de Contratación sean órganos administrativos carentes de un superior jerárquico. El Artículo 5.1 del RGLCAP señala expresamente que «las Juntas de Contratación de los Departamentos Ministeriales dependerán orgánicamente de la Subsecretaría», si bien, esa dependencia orgánica puede ser alterada por el ministro correspondiente «en atención a la diversa estructura del Ministerio y al número, carácter y cuantía de los contratos cuya celebración atribuya el ministro a la Junta de Contratación» (Artículo 5.4 del RGLCAP).

La consecuencia del sometimiento jerárquico de las Juntas de Contratación no puede ser más evidente, sus actos no ponen fin a la vía administrativa y, por lo tanto, son susceptibles de recurso de alzada ante el superior jerárquico.

¹³ Artículos 22 a 27 (Cap. II Tít. II) LRJAP-PAC.

Sin embargo, esta afirmación no es absoluta, pues, en virtud del Artículo 211.4 del TRLCSP, los acuerdos que adopten las Juntas de Contratación en los procedimientos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato «pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos»¹⁴, procediendo entonces el recurso potestativo de reposición¹⁵.

Este planteamiento que resulta sencillo en el plano teórico, no lo ha sido tanto en la práctica contractual de las Juntas de Contratación constituidas en el ámbito del Ministerio de Defensa, surgiendo ciertas dificultades a las que, sin un ánimo pretencioso, queremos dar respuesta a través de este sucinto trabajo.

II. JUNTAS DE CONTRATACIÓN EN EL MINISTERIO DE DEFENSA

2.1. Breve recorrido por su regulación normativa

En el Ministerio de Defensa, con un afán racionalizador, se han constituido Juntas de Contratación a las que se encomienda la contratación centralizada de obras, suministros y servicios¹⁶. El objetivo, según nos señala la Orden DEF/2021/2011, de 13 de julio, por la que se regula la contratación centralizada y se modifica la composición y competencias de las Juntas de Contratación del Ministerio de Defensa, del Estado Mayor de la Defensa y de los Ejércitos, es lograr «economías de escala adicionales, una mayor estandarización de nuestras

¹⁴ En este sentido, la Abogacía del Estado en su Dictamen 3/05 (Ref. AEH-Subsecretaría) señaló: «La aplicación concordada de los Artículos 109 de la LRJPAC y 59 de la LCAP conduce a concluir que:

1. Los actos que, como órgano de contratación, dicte la Junta de Contratación en el ejercicio de las prerrogativas de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su incumplimiento, modificar los contratos por razones de interés público y acordar su resolución, ponen fin a la vía administrativa, por lo que contra dichos actos puede interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición o interponerse directamente recurso contencioso-administrativo.

2. Los actos distintos de los anteriores que dicte la Junta de Contratación y, señaladamente entre ellos, el acto de adjudicación del contrato no ponen fin a la vía administrativa, por lo que contra dichos actos procede recurso de alzada y contra la desestimación expresa o presunta de este recurso podrá interponerse recurso contencioso-administrativo».

¹⁵ La posibilidad de interponer los recursos administrativos ordinarios (alzada y reposición) queda limitada a los actos y contratos celebrados por las Juntas de Contratación que, conforme al Artículo 40 del TRLCSP, no están sujetos al recurso especial en materia de contratación. Según señala el apartado IV de ese precepto:

«No procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos enumerados en este Artículo, salvo la excepción prevista en el siguiente con respecto a las Comunidades Autónomas. Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado I, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

¹⁶ Las obras, suministro y servicios a contratar por las Juntas de Contratación se detallarán en el *Plan Anual de Contratación Centralizada* (Artículo 1.2 de la Orden DEF/2021/2011, de 13 de julio, por la que se regula la contratación centralizada y se modifica la composición y competencias de las Juntas de Contratación del Ministerio de Defensa, del Estado Mayor de la Defensa y de los Ejércitos).

adquisiciones y una mejora de los procedimientos contractuales, todo ello en el marco definido por la Instrucción 5/2010, de 19 de febrero, del secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba el *Plan General para la Organización de la Contratación y sus Procedimientos en el Ministerio de Defensa* y con el objetivo general de mejorar la eficiencia y la economía en la obtención de los recursos».

La orden mencionada, modificada recientemente por la Orden DEF/1501/2015, de 22 de julio, es hoy el marco de referencia. Por la misma se confirman las actuales cinco Juntas de Contratación:

1. Adscrita a la Secretaría de Estado de Defensa, la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa.
2. Adscrita al Estado Mayor de la Defensa, la Junta de Contratación del Estado Mayor de la Defensa.
3. Adscrita al Ejército de Tierra, la Junta de Contratación del Ejército de Tierra.
4. Adscrita a la Armada, la Junta de Contratación de la Armada.
5. Adscrita al Ejército del Aire, la Junta de Contratación del Ejército del Aire.

El antecedente inmediato a la anterior es la Orden DEF/1226/2003, de 9 de mayo, por la que se modifica la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa y se crean las Juntas de Contratación del Estado Mayor de la Defensa y de los Ejércitos, que, a su vez, deroga las siguientes órdenes:

- Orden 93/1999, de 26 de marzo, de Constitución de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa.
- Orden 267/1999, de 26 de noviembre, de constitución de las Juntas de Contratación Delegadas en el Cuartel General del Estado Mayor de la Defensa, en la Subsecretaría de Defensa, y en los Cuarteles Generales de los Ejércitos.
- Orden 114/2000, de 14 de abril, por la que se modifica la Orden 267/1999, de 26 de noviembre, de constitución de las Juntas de Contratación Delegadas en el Cuartel General del Estado Mayor de la Defensa, en la Subsecretaría de Defensa, y en los Cuarteles Generales de los Ejércitos.

Es intencionado este descenso normativo en el tiempo, pues queremos llamar la atención sobre el cambio que supuso la Orden DEF/1226/2003, de 9 de mayo, respecto de la regulación anterior, y el impacto que ello tuvo en la dependencia de las Juntas de Contratación de los Ejércitos. Hasta ese momento estas Juntas actuaban por delegación de la Junta del Ministerio de Defensa y dependían funcionalmente de ella¹⁷, teniendo la obligación de remitirle anualmen-

¹⁷ Orden 267/1999, de 26 de noviembre, de constitución de las Juntas de Contratación Delegadas en el Cuartel General del Estado Mayor de la Defensa, en la Subsecretaría de Defensa y en los Cuarteles Generales de los Ejércitos: (apartado III): «Las Juntas de Contratación Delegadas dependerán funcionalmente de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, en cuanto a su actuación contractual, consultas, instrucciones y funcionamiento normativo».

te una memoria de las actividades realizadas en el año anterior¹⁸. Sin embargo, buscando una mayor eficacia en la gestión, esa dependencia desaparece en el año 2003, pasando a ser las Juntas de los Ejércitos autónomas respecto de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, situándonos así en el escenario actual, en el que la práctica contractual ha revelado ciertas dudas sobre la dependencia de las mismas, no solo en lo que se refiere a su dependencia orgánica sino también funcional.

2.2. Alteración de la dependencia orgánica

Con ocasión de la elaboración de la introducción de este sucinto trabajo, nos anticipábamos apuntando la regla general de dependencia orgánica de las Juntas de Contratación de los Departamentos Ministeriales respecto de las Subsecretarías, si bien, precisábamos que esa dependencia puede ser alterada por orden del ministro correspondiente «en atención a la diversa estructura del Ministerio y al número, carácter y cuantía de los contratos cuya celebración atribuya el ministro a la Junta de Contratación» (Artículo 5.4 del RGLCAP).

En el Ministerio de Defensa creemos que, «en atención a la diversa estructura del Ministerio», se ha producido esa alteración en cuanto a la dependencia orgánica de sus Juntas de Contratación. Esta creencia encuentra su respaldo en la normativa de estructuración orgánica del Departamento. Vayamos por partes.

Mediante el Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los Departamentos Ministeriales, se dispone la existencia de la Secretaría de Estado de Defensa como órgano superior del Ministerio (Artículo 4). Recordemos que, conforme al Artículo 9.1 de la LOFAGE, la existencia de este órgano superior debe entenderse potestativa¹⁹.

Por su parte, el Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa, atribuye a la Secretaría de Estado de Defensa la competencia, entre otras materias, en materia económica²⁰. En particular, corresponde a la Dirección General de Asuntos Económicos la competencia en materia de «política económica y financiera» (Artículo

¹⁸ Orden 93/1999, de 26 de marzo, de Constitución de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa: (apartado VI): «Las Juntas de Contratación Delegadas remitirán anualmente en el mes de febrero una memoria de las actividades realizadas en el año anterior, sin perjuicio de que por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa o por la Subdirección General de Contratación de la Dirección General de Asuntos Económicos se puedan recabar en cualquier momento los datos, antecedentes e informes que se estimen necesarios».

¹⁹ Artículo 9.1 LOFAGE: «En los Ministerios pueden existir Secretarías de Estado, y excepcionalmente Secretarías Generales, para la gestión de un sector de actividad administrativa. De ellas dependerán jerárquicamente los órganos directivos que se les adscriban».

²⁰ Artículo 3.1 del RD 454/2012, de 5 de marzo: «La Secretaría de Estado de Defensa es el órgano superior del Departamento al que le corresponden, además de las competencias que le encomienda el Artículo 14 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, la dirección, impulso y gestión de las políticas de armamento y material, investigación, desarrollo e innovación, industrial, económica, de infraestructura, medioambiental y de los sistemas, tecnologías y seguridad de la información en el ámbito de la defensa».

lo 5.1), atribuyéndosele en el ámbito de sus competencias, entre otras funciones, «Planificar, dirigir y controlar en el ámbito del Departamento la contratación y sus estrategias» (Artículo 5.2.g). De esta Dirección dependen, a su vez, entre otras Subdirecciones, la Subdirección General de Contratación (Artículo 5.3), y con un carácter más general, dependen funcionalmente «todos los órganos competentes en las citadas materias» (artículo 5.1).

A la vista de las normas citadas, no debe haber lugar a la duda de que la competencia en materia contractual dentro del Ministerio de Defensa corresponde, al margen del ministro como titular del Departamento, a la Secretaría de Estado de Defensa. Si las anteriores no fuesen suficientes, debería apreciarse también el Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos en el ámbito del Ministerio de Defensa, en cuyo expositivo se mencionan expresamente «las competencias contractuales del ministro y del secretario de Estado de Defensa». No puede ser de otra manera, pues recordemos que el Artículo 316.1 del TRLCSP convierte a los ministros y secretarios de Estado en los órganos de contratación de la Administración General del Estado.

En este punto, debe hacerse un inciso para advertir que, a nuestro juicio, el Real Decreto 1011/2013 es aplicable a los contratos que el Artículo 316.4 del TRLCSP recoge como susceptibles de celebrarse por las Juntas de Contratación. La prueba de ello reside en su Artículo 1, cuya letra a) ubica dentro de su ámbito de aplicación los contratos administrativos y administrativos especiales salvo los que sean declarados de adquisición centralizada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (contratos de los Artículos 206 y 207 del TRLCSP). Por lo tanto, quedan excepcionados los contratos celebrados a través de la Dirección General de Patrimonio²¹ pero no así los susceptibles de celebrarse por las Juntas de Contratación, de hecho, si estas no se constituyen, esos contratos se celebrarán por los órganos de contratación ordinarios, como cualquier otro contrato. No olvidemos que la constitución de las Juntas de Contratación es potestativa.

Con lo hasta ahora expuesto podemos aventurarnos a hacer una reflexión/afirmación: Ejercida la opción de creación de la Secretaría de Estado de Defensa, y atribuyéndole las competencias en materia contractual, parece lógico pensar que las Juntas de Contratación constituidas en el Ministerio de Defensa dependen no solo funcional, sino también orgánicamente, del ministro y del secretario de Estado. No encontramos en la estructura orgánica del Ministerio ningún indicio que permita apreciar la dependencia orgánica, y menos aún funcional, de las Juntas de Contratación respecto de la Subsecretaría²², debiendo, por tanto, entenderse alterada la regla general de dependencia establecida por el Artículo

²¹ La Dirección General de Patrimonio del Estado es el órgano a través del cual se contratarán los suministros, obras o servicios declarados de contratación centralizada por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas (Artículo 206.2 del TRLCSP).

²² La Subsecretaría de Estado ostenta, con carácter general, la competencia en materia de política de personal, de reclutamiento, de enseñanza y sanitaria (Artículo 7 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo).

5.1 del RGLCAP. En definitiva, las normas de estructuración orgánica del Departamento Ministerial han alterado la susodicha dependencia.

Pero, ¿debe entenderse absoluta esa afirmación?

2.3. La dependencia orgánica de las Juntas de Contratación del Estado Mayor de la Defensa, del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire

La afirmación con la que concluíamos el apartado anterior es perfectamente predicable de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa que, según nos señala el Artículo 2 de la Orden DEF/2021/2011, de 13 de julio, está «adscrita a la Secretaría de Estado de Defensa», siendo el propio secretario de Estado quien nombre a los componentes no designados expresamente por la propia orden (Artículo 2.6). No tenemos dudas de la dependencia orgánica y funcional de esta Junta respecto de la Secretaría de Estado.

Sin embargo, la situación no es tan clara respecto de las Juntas de Contratación del Estado Mayor de la Defensa, del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire. Evidentemente, no en cuanto a su dependencia funcional, que según lo expuesto en el apartado anterior se produce respecto del secretario de Estado por una simple cuestión competencial, sino en lo que se refiere a su dependencia orgánica.

Descartada su dependencia orgánica respecto de la Subsecretaría, las dudas surgen porque, conforme a la orden citada, estas Juntas están adscritas al Estado Mayor de la Defensa, al Ejército de Tierra, a la Armada y al Ejército del Aire, respectivamente; correspondiendo al jefe de Estado Mayor de la Defensa, de los Ejércitos y de la Armada el nombramiento de los componentes no designados expresamente en la susodicha orden.

Si partimos de su propia denominación (Junta de Contratación del Estado Mayor de la Defensa, Junta de Contratación del Ejército de Tierra, Junta de Contratación del Ejército del Aire, Junta de Contratación de la Armada) y a ello le añadimos su adscripción y la competencia para el nombramiento de ciertos miembros, nos parece que hay motivos suficientes para defender la dependencia orgánica respecto de los jefes de Estado Mayor respectivos.

Se nos plantea, entonces, la duda de la competencia en la resolución de los recursos de alzada interpuestos contra los actos contractuales de esas Juntas. Conforme al Artículo 114.1 de la LRJAP-PAC, la resolución de este recurso administrativo corresponde al «órgano superior jerárquico del que los dictó», por lo que podría pensarse en los jefes de Estado Mayor como órganos competentes para la resolución de los recursos. Sin embargo, consideramos que ese pensamiento carecería de toda lógica, pues, sería extraño que un órgano que carece de competencias contractuales resuelva recursos en materia contractual.

Debemos acudir al aspecto competencial, y consiguiente dependencia funcional, para identificar quién va a resolver los recursos de alzada, siendo el ministro de Defensa, cuyas competencias en materia contractual son incuestionables.

No obstante, debe advertirse que la competencia para resolver los recursos en esta materia ha sido delegada en el secretario de Estado de Defensa²³.

El hecho de que la resolución del recurso de alzada contra actos de las Juntas de Contratación de los Ejércitos y del Estado Mayor de la Defensa no recaiga sobre el órgano que ostenta la supremacía orgánica, a la sazón los jefes de Estado Mayor, no es una situación extraña, pues, también ocurre en relación a los recursos de alzada interpuestos contra los actos que no ponen fin a la vía administrativa dictados por los directores de Asuntos Económicos de los Ejércitos y del Estado Mayor de la Defensa. Siendo órganos que desde el punto de vista orgánico penden de los jefes de Estado Mayor, los recursos contra sus actos los resuelve el secretario de Estado, que ejerce sobre los mismos una supremacía funcional.

2.4. Dudas surgidas en la práctica desde el punto de vista de la dependencia orgánica

No es en materia de recursos donde solo ha generado cierta controversia el aspecto de la dependencia de las Juntas de Contratación del Estado Mayor de la Defensa, de los Ejércitos y de la Armada. La práctica contractual de ciertas Juntas ha revelado dudas en otros aspectos. Particularmente, se ha planteado la necesidad de someter a aprobación del jefe de Estado Mayor respectivo, la delegación de las competencias de las Juntas de Contratación en los órganos de contratación del Ministerio de Defensa con competencias en las materias objeto del contrato, posibilidad contemplada en el Artículo 5 de la Orden DEF/2021/2011, de 13 de julio. Señala este precepto en su apartado I que:

«Las Juntas de Contratación podrán delegar la facultad de celebrar los contratos basados en los acuerdos marco en los que las mismas actúen como órganos de contratación, en aquellos órganos de contratación del Ministerio de Defensa con competencias en las materias objeto de contrato»²⁴.

Se ha entendido que esa aprobación es necesaria para dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado I de la D.A 13^a de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado²⁵.

²³ Artículo 2.1 b) de la Orden DEF/244/2014, de 10 de febrero, por la que se delegan facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos en el ámbito del Ministerio de Defensa.

²⁴ Esta redacción responde a la reciente modificación operada con la Orden DEF/1501/2015, de 22 de julio. En su redacción originaria se establecía imperativamente que las Juntas de Contratación «delegarán» la facultad de celebrar contratos.

²⁵ Apartado I de la D.A 13^a de la LOFAGE: «La delegación de competencias entre órganos deberá ser previamente aprobada en la Administración General del Estado por el órgano ministerial de quien dependa el órgano delegante y en los organismos públicos por el órgano máximo de dirección, de acuerdo con lo establecido en sus normas de creación. Cuando se trate de órganos no relacionados jerárquicamente, será necesaria la previa aprobación del órgano superior común si ambos pertenecieren al mismo Ministerio, o del órgano superior del que dependa el órgano delegado, si el órgano delegante y el delegado pertenecen a diferentes Ministerios».

No consideramos acertado este planteamiento por un motivo fundamental: La falta de competencia contractual de los jefes de Estado Mayor, siendo ilógico, una vez más, que un órgano que carece de la misma pueda decidir sobre una posible delegación competencial.

Pero es más, ni siquiera entendemos que sea necesaria la aprobación de los órganos que sí ostentan la competencia contractual, y de los que, según lo sostenido en este trabajo, dependen funcionalmente las Juntas de Contratación. Nos referimos al ministro y al secretario de Estado. Consideramos que nos es necesaria su aprobación porque el propio ministro, a través de una orden, ya está autorizando la posible delegación. Esta conclusión se apreciaba con mayor claridad en la redacción originaria del Artículo 5.1 de la orden de referencia, en el que se establecía imperativamente que las Juntas de Contratación «delegarán».

En cualquier caso, creemos que el cambio de redacción no altera nuestra conclusión, debiendo entenderse que la expresión «podrán delegar» que ahora se recoge, supone dejar en manos de las propias Juntas de Contratación la decisión de delegar o no, a diferencia de lo que ocurría con la redacción originaria que les avocaba necesariamente a delegar.

Si se atribuyese a los jefes de Estado Mayor la decisión sobre la aprobación o no de la delegación competencial de las Juntas, en el caso de resultar negativa, estarían contradiciendo lo autorizado por el propio ministro a través de una Orden DEF, lo cual, evidentemente, no debe ser admisible.

III. CONCLUSIONES

I. La dependencia orgánica de las Juntas de Contratación, que con carácter genérico el Artículo 5 del RGLCAP establece respecto de las Subsecretarías, en el Ministerio de Defensa, y respecto de sus Juntas, se ha visto alterada «en atención a la diversa estructura del Ministerio».

II. La dependencia funcional de las Juntas de Contratación del Ministerio de Defensa se produce respecto del ministro y el secretario de Estado. En relación a la dependencia orgánica, tratándose de la Junta del Ministerio de Defensa, recae sobre el secretario de Estado de Defensa y, tratándose de las Juntas de Contratación de los Ejércitos y del Estado Mayor de Defensa, recae sobre los jefes de Estado Mayor respectivos.

III. La competencia para resolver los recursos de alzada contra los actos contractuales de las Juntas de Contratación de los Ejércitos y del Estado Mayor de Defensa corresponde –por delegación– al secretario de Estado de Defensa.

IV. No procede someter a la aprobación de los jefes de Estado Mayor respectivos, las delegaciones de competencias que las Juntas de Contratación de los Ejércitos y del Estado Mayor de Defensa puedan decidir. Esa aprobación está implícita en la Orden DEF de constitución de las Juntas de Contratación.

ABREVIATURAS

TRLCSP = Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*.

LCSPDS= Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y Seguridad.

LRJAP-PAC= Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

LOFAGE= Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

CE= Constitución Española.

JCCA= Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

RGLCAP= Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

MDEF= Ministerio de Defensa.

EMAD= Estado Mayor de la Defensa.

BIBLIOGRAFÍA

Calero Rodríguez, J.R (2009), *Comentarios a la legislación de contratación pública*, editorial Aranzadi, Navarra.

Crespo Pérez, Jorge, *Órgano de contratación y cofinanciación de contratos públicos*, Dialnet.unirioja.es.

Base datos Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Base datos Abogacía del Estado.

Legislación en materia contractual:

- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*.
- Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y Seguridad.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los Departamentos Ministeriales.
- RD 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.

- Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos en el ámbito del Ministerio de Defensa.
- Orden DEF/2021/2011, de 13 de julio, por la que se regula la contratación centralizada y se modifica la composición y competencias de las Juntas de Contratación del Ministerio de Defensa, del Estado Mayor de la Defensa y de los Ejércitos.
- Orden DEF/1226/2003, de 9 de mayo, por la que se modifica la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa y se crean las Juntas de Contratación del Estado Mayor de la Defensa y de los Ejércitos.
- Orden 93/1999, de 26 de marzo, de Constitución de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa.
- Orden 267/1999, de 26 de noviembre, de constitución de las Juntas de Contratación Delegadas en el Cuartel General del Estado Mayor de la Defensa, en la Subsecretaría de Defensa y en los Cuarteles Generales de los Ejércitos.
- Orden 114/2000, de 14 de abril, por la que se modifica la Orden 267/1999, de 26 de noviembre, de constitución de las Juntas de Contratación Delegadas en el Cuartel General del Estado Mayor de la Defensa, en la Subsecretaría de Defensa y en los Cuarteles Generales de los Ejércitos.

LA EXONERACIÓN DE GUARDIAS, SERVICIOS, MANIOBRAS Y ACTIVIDADES ANÁLOGAS: SU DISFRUTE A EXPENSAS DE LAS NECESIDADES DEL SERVICIO

*Ana María Muñoz Saldaña
Capitán auditor*

SUMARIO: I. Introducción. II. Exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas: delimitación conceptual y regulación legal. 2.1. Enfermedad muy grave. 2.2. Participación en operación, despliegue o misión. 2.3. Cuidado directo de una persona mayor que requiera especial dedicación o discapacitado. 2.4. Guarda legal de un hijo menor de 12 años. 2.5. Nacimiento de hijo prematuro o que tengan que permanecer en el hospital. 2.6. Cuidado de hijo menor de edad afectado por cáncer o cualquier otra enfermedad grave. III. Necesidades del servicio: concepto jurídico indeterminado condicionante de la exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas. IV. Criterios de interpretación vigentes en el Ministerio de Defensa. V. Conclusiones y propuesta. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de lograr la efectiva conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas, cuyo impulso tiene origen en la aprobación del Plan Concilia formalizado entre el Ministerio de Administraciones Públicas y sindicatos el 5 de diciembre de 2005, ha obligado a la Administración Militar a abordar en los últimos años la revisión de disposiciones legales vigentes, todas ellas orientadas a lograr un mayor equilibrio entre la satisfacción de las necesidades del servicio y la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los militares.

Los militares tienen derecho a disfrutar de los permisos, vacaciones y licencias establecidos con carácter general para el personal al servicio de la Administración General del Estado, con las necesarias adaptaciones a la organización y

funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por orden del ministro de Defensa¹.

El régimen de jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias está regulado en diversas órdenes ministeriales, la primera y principal, la Orden núm. 121/2006, de 4 de octubre², que aprueba las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas, siendo objeto de estudio particular en este trabajo la última de ellas de reciente aprobación, la Orden DEF 253/2015, de 9 de febrero³, que introduce unos criterios en la reducción de jornada por motivos de conciliación, referidos a la posible exoneración de las guardias, servicios y maniobras que tienen por objeto alcanzar el mencionado equilibrio entre la conciliación y la formación y capacitación del personal militar.

Los mandos y jefes de Unidad, sensibilizados con la efectiva conciliación familiar y profesional, han venido en los últimos años resolviendo en sentido favorable a los interesados las solicitudes de concesión de permisos, entre ellos, el de reducción de la jornada laboral, sin limitación en principio oponible a la exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas, medida accesoria vinculada al anterior permiso, en tanto interfiera en el disfrute de la reducción de la jornada laboral concedida.

No obstante, la realidad actual pone de manifiesto un particular conflicto de intereses, al enfrentarse las autoridades militares cada vez con mayor frecuencia al problema derivado del elevado número de peticionarios de la reducción de jornada laboral con solicitud accesoria de exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas, lo que unido a la escasez de recursos humanos disponibles en las Unidades, hace realmente difícil poder atender las necesidades del servicio e incluso, garantizar la mínima preparación y capacitación operativa inherente a la profesión militar.

Al problema anterior, cabe añadir el del elevado número de pronunciamientos jurisdiccionales desfavorables al Ministerio de Defensa, como parte demandada en recursos contenciosos-administrativos interpuestos contra las resoluciones administrativas que confirman la revocación o modificación de la exoneración de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas, motivadas en necesidades del servicio, no perentorias o idóneas a juicio de los órganos jurisdiccionales para negar o revisar a la baja la citada exoneración.

Con el ánimo de extraer unas reglas concretas que puedan contribuir a una mayor garantía de acierto y oportunidad de las resoluciones administrativas que se dicten en relación a solicitudes de exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas, se analiza en este trabajo la regulación legal vigente de tal medida accesoria, identificando los principales motivos de estimación (total o parcial) sancionados por los órganos jurisdiccionales competentes en las

¹ Artículo 22.3 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas.

² Modificada por Orden núm.107/2007, de 26 de julio, Orden núm.15/2012, de 13 de marzo y Orden núm. 3/2011, de 15 de febrero.

³ BOE núm.42, de 18 de febrero.

sentencias que fallan a favor de los peticionarios, haciendo especial hincapié en las necesidades del servicio que pudieran impedir que el militar quede liberado del cumplimiento de guardias y servicios.

Anticipo la conclusión de no haber consolidado aún un sistema de permisos, que si bien facilite la conciliación personal, familiar y laboral de los militares profesionales ofreciendo a estos un régimen normativo trasunto del *Estatuto de la Función Pública*, se pueda ver modulado por las características y demandas específicas de la institución militar.

II. EXONERACIÓN DE GUARDIAS, SERVICIOS, MANIOBRAS Y ACTIVIDADES ANÁLOGAS: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y REGULACIÓN LEGAL

La Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, dedica su Capítulo IV a la reducción de jornada, modificando la regulación de la norma sexta del anexo I a la Orden núm. 121/2006, de 4 de octubre.

La reducción de jornada es definida expresamente como «el derecho del que disfruta el militar por tiempo determinado para cada supuesto reconocido en esta orden ministerial con la finalidad de conciliar su vida personal, familiar y profesional»⁴.

Seguidamente se considera la exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas como «medida accesoria al derecho que se reconoce en el apartado anterior»⁵.

La calificación de la exoneración enunciada como medida accesoria vinculada al permiso de reducción de jornada hace necesario aclarar, en primer término, si procede conceder la exoneración en todos los supuestos que justifiquen la reducción de jornada laboral y, si una vez concedida la reducción de jornada, es posible revocar o modificar aquella por circunstancias sobrevenidas que obliguen al jefe de Unidad a anular o reducir parcialmente las guardias o servicios de exento cumplimiento.

Ambos interrogantes son resueltos por la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, que ofrece una regulación específica de la exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas para cada uno de los supuestos que justifican la reducción de jornada, definida para cada uno de ellos en los siguientes términos⁶:

2.1. ENFERMEDAD MUY GRAVE

El militar que tuviera que atender a familiar de primer grado que padeciera enfermedad muy grave podrá solicitar la reducción de hasta un 50% de la jornada laboral por plazo máximo de un mes.

⁴ Artículo 9.1 de la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero.

⁵ Artículo 9.2 de la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero.

⁶ Artículos 10 a 16 de la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero.

Durante ese tiempo el militar quedará exonerado de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran con el disfrute de esta reducción. Cuando sean varios los militares con derecho a esta reducción por el mismo sujeto causante, el disfrute de la reducción será parcial y solo se exonerará a uno de ellos de las guardias, servicios, maniobras o actividades análogas.

2.2. PARTICIPACIÓN EN OPERACIÓN, DESPLIEGUE O MISIÓN

El militar que tuviera bajo su guarda legal a un menor de 12 años, tendrá derecho a solicitarla reducción de entre una hora a un medio de la jornada laboral, cuando el otro progenitor, también militar, sea partícipe en operación, despliegue o misión en el extranjero o en territorio nacional, de duración mínima de treinta días ininterrumpidos y por el tiempo que dure la citada misión.

Durante ese tiempo el militar podrá quedar exonerado de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas en su lugar de destino que interfieran con el disfrute de esta reducción, cuando las necesidades del servicio lo permitan, si bien tales necesidades procurarán atenderse con otros medios y solo en último extremo condicionarán la exoneración⁷.

2.3. CUIDADO DIRECTO DE UNA PERSONA MAYOR QUE REQUIERA ESPECIAL DEDICACIÓN O DISCAPACITADO

El militar que tuviera bajo su cuidado directo a alguna persona mayor que requiera especial dedicación o discapacitado psíquico, físico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida, o a un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razón de edad avanzada, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo e igualmente no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de una hora a un medio de la jornada laboral.

En estos casos, el militar podrá quedar exonerado de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas en su lugar de destino que interfieran con el disfrute de esta reducción, cuando las necesidades del servicio lo permitan, si bien en el caso de cuidado directo de discapacitado psíquico, físico o sensorial, aquellas necesidades procurarán atenderse con otros medios y solo en último extremo condicionarán la exoneración.

2.4. GUARDA LEGAL DE UN HIJO MENOR DE 12 AÑOS

El militar que tuviera bajo su guarda legal a un hijo menor de 12 años, tiene igual derecho de reducción de una hora a un medio de la jornada de trabajo,

⁷ Lo que jurisprudencialmente se califica como necesidades del servicio «parentorias», entre otras, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 8ª) núm. 2225/2009, de 23 de diciembre (FD 3º, p.4).

pudiendo quedar exonerado de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas en su lugar de destino que interfieran con el disfrute de esta reducción.

En este supuesto, la exoneración se define con mayor o menor alcance según la edad del menor causante y la duración de las guardias, servicios o maniobras objeto de dispensa. Así, si el menor no hubiera cumplido 4 años, las necesidades del servicio que pudieran limitar la exoneración procurarían atenderse con otros medios y solo en último extremo condicionarán la misma, cualquiera que fuera la duración de las guardias, servicios, maniobras o actividades análogas. Si el menor tuviere de 4 a 7 años de edad, la exoneración queda condicionada a que las necesidades del servicio lo permitan y que las guardias, servicios y maniobras superen las 36 horas. En un tercer supuesto, si el menor tuviere de 8 a 11 años de edad, la exoneración queda igualmente condicionada a que las necesidades del servicio lo permitan y que las guardias, servicios y maniobras superen los 6 días.

Si el militar fuera tutor o progenitor de una familia monoparental⁸, la exoneración se podrá autorizar con mayor alcance, esto es, solo en último término las necesidades del servicio podrán condicionar su disfrute y liberará al militar de la realización de toda guardia, servicio, maniobra o actividad análoga cualquiera que fuera su duración, si interfiriera con el disfrute de la reducción de jornada.

Tal exoneración novedosa venía siendo aplicada de forma anticipada por el Ejército de Tierra, cuyo Mando de Personal, en oficio de fecha 30 de marzo de 2012, informó sobre la necesidad de amparar de una forma más global a este tipo de familias, y advirtió de la exoneración que venía dicho Mando concediendo al militar, tutor o progenitor de una familia monoparental, para realizar comisiones tanto en territorio nacional como en zona de operaciones.

2.5. NACIMIENTO DE HIJO PREMATURO O QUE TENGAN QUE PERMANECER EN EL HOSPITAL

El militar cuyo hijo nacido se viera afectado por prematuridad o tuviera que permanecer hospitalizado por cualquier motivo después del parto, tendrá derecho a la reducción de jornada de hasta un máximo de dos horas, permiso adicional a la posibilidad de ausentarse del puesto de trabajo de hasta un máximo de dos horas diarias sin pérdida de retribuciones.

En tal caso, se prevé la exoneración en tanto las guardias, servicios, maniobras o actividades análogas interfieran con el disfrute de la reducción.

⁸ Por familia monoparental se entiende la del progenitor conviviente con el hijo nacido o adoptado, sustentador único de la familia, excluyendo supuestos de separación o disolución conyugal en los que ambos progenitores contribuyen al sostenimiento de cargas familiares.

2.6. CUIDADO DE HIJO MENOR DE EDAD AFECTADO POR CÁNCER O CUALQUIER OTRA ENFERMEDAD GRAVE

Este supuesto da derecho al militar a la reducción de al menos la mitad de la duración de la jornada diaria, para el cuidado directo, continuo y permanente⁹, del hijo menor de edad afectado por cáncer o enfermedad grave que implique ingreso hospitalario de larga duración y ambos progenitores, adoptantes o acogedores permanentes o preadoptivos trabajasen.

Igualmente se prevé para este caso la exoneración de guardias, servicios, maniobras u otras actividades análogas que interfieran con el disfrute de la reducción.

Analizados los supuestos que pueden motivar el permiso de reducción de jornada y la medida accesoria de exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas, resulta de interés aclarar cuál es el contenido y alcance de la citada medida, resolviendo posteriormente si resulta preceptiva o facultativa su concesión por la autoridad competente.

En relación al primero de los interrogantes formulados¹⁰, el Artículo 42.2, párrafo segundo, de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, consagra el principio general que obliga a todo militar a realizar «los servicios, guardias y comisiones que en su categoría y empleo puedan corresponderles en su Unidad, Centro u Organismo; Unidad superior de su cadena orgánica o, en su caso, de otra en su entorno geográfico, siempre que no exista ninguna limitación legal o reglamentaria».

Particularmente, el Artículo 22.2 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas, prevé en relación a la jornada laboral que el régimen de horario del militar debe adaptarse, además de a las necesidades operativas y a las derivadas del funcionamiento de las Unidades, a las necesidades derivadas de la prestación de guardias y servicios, tomando en consideración la disponibilidad permanente para el servicio, así como las normas y criterios relativos a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar¹¹.

Es precisamente en este último ámbito citado de conciliación de la vida profesional, personal y familiar donde la Orden Ministerial núm. 121/2006, de 4 de octubre, se constituye en pilar fundamental de la normativa aplicable a los militares profesionales, al regular los criterios básicos de la jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias, suponiendo un hito importante para conciliar las obligaciones derivadas del servicio en las Fuerzas Armadas con la vida personal y familiar.

⁹ Acreditado por informe del facultativo miembro del Servicio Público de Salud estatal o autonómico o entidad concertada.

¹⁰ Ver pág. 6. Punto 2, 3^{er}. párrafo.

¹¹ La disponibilidad permanente para el servicio se prevé en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, añadiendo que se materializará de forma adecuada al destino que se ocupe y a las circunstancias de la situación.

Para delimitar conceptualmente las guardias, servicios, maniobras o actividades análogas, ha de considerarse que el Artículo único de la Orden Ministerial núm. 3/2011, de 15 de febrero, modificó el apartado I de la norma sexta del anexo I a la Orden Ministerial núm. 121/2006, de 4 de octubre, y por lo que aquí interesa, solo se refiere a la exoneración de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas en el lugar de destino, sin afectar ni contemplar la participación en operaciones en el extranjero, lo que descarta la posibilidad de exonerar al militar que tuviera concedida la reducción de jornada, de participar en misiones internacionales o de reaccionar ante la designación para ser participe en ellas, instando la concesión de la medida accesoria de exoneración.

Al respecto, según criterios jurisprudenciales reiterados «no hay previsión normativa específica en este particular (designación para participar en misiones militares en el extranjero) de quienes tienen la reducción de jornada concedida, lo que supone que dicha circunstancia no altera ni modifica sus obligaciones, ni la participación, como el resto de los miembros de las Fuerzas Armadas, en operaciones en el exterior»¹².

En este sentido, resultan aclaratorios los términos utilizados para fundamentar pronunciamientos favorables a la Administración en vía de apelación, en los que se afirma que «una misión internacional, en modo alguno puede considerarse, a efectos de su exoneración, como una actividad análoga a guardias, servicios y maniobras, que vienen referidas a actividades ordinarias de la vida de un cuartel (...) a la actividad habitual, normal y diaria de la Unidad (...) debiendo concluirse que quedan fuera de la reducción de jornada las situaciones operativas de las Fuerzas Armadas»¹³, llegando incluso a añadir que «se trata de una exoneración de servicios sujeta a que no lo impida las necesidades del servicio, y si bien tal expresión tiene un acusado concepto indeterminado, es patente que, en una comisión de servicio internacional, no existe la posibilidad de mantener la reducción de jornada»¹⁴.

Aclarada la exclusión de las operaciones en el extranjero como actividad análoga a las guardias, servicios y maniobras y la posibilidad de exonerar de su cumplimiento al militar por razones de conciliación familiar o personal, resulta en cambio pacífica la definición de guardias, servicios y maniobras que por las mismas razones pudieran ser objeto de exoneración, definición que resulta, esencialmente, de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero¹⁵, y las respectivas órdenes ministeriales por las que se aprueban las normas sobre mando y régimen interior de las Unidades e

¹² Se pronuncia en este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo), en sentencia núm. 592/2012, de 18 de julio (FD 1º, p.3); sentencia núm. 308/2013, de 24 de abril (FD 1º, p.3); y sentencia núm. 306/2013, de 24 de abril (FD 1º, p.3).

¹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1ª) núm. 621/2013, de 25 de octubre (FD 2º, p.4).

¹⁴ FD 2º, p.3 de la citada sentencia.

¹⁵ *BOE núm. 33*, de 7 de febrero de 2009, modificadas por Real Decreto 1437/2010, de 5 de noviembre, por el que se declara de aplicación para los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, que aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

instalaciones de cada uno de los Ejércitos¹⁶, además del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas¹⁷.

En relación al alcance de la medida de exoneración, aquella puede ser total (exime del cumplimiento de todas las guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran con el disfrute de la reducción de jornada) o parcial (exonera del cumplimiento de aquellas en un porcentaje concreto o en un número de guardias o servicios o días de participación en ejercicios o maniobras).

De acuerdo con la legislación vigente, si existen circunstancias sobrevenidas que afectan a las necesidades del servicio, el jefe de Unidad puede reconsiderar las guardias, servicios, maniobras o actividades análogas de las que el militar haya sido exonerado, pudiendo revocar o modificar la citada medida accesoria, reduciendo el alcance de la exoneración. Es en esta modificación o revocación donde los órganos jurisdiccionales vienen exigiendo una motivación reforzada de aquellas circunstancias sobrevenidas que justifiquen el cambio de criterio del jefe de Unidad.

En relación al segundo de los interrogantes planteados referido a la obligatoriedad o no de conceder la exoneración de guardias, servicios y maniobras, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección 8ª), afirma en sentencia núm. 332/2013, de 8 de mayo, que «debe convenirse con la recurrente que, en determinadas circunstancias, la concesión de la reducción de jornada no es potestativa para la Administración sino obligada, pero en cambio la exoneración de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas, se halla siempre condicionada a las “necesidades del servicio” y por ello no cabe admitir el automatismo en su concesión»¹⁸.

En el mismo sentido, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife (sección 2ª), afirma en sentencia núm. 86/2014, de 24 de septiembre, que «la exoneración de guardias, servicios y maniobras no es un derecho sino una medida accesoria, condicionada a las necesidades del servicio»¹⁹.

La regulación ofrecida por la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, obliga a diferenciar los supuestos en los que la regla de la exoneración es incondicionada (reducción de jornada por atención de familiar en primer grado que padezca enfermedad grave, nacimiento de hijo prematuro o que tengan que permanecer en el hospital, y cuidado de hijo menor de edad afectado por cáncer o cualquier otra enfermedad grave), en los que la concesión de la medida accesoria según la

¹⁶ Orden Ministerial 50/2011, de 28 de julio, por la que se aprueban las Normas sobre Mando y Régimen Interior de las Unidades e Instalaciones del Ejército de Tierra; Orden Ministerial 12/2012, de 28 de febrero, por la que se aprueban las Normas sobre Mando y Régimen Interior de las Unidades de la Armada; y Orden Ministerial 13/2012, de 28 de febrero, por la que se aprueban las Normas sobre Mando y Régimen Interior de las Unidades del Ejército del Aire.

¹⁷ *BOE núm.64*, 15 de marzo de 2010.

¹⁸ FD 4º, p.4 de la citada sentencia.

¹⁹ FD 2º, p.2 de la citada sentencia.

redacción utilizada («quedará exonerado», «se exonerará», etc.) obliga a concederla en tanto la guardia, servicio, maniobra, o actividad análoga, interfiera con el disfrute del permiso de reducción, de aquellos otros en los que la exoneración queda condicionada a que las necesidades del servicio lo permitan (guarda legal de un hijo menor de 12 años o cuidado directo de una persona mayor que requiera especial dedicación o discapacitado), en los que la expresión utilizada («podrá quedar exonerado») otorga mayor margen de discrecionalidad a la autoridad que resuelve, si bien dentro de estos segundos, hay casos en los que las necesidades del servicio que pudieran limitar la exoneración deben ser «perentorias» (solo en último extremo la condicionarán).

III. NECESIDADES DEL SERVICIO: CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO CONDICIONANTE DE LA EXONERACIÓN DE GUARDIAS, SERVICIOS, MANIOBRAS Y ACTIVIDADES ANÁLOGAS

El Artículo 22 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas, se refiere a las «necesidades del servicio», otorgándoles prevalencia sobre las fechas y duración de los permisos, vacaciones y licencias, si bien las limitaciones que se produzcan deberán ser motivadas y la aplicación del criterio de «necesidades del servicio» se hará siempre de forma justificada, motivada e individualizada. En todo caso, se comunicará al militar afectado la decisión adoptada por escrito²⁰.

La Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, prevé en su Artículo 9.3 que:

«En todos los casos, las necesidades del servicio se valorarán de manera individualizada, caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de la Unidad, Centro u Organismo donde el militar preste servicios. Si las necesidades del servicio se vieran afectadas por circunstancias sobrevenidas, el jefe de la Unidad, Centro u Organismo correspondiente y de manera motivada, podrá reconsiderar las guardias, servicios, maniobras o actividades análogas de las que el militar hubiera sido exonerado».

En suma, nos encontramos ante un principio general o mandato para la Administración Militar de singularización de la motivación que afecte a los permisos, licencias o exenciones, sin escudarse en motivaciones genéricas.

La dificultad radica en que la expresión «necesidades del servicio» es un concepto jurídico indeterminado. Tal concepto ha supuesto un verdadero obstáculo para la aplicación efectiva de los derechos de conciliación. Generalmente dicho término suele invocarse por falta de efectivos en las Unidades y esgrimirse como justificación para denegar medidas de flexibilidad horaria y medidas de reducción de jornada laboral.

²⁰ Con la misma redacción se pronuncia el Artículo 3 de la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero.

El referido concepto «necesidades del servicio» otorga a la Administración un margen de apreciación, en orden a concretar las circunstancias que entiende que concurren en el caso para el ejercicio de esa facultad, debiendo aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantiza la legalidad y oportunidad de la misma, así como su congruencia con los motivos y fines que la justifica²¹.

Son numerosas las sentencias en las que se falla en contra del Ministerio de Defensa como parte demandada, por falta de motivación suficiente y razonada de las necesidades del servicio invocadas por los órganos administrativos para denegar, suspender, revocar o modificar el permiso de reducción de jornada y la medida accesoría de exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas.

Constante jurisprudencia viene afirmando que:

«El requisito de la motivación no exige a los actos administrativos un razonamiento exhaustivo y pormenorizado pues basta con la expresión de las razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la decisión, facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa. Por esta causa, el cumplimiento del deber de motivar no puede analizarse en abstracto o de acuerdo con pautas generales, pues será en cada caso concreto donde pueda valorarse si, atendidas las especiales circunstancias concurrentes, se expresan las razones suficientes para venir en conocimiento de la fundamentación del acto. Así, la extensión de la motivación estará en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera»²².

Resulta aplicable a la necesidad de motivar la causa de la concreta extinción o reducción de la exención litigiosa, la doctrina del Tribunal Constitucional sentada, entre otras, en sentencia de 25 de abril de 1994, que admite la motivación implícita y explícita, y la motivación *in aliunde* o por referencias a informes obrantes al expediente.

No obstante, conviene aclarar que «no cabe ofrecer aquella motivación con ocasión del recurso sino que ha de darse en vía administrativa, ya que el proceso contencioso-administrativo no ha de servir para ofrecer a la Administración la posibilidad de corregir los errores en los que hubiese incurrido en vía administrativa y una vez que los mismos fueron denunciados por los interesados»²³.

²¹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5ª), de 12 de noviembre de 2008, (FD 2º).

²² Doctrina sentada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional invocada, entre otras, en sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 8ª), núm. 2225/2009, de 23 de diciembre (FD 2º, p.3) y núm. 83/2015, de 24 de febrero (FD 2º, p.3).

²³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1ª), núm. 83/2015, de 18 de febrero (FD 4º, p.6).

Asimismo, se hace extensiva al acto administrativo que deniegue o revoque la exoneración de guardias, servicios o maniobras, la doctrina referida a la trascendencia de defectos formales, doctrina que exige la producción de una verdadera indefensión para que dé lugar a la anulación del acto en el que se detecta el vicio, siendo la indefensión constitucionalmente relevante la referida a «situaciones en las que se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa, eliminando o limitando su potestad, bien de alegar derechos o intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del derecho de contradicción, y que esta indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa»²⁴.

Las sentencias analizadas hacen hincapié en un problema presente en la mayoría de casos, que no radica en si la Orden Ministerial núm. 121/2006, de 4 de octubre, o la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, amparan interpretaciones sobre la exigencia o no de motivación según la exoneración de servicios, interfiera o no en el disfrute de la reducción de jornada, sino que, cuando se parte de una situación previa de concesión de la exoneración de servicios (por tanto existe una situación jurídica amparada por una resolución administrativa previa declarativa de derechos) y se produce su frustración o revocación, cuestionando el afectado expresamente la fundamentación, la respuesta de la Administración requiere la singularización razonada, especialmente cuando dispone de datos para explicitar la razón que afecta concretamente al interesado.

En definitiva, si existe una situación previa de disfrute de la exención de actividades al amparo de una resolución administrativa, su revisión a la baja encarece la motivación para justificar el apartamiento de la situación precedente, insistiendo en que el principio de facilidad y disponibilidad probatoria de las necesidades del servicio está en manos de la Administración Militar, de manera que la ausencia de su acreditación específica juega a favor de la tesis de los reclamantes.

En definitiva se trata de probar que las «necesidades del servicio», como concepto concreto, imponen que los interesados tengan que cumplir las guardias, servicios, maniobras o actividades análogas, sin que resulte admisible invertir premisas, esto es, que la Administración pretenda cumplir los servicios a todo trance, de tal forma que se decida establecer aquellos de forma que no interfieran, a juicio de la autoridad militar, en el disfrute de la reducción concedida.

Como ejemplo de lo expuesto, se falló a favor de la demandante, oficial médico miembro del Cuerpo Militar de Sanidad, a quien el director del Hospital Central de la Defensa «Gómez Ulla», por resolución (confirmada en vía de recurso por el inspector general de Sanidad) había estimado parcialmente su solicitud de reducción de jornada y medida accesorias de exoneración de guardias, accediendo a la reducción de jornada laboral en dos horas diarias por causa de atención a su hija de tres años de edad, pero sin quedar exonerada del servicio de

²⁴ Doctrina sentada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, entre otras, en SSTC 89/1986 (FD 2º); 145/1999 (FD 3º); 90/1988 (FD 2º); 26/1999 (FD 3º) y 210/1999 (FD 3º).

guardias por «necesidades del servicio». La razón invocada para denegar la exoneración fue que la solicitante prestaba Servicio Facultativo de Presencia Física, una o dos veces como máximo al mes, de forma aleatoria, pudiendo corresponderle en día de diario o en fin de semana, por lo que la Dirección del Hospital entendió que la misma podía realizar el servicio de guardia exclusivamente en fin de semana, sin que la realización de dichos servicios interfiriera así con el disfrute de la reducción de jornada.

La falta de motivación radica, según el fallo, en «no justificar en forma alguna que las necesidades del servicio de guardia no puedan ser cubiertas con otros medios, a los que ni siquiera se hace referencia, y no se cumple por tanto la condición de necesidad perentoria de su realización por la solicitante que es aludida en la norma para justificar la denegación cuando se utiliza la expresión “solo en último extremo” (...). En definitiva al no haberse acreditado por la Administración que no era posible cubrir las necesidades del Servicio de Guardia de Presencia Física con los medios de los que dispone el Hospital Central de la Defensa y constatándose que tal prestación por parte de la actora incidiría en la reducción de jornada que se le ha concedido e impediría la conciliación de su vida laboral con la personal y familiar, se procedió a estimar su recurso y reconocerle como situación jurídica individualizada el derecho a que se le exonerase de los mencionados servicios»²⁵.

Son dos los aspectos que desde la perspectiva del asesoramiento jurídico al mando, pudieran resultar de interés práctico, el primero de ellos procedimental, el segundo de carácter sustantivo.

Desde el punto de vista procedimental, resulta preciso advertir que toda petición singular de exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas requiere una contestación por escrito singularizada y congruente en la que se incluya, en caso de denegación de la exención de guardias, servicios y maniobras, razonamiento detallado, ofrecido en vía administrativa y no con ocasión del recurso, que demuestre que las necesidades del servicio, concretas y vinculadas a circunstancias (no tanto del peticionario como se viene haciendo, sino a la Unidad, Centro u Organismo donde el militar preste servicios), imponen que el peticionario tenga que cumplir el servicio y mención expresa al hecho de que si las necesidades del servicio se vieran afectadas por circunstancias sobrevenidas, el jefe de la Unidad, Centro u Organismo correspondiente, podrá reconsiderar las guardias, servicios, maniobras o actividades análogas de las que el militar hubiera sido exonerado²⁶.

²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 8ª), núm. 2225/2009, de 23 de diciembre (FD 3º, p.4).

²⁶ Esta previsión necesaria para evitar la revisión de oficio de la resolución inicial, aunque en alguna sentencia (sentencia 5/09 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 4 de Cádiz, (FD 3º), salva aquel motivo de recurso con el siguiente pronunciamiento: «En definitiva no se ha revisado la legalidad de un acto administrativo anterior sino que se ha modificado su contenido en base a la concurrencia de una nueva situación, que se concreta, detalla y justifica en referencia al criterio previsto, en base a una previsión normativa que lo permite y a una resolución administrativa previa que expresamente advertía al interesado de esa posibilidad»).

Asimismo, se significa que según Resolución de la Dirección General de Personal (Subsecretaría de Defensa), de 28 de junio de 2011, resulta preceptiva, tanto en la resolución inicial sobre el particular como en la resolución del recurso de alzada, la consulta al centro de estudios sobre la situación de la mujer en las Fuerzas Armadas, (denominado por Orden ministerial 51/2011, de 28 de julio, Observatorio Militar para la Igualdad entre Mujeres y Hombres), en caso de modificación de cualquier medida relacionada con la conciliación familiar, omisión de trámite que motivó la nulidad de la resolución del jefe de la Unidad, a juicio del órgano jurisdiccional²⁷.

Desde el punto de vista sustantivo, debe considerarse que en la respuesta que la autoridad militar dé al peticionario, no cabe invocar como circunstancias sobrevenidas que hayan motivado el cambio de criterio en la exoneración previamente concedida, aquellas que tengan que ver con acontecimientos no improvisados, por estar vinculados a las más elementales exigencias de eficacia, eficiencia y planificación administrativa.

Como ejemplo, se desestimó la motivación esgrimida por la Administración Militar que justificaba la modificación de la exención total de guardias y servicios de la recurrente en la circunstancia de que los servicios de guardias y vigilancia en dependencias del Arsenal de Ferrol fueron externalizados hasta finales de 2012 y pasaron a ser asumidos por el personal de marinería destinado en la Unidad, lo que determinaba la necesidad de reordenar los servicios de los efectivos restantes, y con ello, de contar con los propios de la recurrente, cese en la externalización del servicio que se calificó como «medida que no se improvisa»²⁸.

Tampoco procede argumentar como necesidades del servicio que pudieran limitar la exoneración de guardias y servicios, motivos referidos al mantenimiento de la capacitación del soldado o a la exigencia de un nivel profesional solo accesible con un mínimo de preparación operativa, circunstancia que los órganos jurisdiccionales no vienen considerando sobrevenida²⁹.

Como ejemplo, se anuló la resolución que ofreció a la interesada el siguiente motivo para estimar parcialmente su solicitud de exoneración total de guardias y servicios:

«Y llegados a este punto, se considera que la pertenencia de la recurrente al RIL “Tenerife” 49, el puesto que dentro del mismo debe desempeñar, exigen un nivel profesional solamente accesible con un mínimo de preparación operativa, de manera que, sin pretender que dicho nivel sea óptimo dadas sus circunstancias personales, al menos, se mantiene una

²⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 8ª) en sentencia núm. 332/2013, de 8 de mayo (FD 5º, p.5).

²⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1ª) en sentencia núm. 83/2015, de 18 de febrero (FD 4º, p.5).

²⁹ Como ejemplos, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 2ª) núm. 15/2014, de 10 de marzo (FD 4º, p.3); o por el mismo Tribunal en su sede de Las Palmas (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1ª) en sentencia núm. 1/2015, de 12 de enero (FD 3º, p.4).

parte del servicio, así no perderá las capacidades mínimas que justifican su destino en la Unidad».

La fundamentación del fallo fue que:

«Las circunstancias de excepción que pueden limitar las guardias, y maniobras por necesidades del servicio no tienen que ver con los motivos esgrimidos en la resolución que se refieren al mantenimiento de la capacitación de la soldado; máxime cuando se incumple la normativa al no procurar la sustitución por otros medios, y más aún cuando nada se prueba de que se hubiera acudido al último extremo posible»³⁰.

Otro ejemplo que evidencia el criterio jurisdiccional exigente en la interpretación de la norma, es el fallo que anuló la decisión administrativa que denegó la exoneración a la interesada porque «en el presente caso, las necesidades del servicio son: el buque se encuentra alistado para la participación en la operación EU NAVFOR ATLANTA para un próximo despliegue en aguas de Somalia. No existen cabos primeros de la especialidad de sistemas éticos. No es posible atender estas necesidades con otros medios y personas» y «se hace necesario mantener el máximo grado de cobertura de personal, siendo la recurrente en la actualidad la única cabo de Sistemas Tácticos destinada en la fragata *Victoria*».

Pues bien, verificado que la demandante era la única cabo primero con esa especialidad de la dotación de la fragata *Victoria* y que, sin duda, existía escasez de este tipo de especialistas en los demás buques de la escuadrilla (solo existían tres cabos primeros), se consideró que aquella circunstancia revelaba que la decisión no era arbitraria y que sin duda habían existido dificultades para atender las necesidades de servicio, pero «la apreciación de tales dificultades no resulta suficiente para dar cobertura a la decisión adoptada, teniendo en cuenta lo previsto en la norma que recoge la propia orden ministerial. Ya hemos puesto de manifiesto la relevancia del derecho invocado por la parte actora así como la certeza de los datos que lo sustentan, y que en este caso concreto considero que debe prevalecer frente a las exigencias del interés del servicio que concurren o, al menos de las que se tiene constancia. Sin limitar el análisis a la simplicidad que supondría admitir el recurso ante la constancia de que se ha dado cobertura a las necesidades del servicio, se valora, en todo caso, que esas necesidades no derivan de una situación de alarma o movilización general sino que únicamente afectan a un buque concreto de la escuadrilla y también que consta que es práctica habitual cubrir esas necesidades a través de comisiones de servicio de dotaciones de otros buques de la misma o de otra Unidad. Dicho de otro modo, tanto de lo actuado en vía administrativa como el actuado en vía judicial no se obtiene la convicción de que las necesidades del servicio (por las concretar razones que reflejaban las resoluciones administrativas) no podían ser atendidas por otros medios y, por ello, que la decisión adoptada con el consiguiente efecto negativo sobre ese principio y

³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 2ª) núm. 15/2014, de 10 de marzo (FD 4º, p.3)

derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, era la última opción o “el último extremo”»³¹.

Al respecto, resulta necesario advertir que tal interpretación jurisdiccional resulta de difícil conciliación con la redacción utilizada en la Orden DEF 253/2015, de 9 de febrero, en cuyo articulado se hace referencia de forma reiterada a la expresión «necesidades del servicio debidamente justificadas y motivadas por razones operativas o de funcionamiento de las Unidades, Centros y Organismos», razones que en lo que aquí interesa, no están siendo del todo atendidas por los órganos jurisdiccionales.

IV. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN VIGENTES EN EL MINISTERIO DE DEFENSA

Consultados antecedentes obrantes en el Registro de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, se constata haber emitido un total de 67 informes en vía de recurso, de los cuales 46 lo han sido en materia de permisos, licencias y vacaciones, y 21 en materia de guardias, servicios y maniobras.

Considerando, en lo que aquí interesa de exoneración de guardias, servicios y maniobras, que la mayor conflictividad se da en mujeres militares, facultativos miembros del Cuerpo Militar de Sanidad, que disfrutando del permiso de reducción de jornada instan, desde que entró en vigor la Orden Ministerial núm. 121/2006, de 4 de octubre, la exoneración para participar en operaciones en el exterior (solicitando en la mayoría de casos la suspensión de la ejecución del acto administrativo por el que son designadas e incluso la designación para someterse al reconocimiento médico previo en fase preselectiva), la fundamentación de los informes emitidos ha evolucionado a la par que los cambios producidos en la normativa aplicable.

Así, a partir de la entrada en vigor de la Orden Ministerial núm. 121/2006, de 4 de octubre, se emitieron informes jurídicos en sentido favorable a que las interesadas que tuvieran concedida la reducción de jornada fueran exoneradas de participar en operaciones en el exterior, motivándose posteriormente un cambio de criterio al efecto de desestimar igual pretensión, dada la entrada en vigor de la Orden Ministerial 3/2011, de 15 de febrero, que limitó las guardias, servicios y maniobras objeto de exoneración, a las realizadas en el lugar de destino, sin excluir no obstante, que en virtud de una valoración, caso por caso, de las circunstancias concurrentes en la interesada, puedan ser aquellas tenidas en cuenta, a efectos de cubrir las necesidades del servicio.

Como ejemplo, se confirmó en vía recurso la resolución administrativa por la que se estimaba parcialmente la solicitud de exoneración temporal para participar en misiones fuera del territorio nacional, fundamentada en las alergias severas que padecían los hijos menores de doce años de la interesada, quien disfrutaba de una reducción de jornada. La resolución dictada en primera instancia

³¹ Sentencia 5/09, del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm.4 de Cádiz (FD 4°).

(confirmada en vía de recurso), estimó parcialmente la solicitud acordando que «en caso de que la misma fuera designada para participar en misión internacional, será tenida en cuenta su situación personal al efecto de que las necesidades del servicio queden cubiertas si fuera posible con otros medios personales».

Es criterio sentado actualmente, desestimar aquellas pretensiones, nada infrecuentes, que exigen de la Administración un acto declarativo que esta no viene obligada a dictar, por ser inherente a los actos y resoluciones de la Administración su carácter ejecutivo y no meramente declarativo, por lo que será en el momento de producirse el acto concreto (designación para participar en una misión o ejercicio) cuando se pueda impugnar el nombramiento en su caso realizado y la correcta o incorrecta aplicación de la normativa en vigor y de los criterios aplicables para la designación.

En el resto de pretensiones impugnatorias, es criterio rector vigente, facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, haciendo una interpretación de la exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas, que no siendo restrictiva si sea respetuosa con la normativa vigente, lo que supone exigir una motivación objetiva y razonable a las resoluciones que en primera instancia denieguen la citada medida, verificar el supuesto que motiva su concesión y los términos en la que haya sido autorizada, y garantizar que se haya realizado una valoración individualizada de las necesidades del servicio que teniendo en cuenta las circunstancias específicas de la Unidad, Centro u Organismo donde el militar preste servicios, limiten excepcionalmente la exoneración solicitada, cuidando además que aquella necesidad invocada sea perentoria, esto es, imponga por falta de otros recursos disponibles, el cumplimiento de la guardia, servicio o maniobra al militar interesado en su exoneración.

Finalmente, advierto del criterio desfavorable al mantenimiento de la medida estudiada, más allá del plazo en que haya sido concedida la reducción de jornada, así como la desestimación de recursos administrativos (indirectos) que se pudieran interponer contra la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, de conformidad con lo previsto en el Artículo 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³².

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

I. La exoneración de guardias, servicios, maniobras y otras actividades análogas, es una medida accesoria (no un derecho), vinculada al permiso de re-

³² El último de los informes jurídicos emitidos, ha sido en sentido desfavorable a la estimación del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del jefe de Unidad que estimaba la solicitud de reducción de jornada y exoneración de guardias y servicios de un militar en virtud de lo previsto en el Artículo 13 de la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero. El recurrente invocaba la aplicación del Artículo 14 (por considerar que cumplía los requisitos de familia monoparental), recurriendo indirectamente la definición de familia monoparental prevista en el Artículo 14 de la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, de conformidad con el Artículo 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

ducción de jornada y herramienta clave para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, potenciada a partir del «Plan Concilia» (2005) y causa de la aprobación en el ámbito del Ministerio de Defensa de la Orden Ministerial núm. 121/2006, de 4 de octubre, por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas.

II. La disponibilidad permanente para el servicio exigida al militar y la prevalencia de las necesidades del servicio sobre las fechas y duración de los permisos, vacaciones, reducción de jornada y licencias, hacen difícil alcanzar el equilibrio entre las necesidades en creciente demanda de conciliación personal, familiar y laboral y las necesidades propias de la Unidad, Centro u Organismo en el que el militar se encuentra destinado.

III. El esfuerzo normativo realizado durante estos últimos años en el ámbito de la Administración Militar es una realidad innegable, habiendo sido modificada la Orden Ministerial núm. 121/2006, de 4 de octubre, por diversas órdenes ministeriales, la última la Orden DEF 253/2015, de 9 de febrero, que introduce unos criterios en la reducción de jornada por motivos de conciliación, referidos a la posible exoneración de las guardias, servicios y maniobras, como medida accesorio de concesión no obligada aunque sí autorizada con carácter general, cuyos condicionantes para su disfrute son los siguientes:

- Que la guardia, servicio, maniobra o actividad análoga interfiera con el disfrute del permiso de reducción de jornada, excluyendo del concepto de exoneración las operaciones en el extranjero que en años precedentes han dado conflictividad.
- Que las «necesidades del servicio» no impidan la exoneración, debiendo ser estas, justificadas, motivadas e individualizadas, fruto de una valoración realizada caso por caso, que tenga en cuenta las circunstancias específicas de la Unidad, Centro u Organismo donde el militar preste servicios y que además, no puedan ser atendidas por otros medios disponibles.

De los dos condicionantes expuestos, resulta pacífica la interpretación del primero de ellos, presentando una mayor dificultad la elaboración de unos criterios que ofrezcan seguridad jurídica al mando, en relación a las «necesidades del servicio» que pudieran condicionar la exoneración, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado cuya carga de prueba corresponde a la Administración Militar y por los recientes pronunciamientos jurisdiccionales, exigentes en cuanto a la motivación de aquellas necesidades y las circunstancias que pudieran esgrimirse para negar la concesión de la medida accesorio.

IV. La realidad actual evidencia que, desde la entrada en vigor de la Orden Ministerial núm. 121/2006, de 4 de octubre, hasta su versión última dada por la DEF 253/2015, de 9 de febrero, se ha producido un incremento significativo del número de permisos de reducción de jornada concedidos y exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas, enfrentándose los jefes de Unidad, por un lado al cumplimiento del objetivo de promover la conciliación de la vida personal y familiar, y por otro, a la obligación de motivar las necesidades

del servicio que limiten o nieguen la exoneración, recayendo en ellos la tarea de valorar, caso por caso, las circunstancias concurrentes favorables o desfavorables a la concesión (por ser la autoridad que resuelve en primera instancia).

En esta tarea, es escaso el margen de discrecionalidad que los órganos jurisdiccionales dejan al jefe de Unidad al imponer criterios exigentes para motivar decisiones desfavorables al interesado y de difícil conciliación con las necesidades operativas o de funcionamiento de las Unidades, Centros y Organismos.

Partimos por tanto de numerosos casos en los que se reconoció a los interesados un derecho individual en virtud de una resolución previa, que les dispensa totalmente a los del cumplimiento de guardias y servicios (exoneración que en función de la causa que justifique la reducción de jornada puede ser de larga duración), situaciones que resultan ahora difíciles de revocar, por la falta de razones sobrevenidas que puedan motivar un cambio de criterio.

V. La propuesta final al estudio realizado se concreta en que, con la finalidad de evitar que el permiso de reducción de jornada pueda ser solicitado con una finalidad fraudulenta (esto es, con un interés prioritario en obtener más bien la exoneración de guardias, servicios, maniobras u otras actividades análogas que en disfrutar la reducción de jornada laboral) pudiera desvincularse la regulación de la citada medida accesoria del derecho a la reducción de jornada. De no ser así, la merma proporcional de retribuciones inherente a la reducción de jornada es un argumento recurrente que obliga a la Administración a autorizar, con carácter general y casi de forma obligada la medida estudiada.

Pudiera resultar de interés, tanto para la Administración como para el militar profesional, abordar una regulación de la exoneración de guardias, servicios y maniobras, independiente y no vinculada al permiso de reducción de jornada, que si bien se incluyera en la misma norma referida a los derechos y permisos reconocidos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional, no se asociara necesariamente a la concesión del permiso de reducción de la jornada laboral (aun que pudiera concederse lógicamente también estos casos).

Aquella regulación pudiera delimitar, tanto los supuestos que motivarían la exoneración como los criterios y parámetros para su valoración, respondiendo a una casuística puntual, día a día, solicitada mediante petición singular justificada, e imponiendo a la Administración Militar el deber general de motivación en caso de denegación, no descartando por otro lado que pudieran disfrutar de la exoneración, aun de forma puntual, peticionarios que tuvieran reconocido algún otro permisos o derecho (no solo la reducción de jornada laboral) en materia de conciliación de la vida personal, familiar y profesional.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Ley 7/2007, de 12 de abril, del *Estatuto del Empleado Público*.

Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas.

Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

Orden DEF/524/2005, de 7 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se aprueban medidas para favorecer la incorporación de la mujer en las Fuerzas Armadas.

Orden núm. 121/2006, de 4 de octubre, que aprueba las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas.

Orden núm. 107/2007, de 26 de julio, que modifica las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas.

Orden núm. 3/2011, de 15 de febrero, modifica la Orden 121/2006, de 4 de octubre, que aprueba las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas.

Orden núm. 15/2012, de 13 de marzo, modifica la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, que aprueba las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas.

Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, que regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Plan Concilia, firmado el 7 de diciembre de 2005 entre el Ministerio de Administraciones Públicas y sindicatos.

Jurisprudencia

Sentencias obtenidas de www.aranzadidigital.es/

Libros

Observatorio de la Igualdad (2013), *Guía para la aplicación de las medidas de conciliación en las Fuerzas Armadas*, España, Ministerio de Defensa.

Observatorio de la Igualdad (2013), *Informe análisis medidas de conciliación* Libro II, España, Ministerio de Defensa.

Brinquis Crespo, E. (2009), *Deslocalización y conciliación de la vida familiar*, Madrid, Escuela Superior de las Fuerzas Armadas.

García González, F.J. (2010), *Conciliación de la vida familiar*, Madrid, Escuela Superior de las Fuerzas Armadas.

Manau Anoro, J.M. (2011), *La conciliación de la vida personal*, Madrid, Escuela Superior de las Fuerzas Armadas.

Martínez Martínez, M.D. (2009), *Género y conciliación de la vida familiar y laboral*, UM.

Artículos

Romero Lucas, I. (2009), «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional del empleado público tras la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Especial referencia al personal militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 94.

Gómez Escarda, M. (2009), «La mujer militar y la familia», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 94.

Fernández Vargas, Valentina (2009), «El proceso de incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas en España. Pasado, presente y futuro», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 94.

Cruz Alli Turrillas, Juan (2009), «La evolución normativa en la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 94.

Gallardo Rodríguez, Pilar (2012), «La mujer militar en las Fuerzas Armadas», *Cuadernos de Estrategia*, núm. 157.

Valero Criado, E. (2012), «Aplicación del “Plan Concilia” en las Fuerzas Armadas», Escuela Superior de las Fuerzas Armadas.

LA CADUCIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR

Carlos García Ortega
Capitán auditor

SUMARIO: Abreviaturas. I. Introducción. II. La caducidad en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. 2.1. Regulación legal. 2.2. Jurisprudencia de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. 2.2.a. Caducidad en las faltas leves. 2.2.b. El informe del Consejo Superior de la Guardia Civil. 2.2.c. La apertura de un nuevo expediente tras la caducidad. 2.2.d. La apreciación de caducidad y responsabilidad patrimonial. 2.2.e. Abstención, recusación y caducidad. III. La caducidad en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. 3.1. La caducidad en las faltas leves. IV. Conclusiones. Bibliografía.

ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

FJ: Fundamento Jurídico.

LORDGC: Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

LORDFAS: Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

LRJAP y PAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STMC: Sentencia del Tribunal Militar Central.

TS: Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

La caducidad, denominación incorrecta a juicio de algunos autores¹, que prefieren utilizar el término «perención» para una de las dos posibles variantes

¹ González Pérez, J. y González Navarro, F, 2004, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Thomson, pag. 2231.

que reviste, es una forma de extinción del procedimiento administrativo que tiene lugar por paralización del mismo durante un cierto tiempo establecido en la ley, y cuyos requisitos y efectos difieren –no obstante ser idéntica su esencia– según que el responsable de la paralización sea el interesado (perención) o la Administración. A día de hoy la regulación en nuestro derecho administrativo positivo, prescindiendo de antecedentes más remotos, se recoge en los Artículos 44² y 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC, que conforme a la respectiva disposición adicional primera tanto de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, LORDGC, como de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, LORDFAS, son de aplicación supletoria en ambos casos.

Estas dos últimas normas, que configuran todo el derecho disciplinario militar actual en nuestro ordenamiento jurídico, han acogido entre sus preceptos de manera novedosa este instituto de la caducidad, tradicionalmente ajeno a este ámbito, en una de sus dos manifestaciones ya anunciadas, la que se produce cuando el responsable de la paralización es la Administración, en los procedimientos que, iniciados de oficio, tienen carácter sancionador o son susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, iniciándose siempre de oficio los procedimientos previstos en la LORDGC y en la LORDFAS, por acuerdo del órgano competente, Artículos 39 de la LORDGC y Artículos 46 y 48 de la LORDFAS, y resultando evidente su carácter sancionador.

Los citados Artículos de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, únicamente ya en el aspecto que nos atañe, sientan:

«Artículo 44.2: En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

En los procedimientos en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el Artículo 92.

En los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución».

«Artículo 92.3: la caducidad no producirá por si sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción».

El fundamento de la caducidad recogida en el ámbito disciplinario militar no es otro que el de propiciar la seguridad jurídica, principio garantizado en el Artículo 9.3 de nuestro texto constitucional, delimitando el

² Artículo redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAP y PAC.

período de tiempo durante el que se pueden llevar a cabo válidamente actuaciones jurídicas, sobre la base de unos procedimientos sancionadores, que de conformidad con al Artículo 45.1 de la LORDGC y 41.2 de la LORDFAS se deben impulsar de oficio en todos sus trámites.

Procede a continuación examinar la regulación que de la caducidad se ha llevado a cabo por la LORDGC, la jurisprudencia que su aplicación ha motivado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, para después comentar la normativa que en el mismo sentido se plasma recientemente en la LORDFAS, y si la misma supone un avance o no, respecto a su predecesora, permitiéndonos adelantar que en aspectos distintos al que contemplamos, por ejemplo, tipificación de faltas, garantías del procedimiento para los interesados, plazos de prescripción..., parece que la LORDFAS toma buena nota de la LORDGC, a pesar de que aquella, en su preámbulo (apartado VII), solo contenga una lacónica referencia al respecto, y lo hace precisamente en materia de caducidad: «... Innovación relevante es la incorporación de la declaración de caducidad por vencimiento del plazo, instituto excluido antes del procedimiento disciplinario de las Fuerzas Armadas e incluido en el Régimen Disciplinario de la Guardia Civil...».

II. LA CADUCIDAD EN LA LEY ORGÁNICA 12/2007, DE 22 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL

2.1. REGULACIÓN LEGAL

«Artículo 65.1: La resolución a la que se refiere el Artículo 63 de esta ley y su notificación al interesado, deberá producirse en un plazo que no excederá de seis meses desde la fecha del acuerdo de incoación del expediente. Transcurrido este plazo se producirá la caducidad del expediente».

La primera cuestión que nos planteamos ¿No se recogían plazos máximos de tramitación en la antigua Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario del Cuerpo de la Guardia Civil?, la respuesta es positiva, así se preveía para los procedimientos disciplinarios: «El procedimiento respetará los plazos establecidos en esta ley, sin que la instrucción pueda exceder de tres meses» (art.43), «El plazo máximo de tramitación del expediente (gubernativo) será de seis meses» (art.53), pero no se recogía en el texto legal la expresión «caducidad». Las consecuencias prácticas de aquel articulado las ilustra la STS Sala Quinta de fecha 2-09-2010, FJ2:

«... Pues bien, hemos de recordar en relación con la Ley Orgánica 11/91 aplicable, que esta Sala ha corroborado después profusamente lo que ya dijo en la sentencia del pleno de 14 de febrero de 2001: el Régimen Disciplinario específico de las Fuerzas Armadas³ y de la Guardia Civil es ajeno

³ Por lo tanto, estos pronunciamientos jurisprudenciales en materia de caducidad resultan plenamente aplicables a la en su momento vigente Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

a los efectos generales que se predicán de la caducidad de los expedientes y procedimientos sancionadores; y se reitera ahora que no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC (según reforma operada por Ley 4/1999, de 13 de enero) sobre archivo de las actuaciones con los efectos previstos en su artículo 92 concluyéndose en dicha sentencia que “no es aplicable en función de la especificidad salvada expresamente por la dicha Ley 30/1992, en su disposición adicional 8ª y en su artículo 127.3” y que “el efecto que se sigue del agotamiento del plazo previsto para la tramitación y conclusión del expediente... es el de volver a contarse el plazo de prescripción de la falta, entendido como volver a computarse de nuevo e íntegramente el plazo prescriptivo que corresponda...».

En el mismo sentido se puede citar la STMC de fecha 13-07-2010.

En el apartado II del Artículo 65 de la LORDGC se recogen los supuestos en los que se puede suspender el plazo de tramitación y consecuente caducidad de 6 meses:

«65.2: Este plazo se podrá suspender por un tiempo máximo de seis meses, por acuerdo del director general de la Policía y de la Guardia Civil⁴, a propuesta del instructor, en los siguientes casos:

- a) Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados.
- b) Cuando deban aportarse documentos y otros elementos de juicio necesarios y por su volumen o complejidad no puedan realizarse en los plazos establecidos...
- c) Cuando deban solicitarse informes preceptivos o que sean determinantes del contenido de la resolución a órganos de la Administración General del Estado o de otras Administraciones Públicas».

La inmediata consecuencia que se extrae de lo expuesto es que la única autoridad con competencia para acordar la suspensión por estos supuestos es el director general de la Guardia Civil, lo que obliga a todas las autoridades disciplinarias con competencia para iniciar y resolver expedientes por falta grave a acudir al mismo, para que acuerde la suspensión en estos casos, sin poderlo verificar de oficio.

Por último, tres Artículos más del texto legal disciplinario de la Guardia Civil van a incidir en materia de caducidad, en primer término, la combinación

⁴ Por Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la Estructura Orgánica Básica del Ministerio del Interior, se suprimió el mando único, creándose nuevamente la Dirección General de la Policía, y la de la Guardia Civil, sin perjuicio de las tareas de coordinación que desempeñe el secretario de Estado de Seguridad y el superior mando que le corresponde al ministro del Interior sobre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

de los Artículos 4⁵ y 21.⁴⁶ que determinan la interrupción de los plazos de tramitación cuando los hechos que se ventilan en un expediente disciplinario por falta grave o muy grave son a su vez objeto de un procedimiento penal, y en segundo lugar el Artículo 43.⁴⁷ de la misma norma, que en sede de disposiciones comunes a todos los procedimientos sancionadores, recoge la posibilidad de que el instructor pueda suspender motivadamente el cómputo de los plazos.

Nótese la diferencia inmediata que supone lo recogido en este último párrafo con los supuestos del Artículo 65, en aquellos solo puede suspender el plazo el director general de la Guardia Civil, en estos (los recogidos a pie de página), donde no se establece limitación nominativa será cualquier autoridad disciplinaria, y/o el instructor los que incidirán en materia de caducidad, suspendiendo plazos.

2.2. JURISPRUDENCIA DE LA SALA QUINTA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO

Evidentemente la introducción de una novedosa forma de extinción de un procedimiento disciplinario, iba a producir distintos pronunciamientos jurisdiccionales en función del desarrollo casuístico de los expedientes, y dar lugar a nueva jurisprudencia de la Sala Quinta, jurisprudencia que sin embargo estaba desarrollada y consolidada por parte de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, para la que el instituto de la caducidad no resultaba desconocido, procediendo, ahora en parte, la jurisprudencia castrense a adoptar los postulados de aquella.

2.2.a. Caducidad en las faltas leves

La primera incógnita que se planteó resulta evidente: el tan reiterado Artículo 65 se recoge dentro del Capítulo III del Título IV de la ley, «Procedimiento por faltas graves y muy graves», por lo que no resulta aplicable la caducidad al procedimiento por faltas leves, al menos de conformidad con la dicción legal. El procedimiento por falta leve regulado en los Artículos 50⁸ y 51 debe tramitarse en un plazo

⁵ Artículo 4 LORDGC: «La incoación de un procedimiento penal contra miembros de la Guardia Civil, no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva de dichos procedimientos sancionadores solo podrá producirse cuando la dictada en el ámbito penal sea firme, vinculando la declaración de hechos probados».

⁶ Artículo 21.4 LORDGC: «Los plazos de prescripción de las faltas graves y muy graves quedarán interrumpidos cuando cualquiera de los hechos integrantes de esas faltas o vinculados con ellas sean objeto de procedimiento judicial penal. Estos plazos volverán a correr cuando se adopte resolución firme por el órgano judicial competente».

⁷ Artículo 43.4 LORDGC: «El cómputo de los plazos se suspenderá por el instructor, mediante acuerdo motivado, por el tiempo imprescindible, cuando, por causa imputable al interesado, no sea posible la práctica dentro de los mismos de alguna diligencia precisa para la resolución de los procedimientos o la notificación de cualquier trámite».

⁸ Artículo 50.6 LORDGC: «La tramitación del procedimiento deberá completarse dentro del plazo de dos meses desde el acuerdo de inicio». Este Artículo 50 en sus apartados II y III (instructor

de dos meses y respecto del mismo señalar también que no resulta aplicable el Artículo 21.4, es decir, la tramitación de procedimiento penal no interrumpe su plazo de prescripción, pues bien, la consecuencia de la ausencia de caducidad era que se disponía para sancionar una falta leve de un plazo de más de 6 meses, al contar con 2 de instrucción pero no de caducidad (durante los que si se interrumpía el plazo de prescripción desde que se notificase el acuerdo de incoación)⁹ y 6 de prescripción¹⁰, es decir, existía mayor plazo para tramitar un procedimiento por falta leve que por falta grave o muy grave, constreñidos estos últimos a seis meses.

A esta situación puso fin el acuerdo de la Sala Quinta reunida en pleno no jurisdiccional celebrado el día 19-10-2010, en el que se adoptaron entre otros los siguientes acuerdos:

«Primero: La caducidad también surte efectos en el específico ámbito procedimental sancionatorio de las faltas leves del Artículo 9 de la Ley Orgánica 12/2007.

Segundo: La declaración de caducidad no implica la prescripción de la falta, ni impide el ulterior ejercicio de la acción disciplinaria en un nuevo procedimiento, siempre que la falta de que se trate no hubiera prescrito»¹¹.

Posteriormente las STS, Sala Quinta de fechas 20-12-2010 y 22-12-2010, desarrollaron las razones subyacentes a ese acuerdo, en primer lugar, haciendo referencia a jurisprudencia de la Sala Tercera, STS de fecha 27-02-2006, en cuanto que «la propia fijación de un plazo máximo para resolver... puede considerarse como una invocación implícita del instituto de la caducidad». En segundo lugar, el exorbitante aumento del plazo de prescripción que para las faltas leves se produjo con el cambio legislativo, pasando de dos meses (Ley Orgánica 11/1991) a 6 meses (Ley Orgánica 12/2007), que no tiene otra finalidad que la de posibilitar la apertura de un nuevo procedimiento sancionador, si se produjese la caducidad del primero. En tercer término, la aplicación supletoria del Artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y su remisión al Artículo 92.3 del mismo texto legal, y por último y más importante, como ya se expuso, el no hacer de peor condición al autor de una falta leve que al de una falta grave, ya que si se mantiene la postura contraria, se origina una disparidad no justificada de trato de situaciones sustancialmente iguales, merecedoras de una misma solución acorde con las garantías que para el administrado representa la obligación de la Administración de resolver los procedimientos sancionadores dentro de plazo.

del procedimiento) fue modificado por la disposición final quinta de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, LORDFAS.

⁹ Artículo 21.3 LORDGC: «La notificación al interesado del acuerdo de inicio de cualquier procedimiento disciplinario interrumpirá los plazos de prescripción...».

¹⁰ Artículo 21.1 LORDGC: «Las faltas muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses».

¹¹ En este sentido la STS, Sala Tercera, de 12-06-2003, fijó la doctrina legal en relación con los Artículos 44.2 y 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC, en el sentido de que la declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, Artículo 44.2, no extinguen la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndoles plenamente aplicable el Artículo 92.3.

2.2.b. El informe del Consejo Superior de la Guardia Civil

En la tramitación de los expedientes disciplinarios por falta muy grave, excepto en los que se deriven de condena penal, de conformidad con el Artículo 64.2 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre: «se deberá oír al Consejo Superior de la Guardia Civil», a la emisión de dicho informe, se refirió igualmente el citado acuerdo de la Sala Quinta del Tribunal Supremo reunida en pleno no jurisdiccional celebrado el día 19-10-2010:

«Quinto: En el supuesto previsto en el Artículo 65.2.c) de la Ley Orgánica 12/2007, sobre Suspensión del Plazo de Caducidad, el Consejo Superior de la Guardia Civil debe emitir su informe en tiempo prudencial y tanto este como el informe del Consejo de la Guardia Civil (ex. Art. 64.1) deberán ser motivados.

La duración del plazo máximo de suspensión por tiempo máximo legal de seis meses, ha de ser proporcionado a la dificultad objetivamente previsible del trámite a practicar».

Con arreglo a este acuerdo, ningún problema planteaba la suspensión del plazo de caducidad, como consecuencia de la emisión de este informe, y su encaje en el artículo 65.2.c, ahora bien, la cuestión a dilucidar era la determinación del momento inicial y final de la suspensión del plazo. En la práctica los instructores entendieron (entendimos) que el momento inicial podía ser el de la salida del procedimiento de la Unidad en la que se tramitaba el mismo, en petición del informe, y el día final, el de la recepción del procedimiento con el informe emitido. Sin embargo esta opción fue corregida por la jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, y así en sentencias de fechas 14-07-2010 y 28-04-2011, se estableció que el período de tiempo deducible es el que medie desde que el director general de la Guardia Civil firme acordando la necesidad de incorporar el citado informe, hasta que el instructor/a, reciba el procedimiento con el informe¹². Señalar que en las dos citadas sentencias y en otras¹³, se ha recalcado por el Tribunal Supremo la necesidad de que los citados informes sean motivados y no un mero formulismo estereotipado efectuado de conformidad con las propuestas de resolución que formulen los instructores.

2.2.c. La apertura de un nuevo expediente tras la caducidad

De lo hasta ahora expuesto, en concreto de la dicción y aplicación del Artículo 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y de las sentencias del Tribunal Supremo sobre caducidad en faltas leves, se deduce la pacífica posibilidad de iniciar por los mismos hechos un nuevo expediente disciplinario, tras la caducidad

¹² Esta solución dio lugar a la caducidad de no pocos expedientes disciplinarios, ya que al exiguo plazo de tramitación de seis meses, se unía ahora la necesidad impuesta de no descontar el tiempo transcurrido desde que se elevaba el expediente en petición de informe, hasta que el director general firmaba la necesidad de incorporar el informe.

¹³ STS, Sala Quinta, de fecha 22-02-2011.

de uno anterior, mientras la infracción no haya prescrito, teniendo en cuenta que el procedimiento caducado no interrumpió la prescripción y que el hecho que la interrumpirá, será la notificación al interesado de la orden de incoación del nuevo expediente, es decir, cabe que se dicte una orden de incoación y que la infracción no esté prescrita, y que sin embargo haya prescrito cuando se vaya a notificar la misma¹⁴.

La principal cuestión que se planteó, dando lugar en un principio a soluciones dispares en la práctica, fue la de determinar qué se podía llevar del expediente caducado al nuevo, cuya solución dependía de que se optase por una u otra de las dos posturas expuestas a continuación:

- A) Razones de economía procedimental, el principio de conservación de los actos administrativos, y el de economía procesal que debe regir toda actuación administrativa, postularían a favor de «trasladar» al nuevo procedimiento el acervo probatorio del procedimiento caducado.
- B) Por el contrario, posiciones arraigadas en la idea de que la caducidad opera como un reproche a la Administración, que no pudo o no supo notificar en plazo la resolución administrativa, llevan a la imposibilidad de utilizar en un posterior y eventual nuevo procedimiento, el material probatorio del primero.

Sin embargo, la cuestión se encuentra resuelta desde hace tiempo por la jurisprudencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, STS de fechas 1-10-2001 y 24-02-2004, que recogen una doctrina, que resumiremos a continuación, y que ha sido a su vez acogida de manera íntegra por la Sala Quinta, en sus sentencias, entre otras, de fechas 19-07-21013 y 28-06-2013, sentando prima facie, que el expediente que se inicia tras el caducado es un expediente nuevo, con su propio plazo de tramitación, no es una reproducción del anterior y no se trata de fotocopiar actuaciones del anterior e incorporarlas, ello supondría tramitar unos expedientes «exprés» incurriendo en un fraude procedimental.

Se resume la doctrina jurisprudencial en las siguientes pautas:

- 1) El acuerdo de iniciar el nuevo expediente disciplinario puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de parte militar o denuncia, determinaron la incoación del expediente caducado.
- 2) Que no cabe que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, es decir, las documentadas a raíz de su incoación, porque entonces no se estaría cumpliendo el mandato legal de archivo del expediente caducado.

¹⁴ Ver nota 9.

El ya citado en dos ocasiones acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Quinta de fecha 19-10-2010, recogió en su apartado III: «La declaración de caducidad determina que el plazo de caducidad de la falta se compute desde que se produjo el hecho que motivó la incoación del procedimiento. La notificación de la incoación en su caso, de un segundo o ulterior procedimiento para la sanción del mismo hecho dará lugar a la interrupción del plazo prescriptivo, y así sucesivamente mientras perviva la acción disciplinaria».

- 3) Que en el nuevo expediente sí podrían surtir efectos, si se decide su incorporación con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, entendiéndose por tales aquellos que no se han generado o surgido dentro del expediente, pero que se han incorporado al mismo.
- 4) Que cabe que en el nuevo expediente se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de la infracción.
- 5) Que por excepción podrían surtir efecto en el nuevo procedimiento todas aquellas partes del expediente caducado cuya incorporación solicitase el expedientado, ya que si aceptamos que la caducidad es un retraso no imputable al administrado, no puede desplegar sus efectos en contra del mismo.
- 6) Será al acordar la incoación del nuevo procedimiento sancionador cuando deberá expresarse cuáles son las actuaciones que, con valor de denuncia, dan cobertura a ese acuerdo de incoación, y será durante la tramitación del nuevo procedimiento sancionador cuando deberá decidirse que cabe incorporar al nuevo procedimiento de lo que obre en el expediente caducado.
- 7) La conformidad a derecho, o no, de todo lo actuado en el nuevo procedimiento sancionador será enjuiciable, si llega el caso, en el recurso jurisdiccional que se interponga contra la resolución que le ponga fin.

En todos aquellos supuestos de expedientes disciplinarios de la Guardia Civil en los que se procedió a incorporar prueba del expediente caducado, que no se practicó de nuevo en el expediente subsiguiente, por ejemplo, la falta de ratificación del parte disciplinario, la falta de ratificación de una prueba alcoholimétrica (que documentalmente figuran en el nuevo expediente), la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo entendió que se produce una orfandad probatoria, y que en consecuencia no se puede imponer una sanción debido a esa falta de acervo probatorio, sin que quede desvirtuada la presunción de inocencia (STS, Sala Quinta, de fechas 19-07-2014 y 13-10-2014).

2.2.d. La apreciación de la caducidad y responsabilidad patrimonial

Siendo múltiples las cuestiones que podrían plantearse, por ejemplo, en materia de cómputo de plazos, interacción con un recurso de alzada que ordenase una eventual retroacción de actuaciones, nos parece interesante referir como debe apreciarse la caducidad en vía administrativa y si una eventual falta de apreciación podría generar algún tipo de responsabilidad administrativa, cuestiones que parecen bastante conexas.

En relación a la primera, podría pensarse que la caducidad debe estimarse necesariamente de oficio, siendo la consecuencia del dictado de una resolución administrativa extemporánea, respecto a un plazo máximo para resolver y notificar de forma expresa, establecido por el legislador en garantía de los ad-

ministrados, en este sentido, transcurrido el plazo máximo, una resolución que no se limitase a declarar la caducidad, ordenando el archivo de las actuaciones, entrando a resolver el fondo del asunto, incurriría en vicio de nulidad de pleno derecho pues el procedimiento sería inexistente¹⁵. Y distintos pronunciamientos jurisdiccionales reiteradamente han advertido que el cumplimiento riguroso de los plazos, y específicamente la declaración de caducidad, son cuestiones de orden público procedimental y procesal¹⁶, expresión del principio de seguridad jurídica, que pueden ser examinados de oficio. A la misma conclusión llegaríamos a la vista del Artículo 44.2 de la LRJAP y PAC que utiliza la forma verbal imperativa: «... se producirá la caducidad... la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones...», sin que en ningún momento se condicione la producción de los efectos legales a una posible solicitud del interesado, es más, podría entenderse que para evitar cualquier posible equívoco, la redacción actual de la ley no incluye la mención a que la caducidad podrá declararse «a solicitud de cualquier interesado o de oficio», que sí se contenía en el artículo 43.4 de la redacción originaria de la LRJAP y PAC, ahora bien, evidentemente nada impide que la caducidad pueda ser alegada o instada por los interesados en un expediente disciplinario¹⁷.

Frente a esto, la Sala Quinta en pronunciamiento de fecha 29-06-2011 y reafirmado en STS de fecha 12-06-2015, señaló:

«... Es equivocado afirmar que nos encontramos ante una cuestión de orden público (la caducidad), que puede ser apreciada sin precisar que sea alegada por las partes.

Aunque son instituciones que se refieren a la inactividad de la Administración y ambas, tanto prescripción como caducidad, atienden a criterios de seguridad jurídica para limitar el tiempo que la Administración (en este caso la Administración Militar) tiene para ejecutar su “ius puniendi”, existen entre ellas grandes diferencias, a las que nos referimos brevemente. La principal diferencia estriba en la incidencia que sobre el citado “ius puniendi” tiene una y otra institución. Mientras que la prescripción imposibilita definitivamente que pueda perseguirse y sancionarse una falta disciplinaria o, en su caso, impide que pueda ejecutarse la sanción impuesta, la caducidad del procedimiento disciplinario sancionador no impide que vuelva reiniciarse la persecución del ilícito disciplinario, siendo posible iniciar un nuevo procedimiento siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción. La prescripción conlleva efectos de cosa juzgada, en tanto que la caducidad, al haber dejado imprejuzgada la cuestión

¹⁵ Artículo 62.1.d de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC: «Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido...».

¹⁶ STMT 1-12-2010: «Entiende la Sala que el tratamiento de la caducidad, de modo semejante a cuanto se predica de la prescripción, es materia de orden público, esto es, que debe ser abordada por el órgano jurisdiccional revisor sin precisar que sea alegada por las partes intervinientes en el procedimiento...».

¹⁷ Tábara Carbajo, Z., 2008, *Nueva Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*. pág. 338.

de fondo, permite abrir un nuevo procedimiento disciplinario sin vulnerar, por ello el *ne bis in idem*.

Por lo que se refiere a la apreciación de oficio, solo se admite de manera pacífica, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que la prescripción en materia sancionadora sea apreciable de oficio, ya sea en instancia administrativa como judicial. La Administración tiene la obligación de aplicar la prescripción en cualquier fase del procedimiento, sin necesidad de que la invoque el interesado. Del mismo modo, en sede judicial, la prescripción es igualmente apreciable de oficio ya sea en el Tribunal de instancia o en casación.

En sede judicial, aun cuando no haya sido alegada, y por tanto no haya sido objeto de debate, su apreciación por el Tribunal no quebranta las reglas de la congruencia de la resolución judicial, ni el principio de contradicción (...). Entender lo contrario, cuando se aplica de este modo en el ámbito del derecho penal, sería mantener una situación que atenta a la seguridad jurídica dando lugar a la incoherencia de ser más exigente en el campo del derecho disciplinario sancionador que en el ámbito penal cuando precisamente en aquella parcela el reproche es menor.

Por estas consideraciones, la Sala entiende que la caducidad solo puede apreciarse a instancia de parte. Apreciable únicamente en términos de «justicia rogada» ya que al no impedir su apreciación la incoación de un nuevo procedimiento sancionador no puede sostenerse que necesariamente beneficie al expedientado, antes al contrario pudiera perjudicarle la incoación de otro procedimiento disciplinario que la Administración inicie cuidando de depurar y no incurrir en posibles vicios jurídicos que, a juicio del expedientado, pudieran existir en el procedimiento que se declara caducado».

En estrecha conexión con lo anterior se encuentra la posibilidad de apreciar una responsabilidad patrimonial¹⁸ en aquellos casos en los que no se aplique de oficio o a instancia de parte el instituto de la caducidad por la Administración, exigiendo la jurisprudencia¹⁹ para que nazca dicha responsabilidad, que resultan precisos una actividad administrativa (por acción u omisión –material o jurídica–), un resultado dañoso no justificado, y una relación de causa-efecto entre aquella y esta, incumbiendo su prueba al que reclama. Pues bien, en la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 08-07-2015, recaída en recurso contencioso-administrativo contra desestimación de responsabilidad patrimonial, formulada por un Guardia Civil al que le fue anulada en vía de recurso de casación por la Sala Quinta, una sanción de suspensión de empleo impuesta en vía disciplinaria, resultó favorable al *petitum* indemnizatorio del recurrente, estableciendo en su FJ5:

¹⁸ Artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración».

¹⁹ STS, Sala Tercera, de fechas 15-12-1986, 29-05-1987 y 14-09-1989.

«... La actuación administrativa, si bien no puede calificarse como de arbitraria, al responder la incoación del expediente sancionador a una conducta del recurrente, en principio, sancionable, sin embargo, la actuación administrativa en relación con la tramitación y finalización del expediente fue totalmente irresponsable al no declarar la “caducidad” del expediente, cuya apreciación no dependía de una compleja interpretación normativa, sino de la objetividad de unos datos que se desprenden del iter temporal del expediente administrativo, de forma que partiendo de la fecha de inicio del expediente sancionador y de la fecha de notificación de la resolución, se aprecia dicha caducidad, y más cuando el propio recurrente invocó dicho impedimento procedimental. En este sentido, no tenía obligación de soportar esa anómala actuación administrativa...».

En conclusión, la no apreciación a instancia de parte de la caducidad, puede generar responsabilidad patrimonial para la Administración, aunque del pronunciamiento de la Audiencia Nacional, parece desprenderse la posibilidad de apreciar responsabilidad, aun cuando no se instase por el interesado la declaración de caducidad.

En cualquier caso, resulta necesario tener en cuenta que los pronunciamientos jurisdiccionales citados del Tribunal Supremo se refieren, principalmente, a la apreciación de la caducidad en el ámbito jurisdiccional posterior al agotamiento de la vía administrativa, mientras que la sentencia de la Audiencia Nacional sitúa su planteamiento, más bien, en la etapa disciplinaria previa.

Entiende quien suscribe que una de las decisiones, en las que no debería caerse en automatismos, es la de decidir, tras la apreciación de la caducidad de un expediente (apreciada administrativa o jurisdiccionalmente) la eventual apertura (o no) de uno posterior, en este sentido, quizás el inicio (que no resulta obligado) solo cuando resulte estrictamente necesario relativizaría todo lo que se está exponiendo, por lo demás, creemos que en la resolución de un eventual y posterior expediente abierto tras uno caducado, debería valorarse como atenuante a la hora de individualizar la sanción, la existencia de aquella previa caducidad, aunque solo sea por la «pena de banquillo disciplinario».

2.2.e. Abstención, recusación y caducidad

Contempla la LORDGC en sus Artículos 50.2 y 53 la posibilidad de recusar a quienes intervengan en un procedimiento disciplinario como instructor o secretario, pero sin hacer ninguna prevención en cuanto a su tramitación, por lo que nuevamente por vía de supletoriedad regirán las previsiones de la Ley 30/1992, de RJAP y PAC, institutos los de la abstención y recusación que inciden en materia de tramitación del procedimiento y por ello en la caducidad. Así resulta del Artículo 77²⁰ de este último texto legal, que debemos poner en conexión con lo

²⁰ Artículo 77 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC: «Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, salvo la recusación».

recogido en el Artículo 29²¹ de la misma ley, que recoge la tramitación práctica de la recusación, cifrándose a partir de aquí la cuestión en determinar cómo opera y cuál es en la práctica el plazo de suspensión, ante la tentación para cualquier instructor de suspender el plazo de tramitación, desde que se plantea la recusación hasta que se resuelva la cuestión por la autoridad disciplinaria competente, problemática que abordada en distintos pronunciamientos de la Sala Quinta, ofrece un resultado bien distinto al del planteamiento expuesto, pudiendo citar la STS de fecha 28-02-2014, FJ5 en la que se concluye que la posibilidad de suspensión del plazo de caducidad lo será por un máximo de trece días, que resulta de combinar lo recogido en el Artículo 29 de la Ley 30/1992, RJAP y PAC con lo preceptuado en el Artículo 83.2²² de la misma norma, en el sentido de conceder un plazo de tres días para resolver la recusación y un máximo de otros diez días para recibir los informes y comprobaciones en el caso de que la autoridad disciplinaria considere que son necesarios alguna clase de estos para poder resolver, pero sin que ninguno de estos dos plazos pueda acrecer al otro, es decir, que si por ejemplo se recibe el informe solicitado en el plazo de cuatro días, termina este plazo y se inicia el de tres días para resolver, lo que arroja una suspensión por término de siete días, plazo exiguo si existe separación física entre el lugar en que el instructor tiene su sede y aquel otro en el que se encuentra la autoridad disciplinaria, y que habitualmente se agotará con el solo envío postal de las actuaciones y los oportunos traslados intermedios de las mismas, ya que consideramos que en muchos casos será necesario el envío completo de las actuaciones para que el competente pueda decidir correctamente acerca de si concurre o no la causa de recusación alegada, y en caso positivo, decidir qué actuaciones podrían estar viciadas.

Por último señalar que en este pronunciamiento judicial, entiende el Alto Tribunal que la suspensión del cómputo del plazo de tramitación opera por acuerdo del instructor vía Artículo 43.4 de la LORDGC²³, lo que en principio no resultaría adecuado, ya que no parece que el planteamiento de una posible causa de recusación sea una cuestión imputable al interesado que impida que avance el procedimiento, sino más bien, el ejercicio de un derecho legítimo que le asiste, existiendo algún otro pronunciamiento judicial que aboga a favor de que la suspensión se produce *ope legis*, vía Artículo 77 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sin necesidad de acuerdo del instructor, solución que se compadece mejor con la argumentación expuesta de entender que la recusación no es uno de los supuestos que contempla el Artículo 43.4, como también por el hecho de ajustarse más al sentido de la supletoriedad de la Ley 30/1992, de RJAP y PAC, que no hace

²¹ Artículo 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC:

29.2: «La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en las que se funda».

29.3: «En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, el superior podrá acordar su sustitución acto seguido».

29.4: «Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que estime oportunas».

²² Artículo 83.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP Y PAC: «Los informes serán evacuados en el plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor».

²³ Ver nota 7.

referencia a la necesidad de ningún acuerdo, y en su caso, de mantener la primera postura, la aplicación del Artículo 77 de la misma norma queda supeditada a la posible adopción de un acuerdo por el instructor, que no se prevé en este Artículo. Atestiguando lo expuesto la STS, Sala Quinta, de fecha 22-01-2013, FJ2:

«El instructor del expediente hizo uso de la facultad contenida en el Artículo 43.4 de la Ley Orgánica 12/2007, para un caso y una finalidad distinta de lo previsto en la norma, porque como acertadamente se recoge en la sentencia recurrida, ni se trata de una situación en la que no sea posible cumplir los plazos previstos con carácter ordinario, como sucede cuando el expedientado no se encuentra disponible o localizable y con mayor motivo cuando se sustrae a la actuación instructora; ni el ejercicio del derecho a recusar puede considerarse que sea causa imputable al expedientado».

FJ3: «... El planteamiento de la recusación, ciertamente, produce aquel efecto suspensivo por disponerlo así el Artículo 77 de la Ley 30/1992, cuya aplicación supletoria no se cuestiona...».

III. LA CADUCIDAD EN LA LEY ORGÁNICA 8/2014, DE 4 DE DICIEMBRE, DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS

Ya hemos referido que la vigente LORDFAS nombra el instituto de la caducidad en su preámbulo: «... Innovación relevante es la incorporación de la declaración de caducidad por vencimiento del plazo, instituto excluido antes del procedimiento disciplinario de las Fuerzas Armadas e incluido en el Régimen Disciplinario de la Guardia Civil...» añadiendo además a continuación en el propio preámbulo, el compendio de efectos que produce su apreciación, resumen de lo prevenido en los Artículos 44.2 y 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC: «... que se regula disponiendo el archivo de las actuaciones sin producir la prescripción de la falta y sin que el procedimiento caducado interrumpa la prescripción, conforme a las normas generales del procedimiento administrativo común».

Pues bien, la regulación de la caducidad, únicamente en el procedimiento para las faltas graves y muy graves, al igual que en el ámbito disciplinario de la Guardia Civil, se recoge en el Artículo 48.4 y 48.5 de la LORDFAS, que transcribimos a continuación, para luego exponer las consecuencias de su regulación, por comparación con la LORDGC, lo que supone un adelanto parcial de las conclusiones que se pueden alcanzar en el presente trabajo:

«48.4: El plazo máximo en el que debe tramitarse el procedimiento y notificarse al interesado la resolución adoptada en el procedimiento es de un año, cuyo cómputo quedará automáticamente suspendido en los siguientes casos:

- a) Cuando se produzca la paralización del procedimiento o no sea posible la práctica de algún acto procesal por causa imputable al expedientado.

- b) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias o la aportación de documentos u otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o en su defecto, por el transcurso del plazo concedido.
- c) Cuando deban solicitarse informes preceptivos o que sean determinantes del contenido de la resolución a un órgano de cualquier Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse al expedientado y la recepción del informe, que igualmente deberá serle comunicada. Esta suspensión no podrá exceder de tres meses.
- d) Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios propuestos por los expedientados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al procedimiento. Esta suspensión no podrá exceder de tres meses.

48.5: El vencimiento del plazo máximo de tramitación, una vez descontados los períodos de suspensión, sin que se haya dictado y notificado la resolución al expedientado producirá la caducidad del procedimiento. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones.

La caducidad no producirá por si sola la prescripción de la falta, pero el procedimiento caducado no interrumpirá la prescripción».

En primer lugar, llama poderosamente la atención este Artículo 48.5, copia casi literal de los 44.2 y 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que sin embargo no se recogen en la LORDGC, aunque la aplicación de los mismos por vía de la supletoriedad no plantea ningún inconveniente en ninguna de las dos leyes disciplinarias, como ya expusimos en la introducción del presente.

En segundo término, de la simple lectura del Artículo 48 se desprende que en el mismo se ha puesto fin a muchos de los problemas que plantea la caducidad en el ámbito del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, siendo el primero el de haber fijado esta, a nuestro entender, un plazo de caducidad excesivamente exiguo, de 6 meses, que ahora se duplica y fija en 12 meses, lo que produce consecuencias que en principio pudieran entenderse perjudiciales para los interesados sometidos a expediente disciplinario, ya que la Administración dispone del doble de tiempo para adoptar y notificar al interesado una resolución sancionadora, sin embargo, en sentido contrario, se podría argumentar que la caducidad de un expediente disciplinario no impide la apertura de otros sucesivos, por lo que cabe plantearse que podría suponer más sacrificios para el expedientado, si un único expediente a tramitar en doce meses, o la eventualidad de varios procedimientos de seis meses, mientras no haya prescrito la falta²⁴.

²⁴ En este sentido la citada STS, Sala Quinta, de fecha 22-12-2010, contiene un voto particular que recogió: «Efectivamente, lo que en principio pudiera parecer una garantía para el administrado, por la esencia y efectos de la caducidad, puede transformarse en una clara posición de preeminencia procesal de la Administración frente al administrado, puesto que, el exartículo 92.3... la Administración puede

Siendo esta la principal novedad, se desprende, en tercer lugar, de la nueva regulación, su relativa simplicidad frente a la alambicada construcción de su predecesora, y que se puede resumir en los siguientes aspectos:

La LORDGC, establece en su Artículo 65 que únicamente el director general de la Guardia Civil puede suspender el plazo de caducidad en los supuestos que allí contempla, y en su Artículo 43.4, establece que pueda el instructor suspender el cómputo de los plazos²⁵ por causas que siendo imputables al interesado impidan el normal desarrollo del procedimiento, y la LORDFAS en su Artículo 48.4 unifica todos esos supuestos, sin además pronunciarse respecto a si debe ser la autoridad disciplinaria o el instructor el que deba apreciar la suspensión del cómputo de los plazos, fórmula que entendemos, por abierta, que simplifica y amplifica la aplicación práctica de las posibilidades de suspensión del cómputo de los plazos de tramitación, pero sobre todo porque determina taxativamente el Artículo 48.4 que: «... el cómputo quedará automáticamente suspendido en los siguientes casos». Esta sencilla redacción supone que en el caso de que el procedimiento no avance porque por causa imputable al interesado no sea posible la práctica del algún acto procesal, se pueda apreciar ese descuento del cómputo, por ejemplo, en el correspondiente preceptivo informe del asesor jurídico²⁶, es decir, en el momento previo a la resolución, sin embargo esta posibilidad está vetada en el ámbito del Régimen Disciplinario de la Benemérita, donde es preceptivo acuerdo motivado del instructor, en virtud del Artículo 43, de tal forma que si no se adopta el acuerdo, aun cuando concurriese causa de suspensión, por ejemplo, por ilocalización del interesado, no puede descontarse el tiempo al no prever la suspensión automática.

Hemos expuesto los pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala Quinta en relación al informe del Consejo Superior de la Guardia Civil en los expedientes tramitados por faltas muy graves, siendo uno de los supuestos que encuentran su encaje en el Artículo 65.c) de la Ley Orgánica 12/2007, LORDGC, informe preceptivo, y donde se ha interpretado, jurisprudencialmente, que el momento inicial de suspensión del plazo de tramitación, se producirá cuando el director general firme la necesidad de recabar el informe, y el momento final será aquel en que el instructor reciba el procedimiento junto con el informe emitido. Nuevamente la LORDFAS supera en sencillez a la LORDGC al disponer que la suspensión se produce (por supuesto también automáticamente) por el tiempo que medie entre la petición del informe y la recepción del mismo, lo que implica que se suspende el cómputo el mismo día en que se acuerde y solicite la petición de informe²⁷ a diferencia de la LORDGC ya que en esta no interrumpe el cómputo; el lapso de tiempo que transcurre desde que se peticiona el informe hasta el momento en que

ordenar la apertura de sucesivos expedientes disciplinarios hasta agotar el plazo de prescripción, y lo que puede ser saludable para los procedimientos sancionadores en general, puede llegar a no serlo tanto en los procedimientos disciplinarios en particular».

²⁵ En consonancia con lo recogido en el Artículo 44.2, in fine, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

²⁶ Artículo 58 de la LORDFAS.

²⁷ Por ejemplo, el Artículo 58.5 de la LORDFAS dispone: «Previamente a la imposición de la sanción de separación del servicio, será preceptivo oír al Consejo o Junta Superior correspondiente».

el Director General de la Guardia Civil acuerda la necesidad de pedir el informe de que se trate²⁸.

Destaca como novedad que el plazo de suspensión, en los supuestos de petición de informes, pruebas técnicas o análisis contradictorios, se establece como máximo en tres meses en la LORDFAS frente a los seis que recoge la LORDGC, en el entendimiento de que dicho plazo de tres meses es suficiente y razonable. En este sentido el acuerdo de la Sala Quinta del pleno no jurisdiccional de fecha 19-10-2010, en relación al informe del Consejo Superior de la Guardia Civil en los expedientes tramitados conforme a la LORDGC ya estableció que la duración del plazo máximo de suspensión por el tiempo de seis meses, «ha de ser proporcionado a la dificultad objetivamente previsible del trámite a realizar».

Mención especial merece el nuevo supuesto, que introduce la LORDFAS, al establecer la suspensión del cómputo «cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias o la aportación de documentos por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario o, en su defecto, por el transcurso del plazo establecido». La LORDFAS acoge reiteradamente el término «interesado», al igual que la LORDGC para referirse al expedientado, sin embargo este novedoso supuesto de suspensión parece referirse necesariamente a terceros, distintos del expedientado, ya que si el interesado es el mismo expedientado, se podría acudir a la primera causa de suspensión que prevé el Artículo: «Paralización por causa imputable al interesado», por tanto la conclusión es que se trata de otros interesados²⁹. En relación con este supuesto se encuentra el que se contempla en el Artículo 65.2.b de la LORDGC³⁰, que es distinto y quizás podría haber sido aconsejable su recepción en la LORDFAS, ya que si el instructor acordase de oficio aportar al procedimiento determinadas actuaciones que deben solicitarse a otra Administración, o incluso judiciales, con arreglo a la LORDFAS no podría suspender el plazo de tramitación, supuesto que sí se permite con la LORDGC.

3.1. LA CADUCIDAD EN LAS FALTAS LEVES

La LORDFAS no contempla la caducidad en las faltas leves, planteándose a renglón seguido si el Tribunal Supremo, al igual que ha hecho con las faltas leves en el ámbito de la LORDGC, determinará que es aplicable el instituto de la caducidad a las mismas, solución que en principio no sería necesario adoptar

²⁸ El Artículo 64 de la LORDGC: Disposiciones complementarias en la tramitación de determinados expedientes, además del informe del Consejo Superior de la Guardia Civil, ya mentado y prevenido en su apartado II, recoge en el número 1: «En todos los expedientes disciplinarios instruidos por faltas graves o muy graves a miembros del Consejo de la Guardia Civil será preceptivo interesar la emisión de informe, no vinculante, de dicho Consejo, que se incorporará a las actuaciones. Dicho informe deberá ser remitido en el plazo de diez días».

²⁹ El Artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC establece quienes se consideran interesados en un procedimiento administrativo.

³⁰ «Cuando deban aportarse documentos y otros elementos de juicio necesarios y por su volumen o complejidad no puedan realizarse razonablemente en los plazos establecidos».

para las faltas leves, ya que la propia LORDFAS no recoge³¹ ni siquiera un plazo máximo de tramitación, lo que a su vez trae causa de la configuración del régimen de prescripción de las faltas disciplinarias en el régimen de las FAS³², donde no está prevista la posibilidad de interrupción del plazo de prescripción para las faltas leves, como consecuencia de la incoación del procedimiento disciplinario para depurarlas, de ahí que fijado el plazo de prescripción en dos meses, que empieza a correr el día de su comisión, el plazo de tramitación siempre deba ser inferior a los dos meses, y transcurrido el mismo desde su comisión, prescribe la falta con independencia de que se esté o no investigando, por ello tampoco resulta justificada la aplicación del mecanismo de la caducidad, ya que más seguridad jurídica que el instituto de la caducidad, ofrece en sí misma la imposibilidad de interrumpir el plazo de prescripción.

CONCLUSIONES

I. El Régimen Disciplinario Militar tradicionalmente ajeno al instituto de la caducidad, ha procedido a acogerla en su normativa, otorgándole los mismos efectos que en el procedimiento administrativo sancionador en general, de conformidad con el articulado de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC, por otro lado de aplicación supletoria en dicho ámbito disciplinario.

II. En un primer momento lo hizo la LORDGC, cuya aplicación con el devenir del tiempo ha dado lugar a una consolidada jurisprudencia de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, que acoge en sus postulados la emanada de la Sala Tercera, a propósito de la caducidad en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador o de intervención, destacando sobremanera que la jurisprudencia haya determinado la aplicación de la caducidad para las faltas leves, cuando dicha posibilidad no venía, ni viene, prevista normativamente.

III. La reciente LORDFAS regula la caducidad superando las deficiencias o dificultades que en la aplicación práctica de la LORDGC se han producido, y tomando buena nota de la interpretación jurisprudencial de la misma, llegando a soluciones satisfactorias de los problemas que a nivel práctico se producen, pudiendo destacar principalmente:

- a. El establecimiento de un plazo de caducidad de un año para las faltas graves y muy graves, frente al exiguo de seis meses en la LORDGC, plazo anual más acorde con la frecuente complejidad de unos procedimientos disciplinarios y la organización territorial y periférica de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil, que muchas veces (principal-

³¹ Artículos 46 y 47 de la LORDFAS.

³² Artículo 24 LORDFAS:

«1. Las faltas leves prescribirán a los dos meses, las graves a los dos años y las muy graves a los tres años. Estos plazos comenzarán a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido...

2. En las faltas graves y muy graves, la prescripción se interrumpirá desde que se hubiera notificado al presunto responsable el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 48.5 sobre caducidad».

mente en el ámbito de las faltas muy graves) supone un alejamiento físico importante entre la autoridad disciplinaria y el instructor, invirtiéndose mucho tiempo en los traslados de las actuaciones.

- b. La unificación en un solo Artículo de la aplicación del instituto de la caducidad, o por mejor decir, la unificación en un precepto de las principales cuestiones que inciden en la misma.
- c. La regulación brillante de las causas de suspensión de los plazos de tramitación al establecer que las mismas se producirán automáticamente (prescindiendo de que se adopte acuerdo al respecto) y sin referirse tampoco a quien debe ser el competente para apreciar dicha suspensión.

IV. Entendemos que la jurisprudencia elaborada por la Sala Quinta en aplicación de la LORDGC respecto a la apertura de sucesivos expedientes tras la caducidad del primero resultará plenamente aplicable a la LORDFAS, así como los efectos que el planteamiento de la abstención y recusación pueden suponer en materia de caducidad, y también la posibilidad de que surja responsabilidad patrimonial en el ámbito de las Fuerzas Armadas frente a los sancionados, por no apreciar la caducidad cuando proceda, y sobre todo, siempre que previamente hubiese sido invocada.

V. Finalmente, pudiera haberse aprovechado la entrada en vigor de la LORDFAS que en su disposición final quinta, varió otros aspectos de la LORDGC, para modificar la misma en materia de caducidad, de conformidad con las conclusiones alcanzadas en la conclusión III, o por lo menos en los dos aspectos que pudieran ser más relevantes: elevando el plazo de caducidad de tramitación de los expedientes por falta grave y muy grave de seis meses a un año e introduciendo, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Quinta, que el plazo de tramitación de los expedientes por falta leve lo es también de caducidad en el ámbito de la Guardia Civil.

BIBLIOGRAFÍA

Agúndez Fernández, A. y Fernández Valverde, R., 2010. *Las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común*, pág. 457 y ss.

González Pérez, J. y González Navarro, F., 2004. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Thomson, pág. 2231.

Nicolás Marchal Escalona, A.; (varios autores), 2008. *Manual de derecho disciplinario de la Guardia Civil*. Thomson, Aranzadi.

Pérez Martín, JL., (Tesis doctoral) 2011. *El Régimen Disciplinario de la Guardia Civil*. Salamanca, pág. 391.

Tábara Carbajo, Z., 2008. *Nueva Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, pág. 334 y ss.

NOTICIAS DE LA ESCUELA MILITAR DE ESTUDIOS JURÍDICOS

1. ASISTENCIA CONFERENCIA SECCIÓN MILITAR DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

El pasado día 21 de enero de 2016, y en la sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sección de derecho militar, la Ilma. Sra. Dña. Cristina Amich Elias, capitán auditor, con destino en la Asesoría Jurídica del Estado Mayor de la Defensa y doctora en Derecho, impartió la conferencia: «El marco jurídico nacional e internacional de las operaciones militares en el ciberespacio: limitaciones y dificultades de actuación de los Estados en tiempos de paz y de conflicto armado».

La conferencia fue presidida por el presidente de la sección militar, general consejero togado D. José Luis Poyato Ariza y por el asesor jurídico general D. Juan Manuel García Labajo, asistiendo un nutrido grupo de miembros del Cuerpo Jurídico Militar y los alféreces alumnos del Curso de Formación de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.

2. ENTREGA DE DIPLOMAS DE ESPECIALIZACIÓN

El pasado 25 de febrero de 2016, en el salón de actos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, y bajo la presidencia del vicealmirante director de la Academia Central de la Defensa y del asesor jurídico general, tuvo lugar el solemne acto de entrega de los diplomas especialidad a los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, que habían superado los cursos convocados en el año 2014 y concluidos en el 2015.

Como en ocasiones precedentes, el acto se desarrolló en la Academia Central de la Defensa (Escuela Militar de Estudios Jurídicos) y tuvo un contenido estrictamente académico. Además de los diplomados, miembros de los tribunales y conferenciantes, asistieron al acto el auditor presidente del Tribunal Militar Central, el vicesecretario general técnico del Ministerio de Defensa y otras autoridades del Cuerpo Jurídico, así como los directores de otras escuelas militares de formación y de perfeccionamiento, numerosos miembros del Cuerpo Jurídico Militar y los alféreces alumnos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.

El coronel auditor director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, tras la alocución del más antiguo de los diplomados, teniente coronel auditor D. José Antonio Palau y Cuevas, pronunció unas palabras recordando la historia, prestigio y alto nivel de exigencia requerido para la superación de los cursos de especialización y significando la trascendencia que, a la luz de la nueva Ley de la Carrera Militar, pueden revestir los diplomas, dada la necesidad de obtener, en los términos en que, reglamentariamente, se establezca, una especialidad para poder obtener el ascenso al empleo de teniente coronel auditor.

Los nuevos diplomados, reconocidos como tales por las pertinentes Resoluciones, publicadas en el *Boletín Oficial del Ministerio de Defensa*, fueron los siguientes oficiales, con indicación del título del trabajo académico de investigación jurídica por cada uno de ellos elaborado:

En derecho administrativo militar

| | |
|--------------------------|--|
| Teniente coronel auditor | D. José Antonio Palau y Cuevas |
| Comandante auditor | D ^a . María de los Angeles Hernández Micó |
| Comandante auditor | D ^a . Amalia Martínez Amate |
| Capitán auditor | D. Santiago Parados Prados |

En derecho penal militar

| | |
|--------------------|---|
| Comandante auditor | D ^a . María del Lluch Pérez-Lucerga y Ribelles |
| Comandante auditor | D ^a . María del Pilar Prieto de las Heras |
| Comandante auditor | D ^a . María del Pilar Gómez Serrano |
| Comandante auditor | D ^a . María José García Díaz |

Y, en derecho internacional militar

| | |
|-----------------|---------------------------|
| Capitán auditor | D. Pedro del Rosal García |
|-----------------|---------------------------|

Asimismo, obtuvieron la convalidación las siguientes tesis doctorales:

Por la especialidad de derecho penal militar:

La tesis doctoral del capitán D. Abraham Martínez Alcañiz: *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*;

Y la tesis doctoral presentada por el capitán auditor D. Isidro Fernández García: *El ejercicio de los derechos fundamentales por los militares*.

Todos los trabajos mencionados se encuentran depositados, y a su disposición, en la Biblioteca de la EMEJ.

3. INGRESO DE NUEVOS ALFÉRECES AUDITORES ALUMNOS (PROMOCIÓN 2015-2016)

Tras superar el concurso oposición y la fase de formación militar básica, el pasado día 10 de enero de 2016 se incorporaron a la Academia Central de la

Defensa (Escuela Militar de Estudios Jurídicos), para la realización del período de formación militar específica, así como el de formación militar técnica, los alféreces alumnos del Cuerpo Jurídico Militar:

D. Pablo Moya Aznárez, D^a. Cecilia Sánchez-Trincado Mejías, D. Juan Jesús Haro Peralta, D^a. Beatriz Garrigues Garrido, D. Ignacio Losada Sanjuán, D^a. Paloma Parente Esteban, D. Luis Manuel de las Heras Lombilla, D^a. Lara Raquel Novis Rojo, D. Pablo López Andrés, y D^a. María Cristina Cires Esteban.

4. CURSOS DE PERFECCIONAMIENTO REALIZADOS.

Por Resolución 455/02753/16, de 18 de febrero de 2016 (*BOD núm. 40*, de 28 de febrero), se convocó el «Curso de Derecho Militar Operativo», con la finalidad de profundizar en los aspectos legales de las operaciones militares tanto en la normativa nacional, como internacional, aplicable a la conducción de las operaciones terrestres, marítimas y aéreas, así como en los desarrollos normativos aplicables a los nuevos tipos de operaciones militares en el exterior. Se pretende, así, consolidar, en el ámbito de los estudios jurídicos de las Fuerzas Armadas españolas, una nueva perspectiva disciplinar del derecho aplicable a las operaciones militares en el exterior, dirigido a las funciones de asesoramiento jurídico.

Al Curso, desarrollado entre los días 4 a 15 de abril, fueron convocados los siguientes oficiales auditores: tenientes coroneles auditores D. Lorenzo Malrroig Pol, D. Laureano Tomás Zafrilla, D. Francisco Javier Martín Alcázar y D. Álvaro Conradi Monner; comandantes auditores D^a. María del Pilar Prieto de las Heras, D^a María Dolores Plaza López, D^a María Carrillo de Albornoz Riaza, y D^a. María Isabel Romero Lucas; capitanes auditores D. Santiago Prados Prados, D. Pedro María Pinto Sancristóbal, D^a. Paloma María Prieto Fernández y D^a. Pilar Martínez Chueca.

El Programa del Curso fue el siguiente:

Lunes, 4 de abril de 2016:

08:30-08:45. Presentación de concurrentes. Entrega de documentación (1). Inauguración por Ilmo. Sr. coronel auditor director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos D. Francisco Luis Pascual Sarría.

08:45-09:45 «Aproximación histórica al derecho militar operativo». Profesor D. Guillermo Calleja Leal. Universidad Antonio de Nebrija.

09:50-10:45 «Aproximación al derecho militar operacional». Profesor D. Eugenio Pérez de Francisco. Universidad Antonio de Nebrija.

11:00-11:50 «Concepto y elementos del derecho militar operativo». Comandante auditor D. Miguel Alia Plana. Asesoría Jurídica CG de la Armada. 12:00-12:50 «Concepto y elementos del derecho militar operativo». Sr. comandante auditor D. Miguel Alia Plana.

13:00-13:50 «Documentos operacionales». Sr. comandante auditor D. Miguel Alia Plana.

Martes, 5 de abril de 2016:

08:30-09:20 «Las reglas de enfrentamiento. El uso de la Fuerza» Sr. teniente coronel auditor D. Ramón Martínez Guillem. Asesoría Jurídica Estado Mayor de la Defensa.

09:30-10:20 «Las reglas de enfrentamiento. Aplicación de los derechos humanos en operaciones». Sr. teniente coronel auditor D. Ramón Martínez Guillem.

10:50-11:40«Misión en Líbano (la situación en Líbano)». Ilmo. Sr. coronel auditor D. Francisco Luis Pascual Sarría. Director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.

11:50-12:40 «Operación Libre Hidalgo (UNIFIL)». Ilmo. Sr. coronel auditor D. Francisco Luis Pascual Sarría.

12:50-13:40 «Naciones Unidas y operaciones de mantenimiento de la paz». Sr. comandante auditor D. Mario Lanz Raggio. Vocal togado Tribunal Militar Territorial Primero y profesor de Derecho Internacional Humanitario y Relaciones Internacionales.

Miércoles, 06 de abril de 2015:

09:00-09:50«El asesoramiento jurídico en operaciones» Sra. capitán auditor D^a. Cristina Amich Elías. Asesoría Jurídica del Estado Mayor de la Defensa.

10:00-12.00 «Operaciones en curso». Sr. capitán de corbeta D. Santiago Martínez Mata. J.3 Mando de Operaciones.

12:10-13:00 «Los IED en operaciones». Sra. capitán auditor D^a Juana Galbaldón Gutiérrez. Asistente legal de la Cédula Nacional del Centro de Excelencia contra IED.

13:10-14:00 «El targeting». Sr. capitán auditor D. José Ramón Suberviola Gilabert. Asesoría del Cuartel General de la Armada.

Jueves, 7 de abril de 2016:

09:00-09:50 «Operaciones navales: régimen jurídico». Ilmo. Sr. coronel auditor D. Jerónimo Domínguez Bascoy. 2º jefe Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada.

10:00-12:00 «Operaciones navales: tipología y operaciones en curso». Ilmo. Sr. coronel auditor D. Jerónimo Domínguez Bascoy; Sr. capitán de fragata D. Enrique Núñez de Prado Aparicio (División de Planes del Cuartel General de la Armada) y Sr. Capitán de Corbeta D. Alejandro Árias Martín (División de Operaciones del Cuartel General de la Armada).

12:10-13:00 «El uso de la Fuerza en el entorno marítimo. Proceso de generación y gestión de ROEs, derecho de visitas». Ilmo. Sr. coronel auditor D. Jerónimo Domínguez Bascoy.

13:10-14:00 «Cuestiones referentes al asesoramiento jurídico en la operación ATALANTA». Sr. comandante auditor D. Rafael Gutiérrez de la Cámara y García Parreño. Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada.

Viernes, 08 de abril de 2016:

09:00-13:00 Visita CAOD/TJ y operaciones aéreas.

Lunes, 11 de abril de 2016:

09:00-12:30 «Terrorismo islámico». Sr. teniente coronel CGA ET D. Manuel González Hernández. Departamento de Estrategia y Organización de la Escuela de Guerra.

11.20-12:20 «Cultural Awareness». Sr. Teniente Coronel CGA ET D. Manuel González Hernández.

13:00-14:00 «La Guardia Civil en operaciones en el exterior». Sr. comandante de la Guardia Civil D. José Luis Cano Camarena. Oficial analista de la Sección de Operaciones, del Estado Mayor, de la Dirección Adjunta Operativa (DAO) de la Guardia Civil.

Martes, 12 de abril de 2016:

09:00-10:50«El Estatuto de la Fuerza. Sofa y Agreements». Ilmo. Sr. coronel auditor D. José M^a. Catalán Rodríguez. Asesor jurídico CG UME.

11:10-12:00«Operación R/A (AFGANISTÁN)». Ilmo. Sr. coronel auditor D. José Manuel Gutiérrez del Álamo y del Arco. Subdirección General de Patrimonio.

12:10-13:00«MOU,s y acuerdos técnicos». Teniente coronel auditor D^a. María Eugenia Ruíz Hernández. Tribunal Militar Central.

13:10-14:00 «Misión en Dakar. Apoyo a Mali-Senegal». Sra. teniente coronel auditor D^a. María Eugenia Ruíz Hernández.

Miércoles, 13 de abril de 2016:

10:00-13:00 Ejercicio BST en la Fuerza Ligera (FUL).

Jueves, 14 de abril de 2016:

09:00-09:50 «La función interventora en operaciones. La notaría militar». Sr. teniente coronel interventor D. José Luis Negro Costea.

10:00-10:50«La sanidad militar en operaciones. Gestión de cadáveres». Sr. comandante CMS (medicina) D. Rafael Tamburri Bariain. Hospital Central de la Defensa «Gómez Ulla».

11:10-12:00 «La psicología militar en operaciones» Sr. Comandante del CMS (psicología) D. Daniel Donoso Rodríguez.

12:10-13:00 «Cooperación cívico militar en operaciones. El CIMIC» Sra. teniente CGA ET D^a. Sonia Sánchez Sena. Cuartel General del Ejército de Tierra.

13:10-14:00«La operación en Haití». Sr. comandante auditor D. Rafael Gutiérrez de la Cámara y García Parreño.

Viernes, 15 de abril de 2016:

09:00-09:50«El Régimen Disciplinario en operaciones». Sr. teniente coronel auditor D. José María Sánchez Sánchez. Asesoría Jurídica General.

10:00-10:50«La jurisdicción militar en operaciones». Excmo. Sr. general consejero togado D. Rafael E. Matamoros Martínez.

11:30-12:00Evaluación del curso.

12:10-13:00 Clausura y entrega de diplomas. Excmo. Sr. general consejero togado D. Rafael E. Matamoros Martínez.

5. CONVOCATORIA DIPLOMAS ESPECIALIZACIÓN CURSO 2016-17

Por Resolución 455/03782/16, de 14 de marzo (*BOD núm. 54*, de 18 de marzo), se convocaron los Cursos de Especialización en Derecho Administrativo Militar, Derecho Penal Militar, Derecho Internacional Militar, Derecho Marítimo Militar y Derecho Aeronáutico Militar, para el curso 2016-2017.

6. LECTURA TESIS DOCTORAL

La teniente auditor D^a. Marina de Luengo Zarzoso, secretaria de estudios de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, ha obtenido la calificación «Apta cum laude», en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, por su tesis doctoral, «La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios. Referencia en el ámbito castrense».

Un original de la tesis se encuentra depositado en la biblioteca de la Escuela.

REDACCIÓN.

