

57 Regap

Revista Galega de Administración Pública

Núm. 57 (xaneiro – xuño 2019)

_ESTUDIOS **[01]** SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Dous anos do novo recurso de casación **[02]** BAÑO LEÓN, José María. A xurisdición contencioso-administrativa tras vinte anos de vixencia da Lei 29/1998 **[03]** ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. As ordenanzas de convivencia e a súa relación coa Lei de seguridade cidadá: Quen despraza a quen? **[04]** SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. Réxime xurídico da denuncia, indefensión do denunciante e interpretación do dereito pola Administración pública **[05]** PINTOS SANTIAGO, Jaime, A adquisición de material bibliográfico e de libros científicos como negocios xurídicos non excluídos da LCSP 2017 **_COMENTARIOS E CRÓNICAS** **[06]** FISCHER, Frank Josef. A casación ante o Tribunal Federal Contencioso-Administrativo alemán **[07]** MARQUINA FUENTES, Juan. As políticas de fomento das administracións públicas ante a despoboación e o reto demográfico. Especial referencia á Administración local **[08]** GESTA LEAL, Rogério. Limitações ambientais à ocupação do espaço urbano e a proteção do direito penal: um estudo de caso **[09]** DO NASCIMENTO LÓPEZ, Lucía. Cuestións prácticas para a directa aplicación da normativa de protección de datos nas administracións públicas **[10]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Xurisprudencia contencioso-administrativa **_RECENSIÓNS** **[11]** BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo. Estudos sobre a nova cultura e valores del emprego público **[12]** VALIÑO CES, Almudena. Resolución judicial y extrajurisdiccional de conflictos en el proceso de modernización de la Administración de Justicia **[13]** BETETOS AGRELO, Noelia. Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital

_ESTUDIOS **[01]** SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Dos años del nuevo recurso de casación **[02]** BAÑO LEÓN, José María. La jurisdicción contencioso-administrativa tras veinte años de vigencia de la Ley 29/1998 **[03]** ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. Las ordenanzas de convivencia y su relación con la Ley de seguridad ciudadana: ¿Quién desplaza a quién? **[04]** SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. Régimen jurídico de la denuncia, indefensión del denunciante e interpretación del derecho por la Administración pública **[05]** PINTOS SANTIAGO, Jaime, La adquisición de material bibliográfico y de libros científicos como negocios jurídicos no excluidos de la LCSP 2017 **_COMENTARIOS Y CRÓNICAS** **[06]** FISCHER, Frank Josef. La casación ante el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo alemán **[07]** MARQUINA FUENTES, Juan. Las políticas de fomento de las administraciones públicas ante la despoblación y el reto demográfico. Especial referencia a la Administración local **[08]** GESTA LEAL, Rogério. Limitaciones medioambientales a la ocupación del espacio urbano y la protección del derecho penal: un estudio de caso **[09]** DO NASCIMENTO LÓPEZ, Lucía. Cuestiones prácticas para la directa aplicación de la normativa de protección de datos en las administraciones públicas **[10]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Jurisprudencia contencioso-administrativa **_RECENSIONES** **[11]** BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo. Estudios sobre la nueva cultura y valores del empleo público **[12]** VALIÑO CES, Almudena. Resolución judicial y extrajurisdiccional de conflictos en el proceso de modernización de la Administración de Justicia **[13]** BETETOS AGRELO, Noelia. Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital

A REGAP, que iniciou a súa andaina en 1992, estruturárase ao xeito clásico das publicacións deste tipo con estudos doutrinarios, xurisprudenciais e normativos. Pero é vontade desta Administración que se dedique a temas de actualidade, que analice e achegue a contribución dos máximos e máis destacados especialistas en temas como o dereito autonómico, as novas tecnoloxías, os retos da Administración no século XXI, o estatuto dos empregados públicos ou a ordenación do territorio e o medio. E en especial, pretende reservarlle un espazo destacado á Administración local, aos seus funcionarios, ao réxime xurídico destas administracións e a problemas que lle afectan directamente, como a súa articulación territorial, financiamento, réxime xurídico dos seus bens, urbanismo, etc. Os principais destinatarios desta revista son os empregados públicos e os profesionais do sector privado que desenvolven as súas actividades no eido do dereito.

En suma, pretende converterse na publicación de dereito público de referencia da Comunidade Autónoma de Galicia, e ao tempo alcanzar as máis altas cotas de calidade científica. Actualmente atópase catalogada no Directorio Latindex e está incluída na base de datos DICE (Difusión e Calidade Editorial das Revistas Españolas de Humanidades e Ciencias Sociais e Xurídicas - CSIC), REBUIN (Rede de Bibliotecas Universitarias) e DIALNET.

CONSELLO DE REDACCIÓN:

Directora: **Sonia Rodríguez-Campos González**, directora da Escola Galega de Administración Pública (Galicia, España); codirector: **Juan J. Raposo Arceo**, UDC (Galicia, España); secretaria: **Diana Santiago Iglesias**, USC (Galicia, España). Vogais: **Beatriz Allegue Requeijo**, xefa do Gabinete de Asesoramento e Apoio á Actualización Normativa da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia (España); **Marcos Almeida Cerredá**, USC (Galicia, España); **Raquel Belén Bahillo Varela**, subdirectora xeral de Xestión e Cooperación Económica coas Entidades Locais da Xunta de Galicia (España); **José Manuel Blanco González**, subdirector xeral de Análise e Programación da DX RREE e UE da Xunta de Galicia (España); **José Julio Fernández Rodríguez**, USC (Galicia, España); **Juan José Gallego Fouz**, letrado do Consello Consultivo de Galicia (España); **Pablo González Mariñas**, UDC (Galicia, España); **Jacinto Lareo Jiménez**, UVigo (Galicia, España); **Ana M.ª López Guizán**, letrada do Consello Consultivo de Galicia (España); **António Cândido Macedo de Oliveira**, Universidade do Minho (Braga, Portugal); **Jesús Martínez Girón**, UDC (Galicia, España); **Luis Míguez Macho**, USC (Galicia, España); **Montserrat M.ª Otero Oitavén**, UVigo (Galicia, España); **Carlos Pérez González**, técnico xurista de Urbanismo do Concello de Sada (Galicia, España); **Manuel Pillado Quintáns**, director xeral da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia (España); **José Antonio Redondo López**, USC e conselleiro maior do Consello de Contas (Galicia, España); e **Xosé Antón Sarmiento Méndez**, USC (Galicia, España).

COMITÉ CIENTÍFICO:

Jean-Bernard Auby, SciencesPo (París, Francia); **Luis J. Béjar Rivero**, Universidad Panamericana (México); **Roberto Blanco Valdés**, USC (Galicia, España); **M.ª José Bravo Bosch**, UVigo (Galicia, España); **M.ª Pilar Canedo Arrillaga**, Deustuko Unibertsitatea (País Vasco, España); **Pedro Costa Gonçalves**, UC (Coimbra, Portugal); **Iñigo del Guayo Castiella**, Universidad de Almería (Andalucía, España); **Antonio Fernández de Buján y Fernández**, UAM (Madrid, España); **Juan Ramón Fernández Torres**, UCM (Madrid, España); **Johann-Franco Ferrari**, Università Luigi Bocconi (Milán, Italia); **Jesús A. Fuentetaja Pastor**, UNED (Madrid, España); **José L. García-Pita y Lastres**, UDC (Galicia, España); **Julio González García**, UCM (Madrid, España); **Vicente González Radio**, UDC (Galicia, España); **Carlos Lema Devesa**, UCM (Madrid, España); **M.ª Belén Noguera de la Muela**, UB (Barcelona, España); **Fernanda Paula Oliveira**, UC (Coimbra, Portugal); **Miguel A. Pérez Álvarez**, UDC (Galicia, España); **Thomas Perroud**, Université Panthéon-Sorbonne (París, Francia); **Johann-Christian Pielow**, RUB (Alemaña); **Giuseppe Piperata**, IUAV (Veneza, Italia); **Ricardo Rivero Ortega**, USAL (Castilla y León, España); **Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**, UDC (Galicia, España); **Joan Manuel Trayter Jiménez**, UdG (Girona, España); e **Claudia Tubertini**, UNIBO (Bolonía, Italia).

Entidade editora:

ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Rúa de Madrid 2-4 – As Fontiñas

15707 Santiago de Compostela (Galicia, España)

Tel. +34 981 546 040 - Fax +34 981 546 249

Web: <http://egap.xunta.es/publicacions> | correo-e: regap@xunta.gal

Periodicidade: semestral (xuño e decembro)

Formato: en liña | papel

ISSN: 1132-8371

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57>

Depósito legal: C-1.596-91

Tradución e supervisión lingüística: Ramiro Combo García (castelán-galego) e Francisco Sierra Mora (portugués-castelán)

Deseño cuberta: Campus na nube, sl

Deseño gráfico e impresión: Campus na nube, sl

Siglas utilizadas:

UDC: Universidade da Coruña

USC: Universidade de Santiago de Compostela

UVigo: Universidade de Vigo

UAM: Universidad Autónoma de Madrid

UB: Universitat de Barcelona

UCM: Universidad Complutense de Madrid

UdG: Universitat de Girona

UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia

USAL: Universidad de Salamanca

IUAV: Università IUAV di Venezia

RUB: Ruhr-Universität Bochum

UC: Universidade de Coimbra

UNIBO: Università di Bologna

A EGAP non se identifica necesariamente cos xuízos emitidos polos autores dos artigos que aparezan nesta revista, senón que serán única e exclusivamente responsabilidade do ou dos seus autores.

Ningunha parte desta revista poderá ser reproducida sen o consentimento expreso dos titulares do *copyright*.

Revista Galega de Administración Pública

ISSN: 1132-8371

Núm. 57, xaneiro-xuño 2019 \ Number 57, January-June 2019

Sumario/Summary

1 ESTUDOS / STUDIES

Juan Alfonso Santamaría Pastor

Dous anos do novo recurso de casación 5
Two years since the new appeal for reversal

José María Baño León

A xurisdición contencioso-administrativa tras vinte anos de vixencia da
 Lei 29/1998..... 25
*The contentious-administrative jurisdiction after twenty years of the validity
 of Law 29/1998*

Lucía Alarcón Sotomayor

As ordenanzas de convivencia e a súa relación coa Lei de seguridade
 cidadá: Quen despraza a quen? 45
*Municipal by-laws on citizen coexistence and their relationship with the
 citizen security law: Whose preemption?*

Miguel Ángel Sendín García

Réxime xurídico da denuncia, indefensión do denunciante e
 interpretación do dereito pola Administración pública..... 73
*Legal status of the complaint. Plaintiff's defenceless state and interpretation
 of the law on the part of public Administration*

Jaime Pintos Santiago

A adquisición de material bibliográfico e de libros científicos como
 negocios xurídicos non excluídos da LCSP 2017 107
*The acquisition of bibliographical material and scientific books as legal
 businesses not excluded from the LCSP 2017*

2 COMENTARIOS E CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

Frank Josef Fischer

A casación ante o Tribunal Federal Contencioso-Administrativo alemán 127
The appeal on points of law before the German Federal Administrative Court

Juan Marquina Fuentes

As políticas de fomento das administracións públicas ante a despoboación e o reto demográfico. Especial referencia á Administración local 137
Development policies that are being carried out from out public administrations, in particular those related to local entities

Rogério Gesta Leal

Limitações ambientais à ocupação do espaço urbano e a proteção do direito penal: um estudo de caso 147
Environmental limitations on the occupation of urban space and the protection of criminal law: a case study

Lucía do Nascimento López

Cuestións prácticas para a directa aplicación da normativa de protección de datos nas administracións públicas 165
Between theory and practice, the data protection regulation in public administrations

Francisco de Cominges Cáceres

Xurisprudencia contencioso-administrativa 177
Contentious-administrative jurisprudence

3 RECENSIÓNS / REVIEWS

Miguel Anxo Bastos Boubeta

Estudios sobre la nueva cultura y valores del empleo público 215

Almudena Valiño Ces

Resolución judicial y extrajurisdiccional de conflictos en el proceso de modernización de la Administración de Justicia 221

Noelia Betetos Agrelo

Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital 229

Regap

Estudios

1

Dous anos do novo recurso de casación¹

Dos años del nuevo recurso de casación

Two years since the new appeal for reversal



JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR

Catedrático de Dereito Administrativo

jsantamaria@ga-p.com

Recibido: 24/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.23>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Este traballo pretende realizar un balance da práctica producida na preparación e admisión dos recursos de casación suxeitos ao novo réxime establecido pola Lei orgánica 7/2015. Expón os principais datos cuantitativos dos recursos emprendidos e a análise sistemática dos criterios empregados para iso pola Sección de Admisión da Sala Terceira do Tribunal Supremo e avaliando o seu acerto.

Palabras clave: Recurso de casación, criterios de interese casacional.

Resumen: Este trabajo pretende realizar un balance de la práctica producida en la preparación y admisión de los recursos de casación sujetos al nuevo régimen establecido por la Ley orgánica 7/2015. Expone los principales datos cuantitativos de los recursos emprendidos y el análisis sistemático de los criterios empleados para ello por la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y evaluando su acierto.

Palabras clave: Recurso de casación, criterios de interés casacional.

Abstract: This work aims to take stock of the practice pertaining to the preparation and admission of cassation appeals subject to the new regime laid down by Organic Law 7/2015. It sets out the main quantitative data for appeals filed and the systematic analysis of the criteria used for this purpose by the Admission Chamber of the Third Division of the Supreme Court as well as an assessment of their success.

Key words: Cassation appeal, criteria for objective cassational interest for the formation of case law.

¹ Este ensaio é o texto escrito da conferencia pronunciada na Escola Galega de Administración Pública o 28 de novembro de 2018, no seo da xornada de celebración do vixésimo aniversario da Lei da xurisdición contencioso-administrativa. A limitación do tempo de exposición explica a síntese quizais excesiva coa que se abordan as diferentes cuestións.

SUMARIO: 1 O obxecto. 2 Os datos numéricos. 2.1 A incoación. 2.2 A admisión. 2.3 A resolución. 3 A práctica da admisión. 3.1 O papel dos xuíces e tribunais *a quo*. 3.2 Os requisitos formais do escrito de preparación. 4 A apreciación do interese casacional. 4.1 Sobre as dúas listaxes. 4.2 O suposto do artigo 88.2.a). Pronunciamentos xudiciais contraditorios. 4.3 Os supostos do artigo 88.2.b) e c). Doutrina gravemente danosa para os intereses xerais e afección a gran número de situacións. 4.4 Os supostos do artigo 88.2.d) e e). Cuestións de constitucionalidade. 4.5 Os supostos do artigo 88.2.g) e 3.c). Cuestións relativas á legalidade das disposicións de carácter xeral. 4.6 O suposto do artigo 88.3.a). Inexistencia de xurisprudencia. 4.7 O suposto do artigo 88.3.b). O afastamento deliberado da xurisprudencia. 4.8 Os restantes supostos de interese casacional. 5 Conclusión.

1 O obxecto

Desde a súa aparición, nunha modesta disposición derradeira da Lei orgánica 7/2015, o novísimo recurso de casación foi obxecto de numerosas publicacións; a maior parte delas, tendentes a propor –sempre de xeito aventurado– interpretacións dos seus preceptos; algunhas menos, dirixidas a advertir dos defectos técnicos –algúns, notorios– da nova regulación; só excepcionalmente a chamada doutrina intentou albiscar o futuro, sinalando as dificultades que se oporían á posta en práctica efectiva do recurso e os problemas que crearía.

Estas dificultades son ben coñecidas. En primeiro lugar, advertiuse do risco dun alude de recursos ocasionado pola supresión do limiar cuantitativo establecido na normativa precedente, e tamén pola apertura á casación dun importante número de sentenzas e autos (basicamente, os ditados en apelación polas salas dos tribunais superiores de xustiza e da Audiencia Nacional; os ditados en única instancia polos xulgados unipersoais atópanse moi restrinxidos pola lei). Esta circunstancia poría en perigo a finalidade de reducir o número de asuntos que a Sala Terceira debería resolver cada ano, redución que se confiaba á selección discrecional dos que, ao seu xuízo, presentasen interese casacional.

Advertiuse, tamén, do malestar que podería provocar no colectivo de potenciais recorrentes a discrecionalidade na admisión dos recursos e o previsible número de recursos admitidos, non podéndose descartar a adopción de criterios de apreciación de interese casacional dispares en asuntos moi semellantes, que ofrecerían certa aparencia de arbitrariedade. Era de temer que a práctica do novo recurso xerara unha sensación de desalento similar á que produciu o virtual peche do recurso de amparo nos primeiros anos do século, co inevitable descrédito da utilidade da actuación da Sala Terceira do Tribunal Supremo, que non se compensaría coa aparición dunha doutrina xurisprudencial de mellor calidade que a emitida nas décadas anteriores.

Algunha publicación, por último, chamou acertadamente a atención sobre un aspecto problemático, distinto e posterior ao da admisión dos recursos: en particular, as dificultades que ofrecería compatibilizar a función primordial de formar xurisprudencia –esencial no novo deseño do recurso– coa de facer xustiza nas cuestións de fondo que deberían ser resoltas a través deste recurso: refírome ao conflito latente entre o que deu en chamarse *jus constitutionis* e *jus litigatoris*.

Desde a entrada en vigor da nova normativa transcorreron, neste momento, vinte e sete meses, un prazo quizais moi curto para comprobar en que medida estes prognósticos negativos se materializaron –ou non–, pero suficiente para adiviñar algunhas tendencias. Esta conferencia pretende facer un primeiro balance da práctica do novo recurso nestes dous anos; non persegue realizar unha análise xurídica dos criterios de admisión, nin da xurisprudencia sentada neste tempo polas seccións sentenciadoras da Sala Terceira, senón apuntar o que quizais presuntuosamente podería chamarse unha primeira auditoría de xestión do recurso.

2 Os datos numéricos

Para empezar, uns poucos datos cuantitativos, referidos aos aspectos de incoación de novos recursos, da súa admisión e da súa resolución ou decisión.

2.1 A incoación

As cifras que reflicten o número de novos recursos preparados e elevados polas salas *a quo* ao Tribunal Supremo son importantes. Segundo as informacións amablemente proporcionadas polo Gabinete Técnico do Tribunal Supremo², en 2017 chegaron á Sala Terceira 7.102 recursos; e, en 2018, ata o 30 de outubro, 7.206. Non dispoño dos que accederon nos últimos meses de 2016, que ao parecer son pouco relevantes: en total, a cifra aproximaríase, a finais deste ano, aos 14.500 recursos.

Estas cifras, ademais de significativas, son certamente preocupantes, xa que supoñen un substancial incremento sobre o número de casacións que accedían ao Tribunal Supremo baixo o réxime hoxe derogado (aproximadamente, 4.000/ano). O anunciado alude produciuse, e é de temer que as súas dimensións aumenten nos próximos meses, sobre todo ante o efecto chamada que pode supor a porcentaxe de recursos admitidos a trámite pola Sección de Admisión.

2.2 A admisión

A iso refírome de inmediato cos seguintes datos, que teñen a mesma orixe, e que tamén se refiren aos anos 2017 e 2018:

2017	
Resolta admisión	4.784
Admitidos	917 (19,16%)
Rexeitados	3.156
Rematados por outras causas	711

² No que debo destacar a invalorable colaboración do seu coordinador, D. Pedro Escribano Testaut, ao que manifesto a miña gratitude.

2018	
Resolta admisión	5.619
Admitidos	1.011 (17,99%)
Rexeitados	3.687
Rematados por outras causas	921

Destas cifras poden extraerse algunhas conclusións provisionais.

a) Dunha parte, o importante traballo levado a cabo pola Sección de Admisión da Sala Terceira (e os seus imprescindibles apoios funcionariais), que en menos de dous anos conseguiron formar criterio sobre a admisión de 10.403 recursos. Non hai datos, obviamente, sobre o tempo de espera transcorrido entre a data de chegada do recurso ao Rexistro do Tribunal Supremo e a do seu despacho pola Sección de Admisión, que, necesariamente, se ten que ir incrementando conforme aumenta o número de recursos preparados; pero é tamén obvio que o aumento do número de admisións/rexeitamentos decretados debe ter como custo unha diminución na profundidade da análise dos recursos e da porcentaxe de acerto das resolucións.

b) Doutra, a moi estimable porcentaxe de recursos admitidos, que presenta unha media do 18,59 %. Esta porcentaxe é moi superior á que anunciaban algunhas previsións pesimistas, e, tamén desde logo, ao de recursos de amparo admitidos a trámite polo Tribunal Constitucional (70 sobre 6.286 en 2017, segundo a última Memoria do Tribunal: un 1,11 %). Non creo que, con esta pauta de conduta, a Sala Terceira pretendese evitar as críticas que mereceu o Tribunal Constitucional (para a comunidade xurídica, o recurso de amparo dáse por virtualmente desaparecido, e só se interpón, con plena convicción do seu fracaso, coa finalidade de prorrogar a pendencia dun litixio ou como paso obrigado para acceder á xurisdición do Tribunal de Estrasburgo). Antes ben, creo que o importante número de recursos admitidos responde á necesidade de formar xurisprudencia sobre materias e cuestións que antes se achaban excluídas do recurso de casación.

Na miña opinión, e por explicable que sexa, este número de recursos admitidos é excesivo. É certo que, entre eles, hai certo número de recursos de contido practicamente idéntico (sobre todo, en materias como licenzas VTC, asuntos de estranxeiría e tributarios; estes últimos suman case unha terceira parte dos admitidos). Pero a identidade dos recursos non debe supor unha facilidade considerable na súa resolución, xa que cada asunto ofrece aspectos e cuestións de feito sempre diferentes, cuxa análise e detección consomen unha parte moi importante do tempo requirido para a elaboración dunha sentenza.

c) E, por fin, e como correlación lóxica, o considerable número de asuntos respecto dos cales a sala asumiu xa o deber de tramitar e resolver en sentenza: 1.928, aos que sempre se deberán sumar os recursos directos previstos no artigo 12 da Lei do contencioso (e o resto de impugnacións feitas baixo a vixencia do sistema precedente). No suposto de que o número de recursos admitidos se mantese estable nos anos vindeiros, o resultado sería que a Sala Terceira debería resolver algo máis de

mil asuntos por ano, un número que, aínda que non supoña unha carga excesiva de traballo para cada un dos maxistrados integrantes das seccións de axuízamento, si pode dificultar a formación reflexiva de doutrina xurisprudencial e o mantemento de criterios uniformes de interpretación (a memoria, mesmo colectiva, ten os seus límites).

Este era o problema que afectaba ao vello recurso, no cal a formulación de xurisprudencia fora relegada a un segundo plano, tanto polo número de recursos a resolver como polo predominio do criterio do que antes chamamos *jus litigatoris* (en realidade, o antigo recurso de casación era un recurso de apelación artificialmente restrinxido por razón da materia e da contía, e pola exclusión de cuestións novas e de feito). A invocación que entón se facía aos criterios sentados en resolucións anteriores respondía, en moitos casos, máis ao criterio do precedente que ao seguimento dun corpo de *doutrina oficial consolidada*, o que propiciaba a introdución de constantes matices e variantes atendendo ás circunstancias de feito de cada litixio.

2.3 A resolución

Como se está atendendo a dar saída a este importante número de recursos admitidos? Os datos que a continuación ofrezco son, ata agora, bastante pouco fiables, pero non hai outros.

Segundo o buscador da base de datos do CENDOJ, as sentenzas ditadas desde xullo de 2017 a outubro de 2018, en recursos de casación interpostos ao abeiro do novo réxime, ascenden a 331, coa seguinte distribución mensual:

2017: xullo, 3; setembro, 1; outubro, 9; novembro, 10; decembro, 10.

2018: xaneiro, 29; febreiro, 21; marzo, 29; abril, 11; maio, 37; xuño, 58; xullo, 69; setembro, 19; outubro, 25.

De media, o número de resolucións dos novos recursos ascende a 23,64 sentenzas/mes. Pero, aínda que nun cálculo algo máis afinado, prescindísemos dos meses de 2017 (nos que a implantación do novo sistema explica o baixo número de sentenzas ditadas), a media de resolucións só aumentaría a 29,8 sentenzas/mes, o cal supón que, de manterse este ritmo, e dado que se atopan pendentes de resolución 1.928 recursos xa admitidos, a súa resolución requiriría un prazo de 64,69 meses: cinco anos e cinco meses, aproximadamente, un período moi superior ao que a Sala Terceira conseguira alcanzar en 2016 e 2017.

É de obrigada lealdade relativizar estas cifras: admito a posibilidade de erros de cálculo, así como que a miña consulta á base de datos do CENDOJ non fose especialmente afortunada; e cómpre ter en conta que os membros da Sala Terceira compatibilizan hoxe o despacho dos novos recursos coa resolución dos recursos interpostos baixo a vixencia do sistema anterior. Pero temo que, aínda depuradas estas posibles deficiencias, as conclusións non difiran en exceso das apuntadas: ao “tapón” nas admisións súmase un novo atasco na produción de resolucións, de maneira que, se non se quere volver ás alarmantes demoras que se producían nos primeiros anos da década anterior, non caben máis que tres solucións, todas cirúrxicas: reformar os



artigos 86 e seguintes da lei para reducir o número de resolucións recorribles, minorar substancialmente a porcentaxe de recursos admitidos ata a data, ou someter ao conxunto da sala a un ritmo de produción stakhanovista de sentenzas. Aínda que, por suposto, carezo de autoridade ningunha para elixir neste conxunto de técnicas desagradables (non me agradaría en absoluto ter a responsabilidade de facelo), creo que a menos inconveniente e nociva sería a segunda, que é a que, cun alto nivel de probabilidade, acabará adoptando a sala.

O panorama que se nos ofrece non é, pois, grato, pero é inescusable tomar conciencia del, antes de que o problema acade dimensións moito maiores.

3 A práctica da admisión

Tan importantes ou máis que as cifras e porcentaxes de admisión dos novos recursos son os criterios empregados pola Sala Terceira para asumir ou rexeitar o trámite dos recursos preparados polos recorrentes. Esta cuestión ofrece tres aspectos: os relativos á posición dos xuíces e tribunais autores das resolucións impugnadas (1); a exigencia dos requisitos formais impostos ao escrito de preparación do recurso polo artigo 89.2 da lei (2); e a interpretación dos criterios ou circunstancias determinantes do interese casacional obxectivo (3).

3.1 O papel dos xuíces e tribunais *a quo*

A posición que a vixente normativa do recurso lles asigna aos órganos xurisdiccionais autores das resolucións recorribles é, ao meu xuízo, confusa e deficiente; e a doutrina sentada ata a data pola Sección de Admisión da Sala Terceira non conseguiu melloralala.

a) Ante todo, non ten explicación doada o sistema de dobre revisión dos requisitos formais dos escritos de preparación, que obrigadamente ha de ser feita polos órganos *a quo* – así o ordena o artigo 89.4 – e posteriormente pola citada Sección da Sala Terceira, conforme autoriza o artigo 90.4 nos seus apartados a), b) e c) (que, ademais, a realiza con rigor). Esta duplicación responde, seguramente, a un bucle de desconfianzas: a lei resérvale á Sala Terceira a posibilidade de revisar o xa revisado polo xuíz ou tribunal de instancia, porque non confía no rigor destes, pero a revisión sucesiva intensifica naturalmente a tendencia dos órganos de instancia a examinar o cumprimento dos requisitos formais con certa laxitude.

Este dobre filtro é por completo ineficiente e, ademais, contrario a toda razón. Se se examinan os requisitos formais enumerados nas letras a) a e) do artigo 89.2, é obrigado concluír que o órgano xurisdiccional *a quo* é quen posúe os mellores elementos de xuízo para valorar a súa concorrencia efectiva (moito máis que a Sección do Tribunal Supremo); ninguén mellor ca el pode apreciar se as normas ou a xurisprudencia supostamente infrinxidas foron realmente alegadas no proceso, se tales infraccións foron as efectivamente relevantes ou determinantes da resolución, e se se pediu a emenda das infraccións procesuais invocadas. Ao meu entender, o control do cumprimento destes requisitos debera ser confiado integramente aos órganos *a*

quo, que é, ademais, o que parece querer dicir o propio artigo 90 nos seus apartados 1 e 3, ao referir a actuación da Sección de Admisión exclusivamente á constatación da concorrencia de interese casacional (aínda que, logo, o apartado 4 desminta esta impresión). Bastaría con reservarlle a esa sección a potestade de desautorizar a revisión feita polo órgano de instancia en supostos de incumprimento manifesto dalgún dos requisitos formais.

b) A tarefa do órgano xurisdiccional *a quo* límitase, pois, á comprobación dos requisitos formais do escrito de preparación, unha comprobación que pode ser substantiva, como acredita que o órgano de instancia deba analizar se, por exemplo, no caso de que o recorrente invoque a existencia de resolucións xudiciais contraditorias, tal contradición non se razoa de forma argumentada, con referencia específica ás circunstancias concretas do caso que se axuíza³, ou se o escrito de preparación formula unicamente cuestións de feito, non de dereito⁴.

En contraste, é firme a doutrina da Sección de Admisión no sentido de que excede das facultades do órgano de instancia a apreciación do interese casacional do recurso⁵; o único que pode verificar é se o escrito de preparación contén unha argumentación dirixida a razoar a concorrencia de tal interese⁶, podendo denegar a preparación en caso de que falte.

Esta doutrina debера ser matizada, para facela compatible coa posibilidade que o artigo 89.5 lle atribúe ao órgano de instancia de emitir informe acerca do “interese obxectivo do recurso para a formación de xurisprudencia”. O que probablemente queira dicirse –nada máis– é que o dito órgano carece de potestade para ter o recurso por non preparado se estimase que o interese casacional alegado non existe, ao seu xuízo; pero nada impide que emita un xuízo favorable, ou desfavorable, se entendese que, ao seu entender, o citado interese concorre ou non efectivamente.

3.2 Os requisitos formais do escrito de preparación

a) Ante todo, unha valoración xeral dos requisitos establecidos no artigo 89.2 da lei. A lectura das providencias de inadmisión que nos foi posible consultar –dado que non se publican, como é sabido– acredita unha particular atención da Sección de Admisión cara ao cumprimento destes requisitos formais; moitas daquelas fúndanse, xustamente, na inobservancia dalgún deses requisitos.

Debo reiterar o meu parecer –xa exposto nalgunha publicación anterior– acerca da falta de xustificación obxectiva que ten a exigencia legal de todos estes requisitos. Algún deles é simplemente ridículo, como a necesaria constancia de que as normas infrinxidas forman parte do dereito estatal ou do da Unión Europea. Pero é absurdo, ademais, que a Sección de Admisión teña que empregar o seu precioso

³ ATS do 8 de marzo de 2017, Rec. queixa 126/2016.

⁴ AATS do 8 de marzo de 2017, Rec. queixa 8/2017, e do 5 de decembro de 2018, Rec. queixa 269/2017.

⁵ AATS do 2 de febreiro e 5 de decembro de 2017, Rec. queixa 110/2016 e 269/2017, e do 4 de xuño de 2018, Rec. queixa 138/2018.

⁶ AATS do 8 de maio de 2017, Rec. queixa 155/2017, e do 21 de maio de 2018, Rec. queixa 125/2018.

tempo de traballo na comprobación destes requisitos –o que, como acabamos de dicir, debera corresponder en exclusiva ao órgano de instancia–, cando o único que debería valorar, sen distracción ningunha, é a concorrencia do interese casacional; non ten sentido que, dada a amplísima liberdade que o Tribunal Supremo posúe para estimar ou negar a existencia de tal interese, as súas decisións de inadmisión se deban fundar en cuestións formais. Antes ben, a abundancia de providencias que rexeitan os recursos apoiándose nestes motivos fai supor –seguramente, de modo erróneo nalgúns casos– que a real ou suposta infracción dos requisitos formais non responde máis que ao desexo de non ferir a susceptibilidade dos recorrentes, negando interese casacional a cuestións que para eles son altamente relevantes. A iso únese o feito de que algunhas das exixencias do artigo 89.2 son de apreciación absolutamente subxectiva, como sucede coa “precisión” con que deben invocarse as normas que se pretenden infrinxidas, ou coa relevancia ou carácter determinante que tiveran, na decisión que se impugna, as mencionadas infraccións.

É certo que os órganos da xurisdición deben conservar a posibilidade de fiscalizar o cumprimento dos requisitos formais do escrito de preparación, sobre todo tendo en conta que non poucos deses escritos, segundo se nos di, presentan unhas imperfeccións e unha carencia de técnica xurídica alarmantes e inxustificables. Pero non ten lóxica ningunha que a admisión dun recurso se subordine a un conxunto de requisitos formais (que en todo caso os órganos xurisdicionais controlarían de oficio, dígao ou non o recorrente) e que se rexeite nos casos en que se produza algunha deficiencia se o asunto sobre o que se pide que se forme xurisprudencia é dun interese inequívoco.

b) O exame da doutrina sentada pola Sala Terceira a propósito destes requisitos é, como se dixo, difícil. Só se ten acceso –*ex* artigo 90.7– aos autos de admisión, así como aos de inadmisión mencionados no artigo 90.3, que en conxunto forman unha exigua minoría do total de decisións adoptadas; por iso, a información que estas resolucións proporcionan acerca dos criterios formais da sala é moi pouco significativa.

Asumindo esta grave limitación, cabe sinalar que a Sala Terceira continúa utilizando practicamente os mesmos criterios de valoración dos requisitos formais que xa viña empregando baixo a vixencia do anterior sistema casacional a partir dos primeiros anos do século (que antes carecían de soporte legal: o artigo 89.2 veu ser unha forma de regularización *ex post* daquelas prácticas). Como exemplos deste continuísmo, poden citarse os seguintes:

- o prazo para preparar o recurso (art. 89.1) é de caducidade, non interrompible, emendable nin rehabilitable *ex* artigo 128.1 LXCA⁷;
- nesta mesma orde de cousas, díxose que extemporáneo o escrito presentado ante o Tribunal Supremo (non ante o órgano de instancia), que logo se presenta ante este, xa fóra de prazo⁸;
- non cabe formular no escrito de preparación cuestións novas⁹;

⁷ ATS do 5 de marzo de 2018, Rec. queixa 697/2017.

⁸ AATS do 4 de outubro de 2017, Rec. queixa 308/2017, e do 18 de abril de 2018, Rec. cas. 71/2016.

⁹ AATS do 3 de febreiro de 2017, Rec. cas. 203/2016, e 5 de abril de 2017, Rec. cas. 268/2017.

- as normas e/ou xurisprudencia infrinxidas deben citarse con precisión: non basta con aludir a normas xurídicas completas¹⁰ nin á “xurisprudencia notoria”¹¹;
- é obrigado razoar a “presenza” no proceso das normas e/ou xurisprudencia infrinxidas¹²;
- en canto ao xuízo de relevancia (art. 89.2.d), insístease na obriga de razoar como, por que e en que forma a infracción foi determinante da decisión¹³, un defecto que non é emendable¹⁴;
- e, con relación aos vicios de procedemento invocados, é obrigado razoar que repercutiron nunha deficiente análise dunha cuestión substantiva dotada de interese casacional¹⁵.

Nihil novum sub sole, podería dicirse: todas estas cuestións son idénticas ás que se formulaban no réxime casacional anterior. E, con relación ao novo sistema, os pronunciamentos a que se ten acceso son aínda moi escasos: así, sentou que as alegacións de fondo feitas no escrito de comparecencia son prematuras e deben terse por non postas¹⁶; que é insuficiente a mera invocación do interese casacional se non se razoa a súa concorrencia¹⁷, un razoamento que debe facerse en relación coas circunstancias concretas do obxecto litixioso¹⁸; e que, se se citan motivos de interese casacional dos apartados 2 e 3 do artigo 88, deben exporse e razoarse de forma separada¹⁹. O seu interese é, por iso, moi relativo.

Regap



ESTUDOS

4 A apreciación do interese casacional

Moito máis nutridas, e de maior utilidade práctica, son as decisións da Sección de Admisión relativas á interpretación das circunstancias que enumera o artigo 88 da lei, que tratarei de expor de xeito resumido.

4.1 Sobre as dúas listaxes

Como era de esperar, a Sala Terceira confirmou o carácter aberto das listaxes de interese casacional obxectivo e, polo tanto, a apreciación como de interese casacional de circunstancias non mencionadas nos apartados 2 e 3 do artigo 88: a mención “entre outras circunstancias” que figura no parágrafo inicial do apartado 2 non admitía outra interpretación razoable. Pero esta aceptación matizouse co anuncio

¹⁰ AATS do 15 de xuño de 2017, Rec. queixa 318/2017, e do 14 de maio de 2018, Rec. queixa 151/2018.

¹¹ ATS do 13 de xullo de 2017, Rec. queixa 379/2017.

¹² AATS do 17 de novembro de 2017, Rec. queixa 417/2017, e 6 de abril de 2018, Rec. queixa 73/2018.

¹³ AATS de 8 e 15 de xuño de 2017, Rec. queixa 105 e 297/2017, e do 6 de abril de 2018, Rec. queixa 64/2018.

¹⁴ ATS do 27 de novembro de 2017, Rec. queixa 396/2017.

¹⁵ ATS do 12 de xullo de 2017, Rec. queixa 58/2017.

¹⁶ ATS do 27 de novembro de 2017, Rec. cas. 4425/2017.

¹⁷ ATS do 25 de xaneiro de 2017, Rec. cas. 15/2016.

¹⁸ AATS do 19 de abril de 2017, Rec. queixa 170/2017, e do 25 de xuño de 2018, Rec. queixa 7/2018.

¹⁹ ATS do 18 de xaneiro de 2018, Rec. cas. 643/2017.

dun criterio restritivo no acollemento de circunstancias *extra legem*, advertindo que a súa invocación ten un carácter de “*excepcionalidade*”, o que exige que o escrito de preparación “*xustifique coitada e rigorosamente o interese casacional obxectivo do recurso que revela a circunstancia invocada*”²⁰. Basta ler entre liñas para concluír (i) que o razoamento que se lle exige ao recorrente acerca da nova circunstancia vai ser bastante máis estrito, e (ii) que a concorrencia destas circunstancias vai ser apreciada de forma restritiva (“*excepcionalidade*”).

Algún interese, aínda que menor, ten a precisión –que antes mencionei de pasada– segundo a cal, cando o escrito de preparación invoca simultaneamente circunstancias de interese casacional comprendidas nunha e outra listaxe (isto é, do apartado 2 e do 3), a súa alegación e xustificación razoada debe facerse de xeito separado²¹ (é de supor, en parágrafos con epígrafes diferenciadas).

Esta exigencia non vai ser doada de cumprir nos supostos de motivos de interese casacional de contextura moi próxima ou intimamente relacionados [como sucede, por exemplo, entre os previstos na letra a) do apartado 2 e a letra b) do apartado 3; ou entre os mencionados na letra g) do apartado 2 e a letra c) do apartado 3]. E, na liña apuntada por este auto, parece que debe deducirse que a invocación e xustificación de varios motivos pertencentes ao mesmo apartado deberá facerse con idéntica separación física, por máis que o seu fundamento sexa o mesmo (por exemplo, cando a sentenza obxecto de recurso verse sobre a impugnación dun regulamento, aplicase erroneamente unha doutrina constitucional, vulnerando ao tempo o dereito da Unión e creando unha doutrina que afecte a gran número de situacións).

Certamente, comparto a preocupación que mostra o Tribunal Supremo pola separación física dos argumentos, que non é senón un lexítimo desexo de claridade que tantas veces se bota en falta nos escritos de parte. Pero esta directiva de desagregación pode chocar coa limitación física que aos escritos impuxo o Acordo da súa Sala de Goberno do 19 de maio de 2016²², polo que será conveniente, nestes casos, facer uso da posibilidade que a propia sección abriu de substituír a argumentación pola remisión ao xa exposto noutros apartados do mesmo escrito²³.

4.2 O suposto do artigo 88.2.a). Pronunciamentos xudiciais contraditorios

Como era previsible, este motivo de interese casacional é o de invocación máis frecuente, e o que deu lugar a un maior número de precisións por parte da sala. Sobre este pesaba a inquietude da súa semellanza co antigo recurso de casación para a unificación de doutrina, cuxa escasísima eficacia práctica se advertiu en numerosas

²⁰ AATS do 15 de marzo de 2017, Rec. cas. 93/2017, do 2 de abril de 2018, Rec. cas. 5956/2017, e do 7 de maio de 2018, Rec. queixa 738/2017.

²¹ ATS do 19 de xaneiro de 2018, Rec. 643/2017.

²² Unha limitación que todos estamos a aplicar aos escritos de preparación, por máis que o acordo estableza que, por agora, ten carácter orientativo respecto dos ditos escritos; intuitivamente, todos os avogados supoñen que exceder –polo menos, notablemente– as dimensións recomendadas pon en risco a admisión do recurso.

²³ Auto do 18 de decembro de 2017, Rec. queixa 339/2017.

ocasións á luz da sumamente restritiva interpretación que o Tribunal Supremo fixo dos seus requisitos de admisión (basicamente, da chamada *tripla identidade*).

a) Cun criterio eloxiable, a Sección de Admisión decidiu marcar distancias respecto daquel malfadado recurso, sentando criterios de certa xenerosidade na apreciación desta primeira circunstancia de interese casacional. Así o fixo, advertindo:

- que non estamos ante unha reformulación do recurso de casación para a unificación de doutrina e que, polo tanto, non son exixibles as clásicas identidades deste²⁴;
- que as resolucións citadas de contraste non deben ser necesariamente firmes, como se exixía no recurso de casación para a unificación de doutrina²⁵;
- que cabe invocar, de contraste, sentenzas ditadas por outras Salas do Tribunal Supremo, tanto da Primeira²⁶ como da Cuarta²⁷; non temos noticia de que este criterio se considere tamén aplicable a sentenzas doutras xurisdicións (Tribunal Constitucional, TXUE, TEDH, nos casos en que non sexan aplicables os motivos previstos nas letras e) e f) do apartado 2); e
- que non cabe descartar a invocación de sentenzas da propia Sala Terceira do Tribunal Supremo, sempre que se faga coa finalidade de reafirmar, reforzar, completar ou aclarar a súa doutrina²⁸; fíxose así unha interpretación ampliatoria do requisito de que a doutrina de contraste proveña de “outros órganos xurisdicionais”, que na miña opinión é máis que procedente, dadas as imprecisións que a xurisprudencia anterior presentaba en moitos casos.

A flexibilidade mostrada na adopción destes criterios interpretativos ten, non obstante, contrapesos de sentido oposto.

b) Así, no eido das antes citadas semellanzas co vello recurso de casación para a unificación de doutrina, sentou o criterio de que a inexixencia das identidades previstas para aquel recurso non escusa que o recorrente acredite a “igualdade substancial” das cuestións resoltas nas sentenzas de contraste, igualdade que debe referirse tanto á norma aplicada como á realidade á cal se aplica e que debe razoarse axeitadamente no escrito de preparación²⁹; e, así mesmo, que se require razoar no escrito que a discrepancia deriva da interpretación da norma, non da valoración da proba ou doutras circunstancias de feito³⁰.

O primeiro destes criterios paréceme fóra de lugar. A “igualdade substancial” só ten sentido cando se refire á doutrina sentada pola sentenza impugnada e a(s) de contraste; o feito de que as normas aplicadas sexan iguais e que o suposto de feito teña tamén que selo é algo completamente alleo ao novo recurso de casación, que

²⁴ ATS do 7 de febreiro de 2017, Rec. cas. 161/2016.

²⁵ ATS do 14 de decembro de 2017, Rec. queixa 426/2017.

²⁶ AATS do 19 de xuño de 2017, Rec. queixa 346/2017, e do 27 de setembro de 2017, Rec. cas. 1168/2017.

²⁷ ATS do 26 de xuño de 2017, Rec. cas. 1134/2017.

²⁸ AATS de 3, 16 e 24 de maio de 2017, Rec. cas. 189, 685 e 678/2017, e do 23 de maio de 2018, Rec. cas. 527/2018.

²⁹ AATS do 29 de marzo de 2017, Rec. cas. 302/2016, e do 30 de outubro de 2017, Rec. cas. 3666/2017.

³⁰ AATS do 27 de novembro de 2017, Rec. queixa 619/2017, e do 2 de abril de 2018, Rec. queixa 651/2017.

non trata de garantir a igualdade na aplicación da lei, senón a homoxeneidade da xurisprudencia.

c) E, no ámbito da orixe das sentenzas de contraste, declarouse que non cabe citar como de contraste sentenzas ditadas pola mesma sala e sección da que se impugna³¹. Neste caso, parece xogar o límite de que se trate de resolucións ditadas por “outros órganos xurisdiccionais”, que antes se mencionou. Pero esta limitación legal carece por completo de fundamento; se hai algo chocante e escandaloso para os recorren-tes é a emisión de sentenzas de sentido contraditorio ditadas pola mesma sección de idéntica sala; e pode carecer de sentido cando se trate de sentenzas ditadas por seccións cuxa composición persoal sexa moi diferente (p. ex., por seren ditadas en momentos temporais moi diversos).

4.3 Os supostos do artigo 88.2.b) e c). Doutrina gravemente danosa para os intereses xerais e afección a gran número de situacións

Non é impertinente a consideración conxunta destes dous motivos de interese casacional. Aínda que a súa substancia sexa evidentemente moi dispar, teñen en común o alto nivel de vaguidade das situacións a que pretenden aludir, que se describen mediante conceptos indeterminados dunha considerable amplitude.

Desde o punto de vista do órgano encargado da admisión dos recursos, a diferenza coas restantes circunstancias de interese casacional é apreciable: aínda que a previsible produción de danos ao interese xeral e a posibilidade de afección a situacións similares son datos hipoteticamente susceptibles de ser constatados de xeito obxectivo; o fincapé que achegan os termos “gravemente” e “grande” abre ao Tribunal Supremo unha marxe de apreciación moito maior que o que permite a formulación literal doutros motivos do artigo 88.

O enunciado destas circunstancias ofrece, non obstante, dificultades moito máis intensas aos recorren-tes á hora de argumentar a súa concorrencia (e, sobre todo, de intentar facelo de xeito sólido e razoable).

a) A existencia dun prexuízo ao interese xeral choca, de entrada, coa ambigüidade da noción de “*interese xeral*”, que non se sabe se alude ao conxunto dos intereses da nación ou é aplicable tamén aos de colectivos máis reducidos (dunha comunidade autónoma ou dun concello). Polo demais, a doutrina da Sección de Admisión veu complicar as cousas, ao declarar que o interese xeral non pode confundirse co da Administración ou coa mera conveniencia administrativa, xa que, por exemplo, a constancia de que unha determinada doutrina provoca unha redución dos ingresos fiscais do Estado non supón necesariamente que diso derive un grave prexuízo ao interese xeral³². Pero, se o interese xeral non é o propio dos entes administrativos, non cabe outra alternativa que referilos ao conxunto dos cidadáns, cuxos intereses

³¹ AATS do 16 de outubro de 2017, Rec. cas. 2787/2017, do 15 de marzo de 2018, Rec. queixa 694/2017, e do 16 de abril de 2018, Rec. queixa 47/2018.

³² ATS do 5 de abril de 2017, Rec. cas. 249/2017. É de supor que tal prexuízo si poderá producirse cando o seu impacto nos ingresos ou gastos públicos sexa considerable (aínda que o ATS do 25 de xaneiro de 2017, Rec. cas. 15/2016, di literalmente que o que conta é a doutrina sentada, non a contía do preito): pero onde se debe trazar a liña?

son eminentemente heteroxéneos, o que fai moito máis difícil identificar e describir o interese *xeral*.

Pero, sobre todo, a produción de danos aos intereses xerais é unha cuestión que, á parte de ser radicalmente opinable, só pode ser apreciada intuitivamente, polo que a súa descrición é moi difícil de facer sen acudir a vaguidades, que a vergoña allea do redactor responsable dun escrito tende a evitar. É, por iso, de problemático cumprimento a exixencia, establecida en diversas resolucións, de que non basta a mera afirmación apodíctica dos danos³³.

b) Algo semellante sucede coa afectación a un gran número de situacións. Á parte de que esta sexa unha conclusión que normalmente só pode facer a Administración demandada (que é a única que coñece o número de posibles destinatarios dun acto ou disposición administrativa), a definición do motivo parece que non pode traducirse na mera abundancia cuantitativa de situacións, medida en termos absolutos (máis de mil, por exemplo), senón que debe ser posta en relación co número de posibles afectados por unha determinada medida, sexa este moi elevado ou non (por exemplo, unha disposición que afecte a un xerador de enerxía eléctrica non pode ter impacto máis que nun limitado número de empresas).

Esta é unha precisión que a doutrina da Sección de Admisión non fixo aínda. Como no caso anterior, limitouse a exixir un razoamento detallado, sen máis precisións, advertindo que non son suficientes as referencias xenéricas e abstractas, e que debe argumentarse, mesmo de xeito sucinto, a virtualidade expansiva da doutrina sentada pola resolución xudicial que se impugna³⁴. Moi poucas indicacións prácticas se atoparán nestas resolucións.

4.4 Os supostos do artigo 88.2.d) e e). Cuestións de constitucionalidade

A doutrina sentada en relación con estes dous apartados é, ata a data, moi escasa e pouco orientativa.

a) Sobre o primeiro deles, a Sección de Admisión parece ter obxectivado a apreciación deste motivo, exixindo para iso a concorrencia de só tres requisitos: (a) que se tivese producido debate na instancia sobre a procedencia de formular a cuestión de constitucionalidade; a exixencia de debate suscita dúbidas sobre os supostos en que a(s) parte(s) demandada(s) non fixera(n) alusión ningunha a este asunto exposto pola demandante; (b) que existan dúbidas fundadas sobre a constitucionalidade da norma debatida; e (c) que o tribunal *a quo* non tivese dado ningunha resposta á petición de presentación da cuestión de inconstitucionalidade³⁵.

³³ AATS do 29 de marzo de 2017, Rec. queixa 302/2016, do 30 de outubro de 2017, Rec. cas. 3666/2017, e do 26 de febreiro de 2018, Rec. queixa 609/2017.

³⁴ AATS do 1 de febreiro de 2017, Rec. cas. 31/2016, do 8 de marzo de 2017, Rec. cas. 40/2017, do 2 de novembro de 2017, Rec. cas. 4196/2017, e 7 de maio de 2018, Rec. queixa 503/2017.

³⁵ ATS do 3 de febreiro de 2017, Rec. cas. 319/2016.

Non se fixo, que saibamos, matiz ningún que condicione a admisión do recurso á relevancia efectiva da norma legal discutida no proceso, como sucede na letra c) do apartado 3 deste artigo. A mera e posible inconstitucionalidade dunha norma con rango de lei, unida ao silencio do órgano *a quo* sobre iso, parecen datos suficientes para a admisión do recurso.

b) En relación co suposto da letra e) (interpretar e aplicar con aparente erro unha doutrina constitucional), os autos da Sección de Admisión achegaron algúns criterios de utilidade. Dunha parte, aplican a este suposto unhas exixencias formais similares ás impostas para as contradicións da sentenza impugnada coas ditas por outros órganos xurisdiccionais, ao requirir a necesidade de que o escrito de preparación argumente “por que se trata de supostos iguais e en que forma se adoptou un criterio diferente”³⁶. E, doutra, describe o proceso lóxico que debe seguir tal argumentación, describindo (i) que interpretación ou aplicación da doutrina constitucional realizou a sentenza obxecto de recurso; (ii) que razón conduce a pensar que a doutrina constitucional se aplicou erroneamente; e (iii) como tal interpretación constituíu o fundamento ou *ratio decidendi* da resolución que se impugna³⁷.

Salvo erro pola nosa parte, non atopamos pronunciamento ningún referido ao motivo de interese casacional previsto na letra f) do artigo 88.2.

4.5 Os supostos do artigo 88.2.g) e 3.c). Cuestións relativas á legalidade das disposicións de carácter xeral

Os motivos de interese casacional mencionados na epígrafe atópanse, como é notorio, tamén estreitamente emparentados: ambos os dous refírense ás sentenzas ditas en procesos en que se impugnase unha disposición de carácter xeral, presumíndose o dito interese cando a sentenza a declarase nula (salvo que, con toda evidencia, carecese de relevancia suficiente), e –meramente– podendo concorrer cando tal anulación non fose ditada.

Estes preceptos apenas suscitan dúbidas interpretativas; a apuntada de maneira temperá por algún autor –se a presunción do apartado 3.c) opera tamén nas sentenzas que resolvan en sentido estimatorio un recurso indirecto, pero sen anular *erga omnes* a disposición– non ten fundamento ningún, porque neste suposto o órgano xudicial deberá elevar a cuestión de ilegalidade, que se resolverá en sentido confirmatorio (caso en que estaremos no suposto da letra c) do apartado 3) ou revogatorio, caso en que poderá entrar a xogar o motivo da letra g) do apartado 2.

No seu lugar, a Sección de Admisión da Sala Terceira sentou criterio sobre algunhas outras cuestións –non excesivas–, e non sempre con acerto. Así, parécenos correcta a interpretación de que o motivo de interese casacional do apartado 2.g) pode concorrer cando o debate, no proceso de instancia, versase acerca de se a actuación impugnada posúe ou non natureza regulamentaria³⁸; tamén, nos casos en

³⁶ AATS do 8 de marzo de 2017, Rec. queixa 126/2016, e do 31 de maio de 2017, Rec. queixa 191/2017.

³⁷ AATS do 18 de setembro de 2017, Rec. queixa 149/2017, e do 7 de maio de 2018, Rec. queixa 503/2017.

³⁸ ATS do 18 de outubro de 2017, Rec. cas. 2049/2017.

que o órgano xurisdiccional de instancia careza por completo de competencia para declarar a disposición impugnada no proceso, por tratarse dunha norma pertencente ao ordenamento da Unión Europea³⁹. E é de estrita lóxica o criterio que rexeita a aplicabilidade da presunción establecida no apartado 3.c) cando o controvertido en casación é a parte da disposición que non foi anulada na instancia (nos casos de anulación parcial da norma)⁴⁰.

Pola contra, parécenos inustificada a exigencia que se impón, tamén respecto á aplicación do apartado 3.c), de que é carga do recorrente xustificar, nestes casos, que a disposición regulamentaria anulada posúe transcendencia suficiente, para os efectos da non-aplicación da excepción establecida no último inciso deste precepto⁴¹. Dado o carácter reforzado da excepción (salvo que a norma “... *con toda evidencia*, careza de transcendencia suficiente”), parece que constatar o grao de relevancia da norma é unha tarefa que lle corresponde ao xuíz de casación –ou, en todo caso, á parte que se opoña ao recurso–, en ningún caso ao recorrente.

Os supostos previstos nas letras h) e i) do apartado 2 serán analizados, con outros de características semellantes, ao final desta exposición.

4.6 O suposto do artigo 88.3.a). Inexistencia de xurisprudencia

Xa nalgunha ocasión anterior me pronunciei sobre os problemas prácticos que suscita a aplicación deste suposto de interese casacional, desde a perspectiva dos recorrentes. A chamada “xurisprudencia” atópase nun complexo documental de dimensións inabarcables, integrado polas sentenzas ditadas pola Sala Terceira do Tribunal Supremo (e, antes de 1985, polas súas salas Terceira, Cuarta e Quinta) ao longo de toda a súa historia: decenas de miles de resolucións que só son accesibles hoxe utilizando medios informáticos, pero con insuperables dificultades. As bases de datos alcanzan só a un curto período da historia (a do CENDOJ, a mediados dos anos noventa; a de Westlaw, algo máis alá); os *thesaurus* que permiten a busca son aínda imperfectos e pouco fiables, e a súa deficiencia vén incrementada polo emprego de termos diversos para aludir aos mesmos conceptos e institucións; e, ante todo, a doutrina que estableceron as sentenzas viña normalmente diluída ao longo dos seus fundamentos xurídicos, sendo só detectable a través dunha análise minuciosa dos seus textos. En resumo, a “xurisprudencia” é unha noción vaga e de coñecemento problemático.

A iso súmase o inconveniente capital que supón a acreditación dun feito negativo –que non existe xurisprudencia sobre un punto concreto–, demostración que, como é ben sabido, é lóxicamente imposible. O recorrente que pretende invocar esta circunstancia de interese casacional non pode ir máis alá, unha vez esgotadas as súas habilidades informáticas, que acudir ás obras especializadas (preferentemente, os comentarios escritos das leis respectivas en busca de citas de sentenzas; consultar

³⁹ ATS do 12 de decembro de 2017, Rec. cas. 4535/2017.

⁴⁰ ATS do 28 de abril de 2017, Rec. cas. 433/2017.

⁴¹ AATS do 8 de marzo de 2017, Rec. queixa 75/2017, do 2 de novembro de 2017, Rec. cas. 2911/2017, do 9 de marzo de 2018, Rec. cas. 6541/2017, e do 2 de abril de 2018, Rec. cas. 5956/2017.

os miles de traballos monográficos en que poida atoparse algunha referencia xurisprudencial é unha tarefa inabarcable). Pero, mesmo consumadas estas ímprobables tarefas, a afirmación de que non existe xurisprudencia continúa sendo aventurada.

É seguro que a Sección de Admisión da Sala Terceira é consciente destas insuperables dificultades. Pero, se é así, non é comprensible que exixa, igual que en supostos anteriores, que o escrito de preparación conteña “unha mínima argumentación” acerca desta inexistencia⁴², exixencia que é de cumprimento imposible, a menos que se acuda ao absurdo procedemento de mencionar as obras de referencia consultadas en busca de xurisprudencia, e as súas respectivas páxinas, como o autor destas liñas se viu obrigado a facer nalgunha ocasión. Igual que antes se dixo a propósito dun suposto semellante, rebater esa afirmación, facendo constar a xurisprudencia existente, é unha tarefa que debe facer de oficio a sala (cuxa memoria acerca da súa propia doutrina é, naturalmente, moito máis rica que a que poida ter calquera letrado) ou a parte que se opoña á tramitación do recurso, se é que ten acceso ao contido do escrito de preparación.

Agás neste capital extremo, as restantes indicacións relativas a este motivo casacional proporcionados polos autos da Sección de Admisión son bastante lóxicas e, nalgún caso, ben coñecidas. Así, cando recordou a súa tradicional doutrina de que un único pronunciamento do Tribunal Supremo non constitúe xurisprudencia⁴³, o que permite a válida invocación deste motivo, ou cando advertiu que cabe tal invocación cando, mesmo existindo fallos reiterados, é conveniente un novo pronunciamento dirixido a reafirmar, reforzar ou clarificar a doutrina xa emitida⁴⁴. E tamén cando recordou que a inexistencia de xurisprudencia non é un feito suficiente, por si só, para facer entrar en xogo este motivo casacional, sendo imperativo que a parte recorrente argumente e xustifique o interese casacional que obxectivamente posúa a doutrina que se pretenda sentar⁴⁵.

É menos asumible, pola contra, a súa “teoría do acto claro”, en virtude da cal non resulta necesaria a formación de xurisprudencia cando os termos literais da norma cuxa interpretación se pretende son inequívocos⁴⁶. Certamente, non é acollible un recurso de casación no cal a doutrina que se pretende que sexa sentada constituía unha reprodución dos termos literais da norma, pero é notorio que toda norma, por clara que sexa, admite interpretacións diversas, polo que non é impertinente intentar que se confirme algunha delas, mesmo aínda que estea acollida xeralmente na comunidade xurídica.

⁴² AATS do 9 de febreiro de 2017, Rec. cas. 131/2016, de 2 e 27 de novembro de 2017, Rec. cas. 2872/2017 e Rec. queixa 523/2017, e do 11 de abril de 2018, Rec. queixa 45/2018.

⁴³ ATS do 5 de febreiro de 2017, Rec. cas. 2717/2017, do 5 de decembro de 2017, Rec. cas. 2717/2017, e do 16 de marzo de 2018, Rec. cas. 6716/2017.

⁴⁴ AATS do 15 de marzo de 2017, Rec. cas. 93/2017, do 16 de maio de 2017, Rec. cas. 685/2017, e do 27 de novembro de 2017, Rec. cas. 4432/2017.

⁴⁵ AATS do 8 de maio de 2017, Rec. cas. 1439/2017, do 30 de outubro de 2017, Rec. queixa 3666/2017, e do 14 de novembro de 2017, Rec. queixa 459/2017.

⁴⁶ AATS do 4 de abril de 2018, Rec. cas. 41/2018, de 7 e 14 de maio de 2018, Rec. cas. 1163/2018 e 4614/2017, e do 18 de xuño de 2018, Rec. queixa 117/2018.

4.7 O suposto do artigo 88.3.b). O afastamento deliberado da xurisprudencia

Como se dixo xa en numerosas ocasións, esta circunstancia de interese casacional é tan incuestionable como de produción excepcional. Desde logo, nada impide que un xuíz ou tribunal *a quo* sente nas súas sentenzas unha doutrina que, discrepando explicitamente da sentada polo Tribunal Supremo, pretenda a rectificación do criterio deste último; máis aínda, paréceme unha práctica sumamente oportuna, que posibilita a evolución da doutrina xurisprudencial.

Pero non é menos evidente que esta forma de actuar é insólita: aínda que é evidente que o meu coñecemento das decisións dos tribunais é moi limitado, hei de confesar que, na miña prolongada experiencia, como profesor e como avogado, non tiven oportunidade de ler unha soa sentenza de instancia que se pronuncie nos termos indicados. Os órganos de instancia resolven non aplicando con certa frecuencia a xurisprudencia do Tribunal Supremo, pero fano ben por ignorancia desta, ben por respecto ao alto tribunal, omitindo a referencia á doutrina da cal se discrepa. A ignorancia é tan comprensible como escusable, dadas as deficiencias que existiron na exposición tradicional da xurisprudencia, que antes resaltamos; pero o respecto ao Tribunal Supremo carece por completo de xustificación, e non só porque confunde os recorrentes, senón porque é moito máis cortés e elegante, se cabe, a discrepancia amable que a contradición disimulada.

Por estas razóns, non me parece acertado o insistente criterio da Sección de Admisión que, acolléndose aos termos literais do artigo 88.3.b), exixiu que o afastamento detectado na sentenza de instancia sexa consciente, reflexivo e razoado⁴⁷, requisitos que exclúen as discrepancias implícitas, pero inequívocas. Entre estes casos atópanse aqueles en que a resolución contra a que se recorreu non fai referencia ningunha á xurisprudencia que as partes invocaran ao longo do debate, nos cales a Sección de Admisión negou a concorrencia deste motivo casacional⁴⁸; a omisión de alusións á xurisprudencia citada é un indicio evidente da discrepancia, que a Sala Terceira deba corrixir en vía casacional.

4.8 Os restantes supostos de interese casacional

Non merece unha exposición separada a doutrina sentada ata a data pola Sección de Admisión respecto dos demais supostos de interese casacional non referidos anteriormente, que, sen prexuízo da súa importancia nalgúns casos, é moi escasa, polo que pode mencionarse nunha soa epígrafe de modo sintético.

a) Así, e seguindo a orde do artigo 88, pode dicirse, respecto do suposto previsto no seu apartado 2.h) (*impugnación de convenios interadministrativos*), que a sección citada fixo unha interpretación ampliatoria deste, entendendo que este motivo pode

⁴⁷ AATS do 8 de marzo de 2017, Rec. cas. 40/2017, de 10 e 24 de abril de 2017, Rec. cas. 91 e 611/2017, do 20 de novembro de 2017, Rec. queixa 309/2017, e do 16 de maio de 2018, Rec. queixa 505/2017.

⁴⁸ AATS do 8 de marzo de 2017, Rec. cas. 40/2017, e de 10 e 21 de novembro de 2017, Rec. cas. 3196 e 1263/2017.

concorrer non só nos casos estritos de impugnación directa dun convenio, senón tamén cando o debate versa sobre actos de execución dun convenio, pero cuxa resolución exige a interpretación deste⁴⁹. Non podemos senón manifestar a nosa valoración positiva desta exexese do precepto, que noutro caso limitaría o seu ámbito de aplicación ao recurso emprendido por terceiros dos convenios asinados por dúas administracións; os convenios asínanse para seren cumpridos, non para seren impugnados *a posteriori* polas partes.

b) Igualmente razoable foi a doutrina sentada a propósito do apartado 2.i) (*ter sido ditada a sentenza no procedemento especial de protección de dereitos fundamentais*), cuxo entendemento literal tería conducido a un novo abuso deste procedemento especial como unha vía indirecta para a apertura posterior do recurso de casación. Con moito fundamento, a Sección de Admisión declarou que o feito de terse ditado a sentenza no procedemento especial é un mero indicio, non automático, da existencia de interese casacional, o cal debe ser argumentado e razoado de xeito cumprido pola parte recorrente⁵⁰.

c) Foi un tanto oscilante a doutrina sentada sobre o apartado 3.d) do artigo 88 (*sentenzas relativas á impugnación de actuacións dos organismos reguladores cuxo axuízamento lle compete á Sala da Audiencia Nacional*). Nalgún caso, a Sección de Admisión optou por unha interpretación literal e restritiva do precepto, rexeitando os recursos relativos a actuacións de organismos non mencionados explicitamente na disposición adicional cuarta da Lei xurisdiccional⁵¹, malia que tal disposición non menciona todas as personificacións a que é aplicable esta cualificación. Noutros, aplicou analoxicamente as regras dos apartados 1, 2 e 6 da mencionada disposición adicional cuarta respecto das sentenzas relativas a actos de autoridades que resolven recursos contra actuacións de organismos reguladores⁵²; aínda que este criterio foi contradito noutros supostos⁵³.

d) E é oportuno lembrar a única decisión interpretativa do apartado 3.3 do artigo 88 (*actos ou disposicións ditados polos Governos ou Consellos de Goberno de comunidades autónomas*), na cal se lle negou tal consideración ás deputacións forais dos territorios históricos do País Vasco⁵⁴.

e) Finalmente, e en relación coas excepcións á presunción de interese casacional que afectan aos supostos das letras a), d) e e) do apartado 3, debe mencionarse a doutrina da Sección de Admisión que recorda a obriga dos recorrentes de xustificar razoadamente a non concorrencia destas excepcións e, polo tanto, a relevancia do

⁴⁹ ATS do 5 de decembro de 2017, Rec. cas. 4797/2017.

⁵⁰ AATS do 15 de marzo de 2017, Rec. queixa 110/2017, e do 2 de novembro de 2017, Rec. queixa 575/2017.

⁵¹ Así, no ATS do 18 de abril de 2017, Rec. cas. 114/2016; ben é certo que a actuación impugnada na sentenza era do Comisionado para o Mercado de Tabacos, que moi dificilmente pode cualificarse de auténtico organismo regulador. Igualmente, o ATS do 18 de outubro de 2017, Rec. cas. 3206/2017, que lle nega acertadamente a consideración de organismo regulador ao Secretario de Estado de Telecomunicacións.

⁵² ATS do 12 de xuño de 2017, Rec. cas. 1883/2017, sobre unha decisión do Ministro de Economía e Competitividade, que resolve o recurso interposto contra unha sanción ditada pola CNMV.

⁵³ Así, nos acordos do TEAC ditados en recursos contra actos da AEAT: AATS do 25 de xullo de 2017, Rec. cas. 1263/2017, e do 18 de xuño de 2018, Rec. queixa 117/2018.

⁵⁴ ATS do 2 de novembro de 2017, Rec. cas. 2911/2017.

asunto para os efectos de formación de xurisprudencia⁵⁵, unha doutrina que dilúe aínda máis a cuestionable distinción que a lei estableceu entre os supostos dos apartados 2 e 3.

5 Conclusión

Os datos que quedaron expostos ofrecen, por si sós, un panorama que case non é necesario resumir. No plano cuantitativo, a perspectiva que presenta o avultado número de recursos de casación preparados é literalmente alarmante, igual que o número de recursos admitidos a trámite; unha e outra circunstancia ameazan con retrotraernos ao estado de conxestión que padecía o Tribunal Supremo nos primeiros anos da década precedente, o que impedirá a construción reflexiva e meditada de xurisprudencia, a non ser que se opte pola produción en masa de sentenzas, que impedirá tal construción e o obxecto crucial da reforma. Por máis impopular que resulte esta proposta (e máis dita por un avogado en exercicio), non cabe outra alternativa que unha redución drástica do número de recursos admitidos e unha mellora e aumento dos efectivos de apoio de que dispón hoxe a Sala Terceira.

E, na súa aplicación práctica, a doutrina sentada ata a data pola Sección de Admisión non ofrece excesivos perfís dignos de crítica. As interpretacións apuntadas sobre o sentido das distintas circunstancias de interese casacional enumeradas no artigo 88 son, en conxunto, razoables, se se fai excepción de rigor en exixencia de argumentacións alí onde estas non son necesarias ou simplemente posibles. E, aínda que o emprego dos reais ou supostos vicios formais dos escritos de preparación sexa excesivo e innecesario, é comprensible tendo en conta a escasa calidade técnica de moitos recursos que chegan á Sala Terceira. É verdade que o nivel de coñecemento do proceso contencioso-administrativo aumentou notablemente no mundo da avogacía española; pero quedan aínda numerosos colectivos que continúan imperturbablemente instalados na ignorancia e no desprezo cara ás formas, e tamén na inclinación a interpor recursos carentes de toda viabilidade por razóns puramente económicas. De nada serve a autocontención e o rigor formal na Sala Terceira se iso non se acompaña dunha actitude idéntica nos letrados dos recorrentes, que só se conseguiría coa imposición de estritos requisitos de experiencia e prestixio para a sinatura dos escritos casacionais, como sucede en moitas xurisdicións estranxeiras, unha imposición que hoxe é de imposible formulación, pero que, como tantas outras cousas, terá que chegar.

REGAP



ESTUDIOS

⁵⁵ ATS do 4 de xullo de 2018, Rec. cas. 1461/2017, relativo á letra e) do apartado 3.

A xurisdición contencioso-administrativa tras vinte anos de vixencia da Lei 29/1998

La jurisdicción contencioso-administrativa tras veinte años de vigencia de la Ley 29/1998

The contentious-administrative jurisdiction after twenty years of the validity of Law 29/1998



JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN

Catedrático de Dereito Administrativo
Universidade Complutense de Madrid
jbano@pdi.ucm.es

Recibido: 02/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.29>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Tras vinte anos de vixencia, a Lei 29/1998 da xurisdición contencioso-administrativa mostra signos de debilidade que exigen reformas. O traballo explora criticamente a aplicación da lei, propón reformas tanto da lei procesual como dalgúns dos factores extraprocesuais que condicionan a xustiza administrativa.

Palabras clave: Contencioso-administrativo, competencias, medidas cautelares, execución de sentenza, calidade da xustiza, dixitalización do contencioso, planta da xurisdición, obxecto do recurso, procedemento contencioso, reconvencción, reforma do contencioso, vía de feito.

Resumen: Tras veinte años de vigencia, la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa muestra signos de debilidad que exigen reformas. El trabajo explora críticamente la aplicación de la ley, propone reformas tanto de la ley procesal como de algunos de los factores extraprocesales que condicionan la justicia administrativa.

Palabras clave: Contencioso-administrativo, competencias, medidas cautelares, ejecución de sentencia, calidad de la justicia, digitalización del contencioso, planta de la jurisdicción, objeto del recurso, procedimiento contencioso, reconvencción, reforma del contencioso, vía de hecho.

Abstract: After 20 years in force, Law 29/98 of the Judicial Administrative Litigation Proceedings shows signs of weakness that require reform. This paper explores critically the application of the norm, proposes reforms both procedurally and outside the proceeding of those aspects that constrain administrative justice.

Key words: Administrative litigation, competences, interim measures, execution of a judicial decision, quality of Justice, digitalization, territorial jurisdiction, proceeding, reconvene, reform of administrative litigation proceedings, fait accompli.

SUMARIO: 1 Enfoque metodolóxico. 2 Factores extrínsecos. 2.1 A calidade da xustiza, o dilema brevidade ou calidade. 2.2 A calidade da xustiza contenciosa depende moito da calidade do procedemento e do recurso administrativo. 2.3 Calidade das partes e do xuíz. 2.4 A dixitalización do contencioso. 2.5 O sistema de retribucións como condicionante da independencia xudicial. 3 Factores intrínsecos ao proceso. 3.1 Planta e competencia dos órganos xurisdicionais. 3.2 Unha omisión relevante: a reconvenção. 3.3 O obxecto do recurso: Actuación fronte a acto administrativo. Os leves progresos da lei. 3.4 Excurso sobre a vía de feito. 3.5 O procedemento abreviado. 3.6 Medidas cautelares: Algunhas propostas de mellora. 3.7 Execución de sentenzas contra a Administración: Resumo dunha frustración.

1 Enfoque metodolóxico

Os 20 anos transcorridos desde a entrada en vigor da reforma da Lei da xurisdición contencioso-administrativa é tempo suficiente para xustificar un balance sobre os efectos da lei, os seus acertos e insuficiencias.

Ese balance quedaría moi minguado, non obstante, se non atendésemos a outros factores que sempre se deben ter en conta na aplicación dunha lei procesual administrativa, que está moi condicionada pola calidade do procedemento e a vía previa administrativas e pola forma de organización do poder xudicial.

Non trataremos neste traballo algunhas das modificacións introducidas ao longo destes anos na Lei xurisdicional, como a recente reforma do recurso de casación ou a introdución pola Lei de garantía da unidade de mercado dun procedemento especial, con regras excepcionais de lexitimación da CNMC ou de competencia da Audiencia Nacional, que malia o seu indubidable interese desbordarían os límites da nosa análise. Tampouco examinaremos a peculiar posición do procedemento especial sobre dereitos fundamentais que responde á exixencia constitucional do artigo 53 CE, pero que hoxe en día se antolla como un procedemento anacrónico, se se parte da base de que nun Estado de dereito os dereitos fundamentais conforman o enteiro ordenamento xurídico, incluíndo, como é lóxico, o dereito procesual. O que tivo sentido no ano 1978 (recórdese que a Lei 62/78 que introduciu o procedemento especial é anterior á Constitución) hoxe é unha reliquia que só ten utilidade para o dereito de manifestación e que quedou maioritariamente reducido ao dereito de acceso do artigo 23.2 CE.

Mentres non se reforme a Constitución, o lexislador está obrigado a manter ese recurso preferente e ordinario, e os tribunais terán que seguir ocupándose da bizantina discusión entre as afectacións directas aos dereitos fundamentais e os que son propios da lexislación ordinaria, *summa divisio* propia da xurisdición constitucional, pero totalmente artificial cando se examina a legalidade da actuación administrativa.

2 Factores extrínsecos

2.1 A calidade da xustiza, o dilema brevidade ou calidade

Desde a instauración do Consello Xeral do Poder Xudicial, houbo unha loable política de redución dos prazos baixo o coñecido tópico de que unha xustiza que é lenta non

é xustiza. É indubidable que, en conxunto, os prazos de tramitación ata a sentenza dos procesos contencioso-administrativos se reduciron sinxelamente e non cabe senón felicitarse por iso¹. A creación dos xulgados do contencioso-administrativo contribuíron a ese éxito sen dúbida, como tamén o fixeron no seu día a imposición de custas por vencemento como medida xeral ou a política de taxas ata que foi declarada inconstitucional por varias sentenzas do Tribunal Constitucional, ou máis simplemente a influencia da crise económica de 2008.

Ese feliz acurtamento dos prazos non se correspondeu cun aumento da calidade do contencioso-administrativo. Malia non estaren establecidos academicamente os factores que inflúen na calidade, é un feito que non escapa á observación de calquera que teña trato coa xurisdición contencioso-administrativa que hai diversos indicios obxectivos de calidade que demostran o longo camiño que queda por percorrer, pois aínda que unha xustiza lenta pode non ser xustiza tampouco o é unha xustiza inxusta por falta do repouso ou o coñecemento necesarios para resolver un proceso que afecta aos dereitos do cidadán e aos poderes públicos. Podemos destacar entre eses indicios de calidade os seguintes:

2.2 A calidade da xustiza contenciosa depende moito da calidade do procedemento e do recurso administrativo

a) A xustiza administrativa non empeza nin remata no proceso contencioso, empeza e remata na Administración, evitando o maior número de conflitos e facilitando a execución das sentenzas.

É un feito que, na Administración en masa (sancións de tráfico, inmigración e estranxeiría, por exemplo) non existe un sistema útil de recursos administrativos o que pesa sobre o contencioso. A experiencia dos tribunais de recursos contractuais demostrou que a instauración de órganos administrativos neutrais de recursos contribúe á mellora da xustiza administrativa. Do mesmo xeito, unha reconsideración do enteiro sistema da vía económico-administrativa nos recursos contra a facenda pública, reforzando a posición independente dos tribunais económico-administrativos podería contribuír a reducir a enorme litixiosidade na interpretación da normativa tributaria. Noutro lugar² tratamos con algunha extensión a crítica ao sistema de recursos administrativos, polo que é obrigado remitirnos por enteiro a aquelas consideracións que, polo demais, comporta a maioría da doutrina científica.

b) Independentemente do sistema de recursos administrativos, as normas do procedemento administrativo tecnicamente defectuosas poden impedir ou dificultar o control contencioso-administrativo. Ilustrarémosto co exemplo da regulación do expediente administrativo na Lei 39/2015, de procedemento administrativo común (LPAC).

¹ DÍEZ SASTRE, S. (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018. Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial, Derechos Fundamentales, Personal de la Administración, Protección de Datos y Transparencia*, CIJA-UAM, Madrid, 2018.

² BAÑO LEÓN, J.M.^a, "El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español", López Ramón, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA/INAP, Madrid, 2016, pp. 647-670.

O artigo 70 LPAC, tras definir nos seus tres primeiros parágrafos o concepto de expediente, di no parágrafo número 4 que “non formará parte do expediente administrativo a información que teña carácter auxiliar ou de apoio”, entre a que conta “os xuízos de valor emitidos polas administracións públicas, salvo que se trate de informes preceptivos e facultativos, solicitados antes da resolución administrativa que poña fin ao procedemento”.

Noutro lugar³ ocupámonos do escaso sentido desta excepción que lle impide ao interesado coñecer os xuízos dun funcionario se non se lle solicitou e a súa dubidosa constitucionalidade conforme o artigo 24 CE. O que agora nos interesa destacar é que este tipo de preceptos dificulta extraordinariamente o control xurisdicional e a información do particular. No procedemento impugnatorio o cabal coñecemento do expediente é esencial para apreciar ilegalidades non advertibles a simple vista. Se a mesma lei procedemental permite a expurgación do expediente, convirase en que se pode obstaculizar, cando non cernar, o dereito a un xuízo xusto.

2.3 Calidade das partes e do xuíz

Non menos importante é a calidade das partes. Digamos claramente que non sempre nos procesos contencioso-administrativos os avogados contan coa calidade debida. Trátase dunha cuestión de difícil resolución, xa que non parece que en España puidese doadamente aprobarse normas, como existen noutros países, que introducen factores de antigüidade ou de calidade para actuar ante determinadas instancias como o Tribunal Supremo. Por outra parte, os servizos xurídicos da Administración, moitas veces desbordados, non sempre están servidos como debera ser idoneamente, aínda que é unha práctica inveterada que o xuíz do contencioso defenda a posición da Administración, malia os defectos técnicos da defensa, a prol do interese público ao considerar que a actuación é axustada a dereito. Isto non está previsto na LRXCA, a salvo da potestade xurisdicional para formular ás partes de oficio cuestións non alegadas por estas (artigo 65.2) ou acordar, tamén de oficio, a práctica de probas (artigo 61.1), pero moitos xuíces do contencioso aplícano a diario, matizando o argumento de que se trata dun auténtico proceso entre partes; é desde logo un proceso pero o interese público sempre planea sobre a decisión do xuíz, fose ou non axeitadamente sostida polo defensor da Administración pública.

Moi relevante é, tamén, a especialización xudicial. Segundo o presidente da Sala do Contencioso⁴, o número de especialistas non supera o 10 %. Se a el lle sumamos os maxistrados provenientes da cuarta quenda que, pola súa orixe, acreditaron coñecementos e experiencia en materias administrativas, pode dicirse que, en total, o número de maxistrados con algún tipo de especialización no dereito público

³ BAÑO LEÓN, J.M.^a, “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”, Parejo Alfonso, L., e Vida Fernández, J., *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, Libro homenaje al Prof. Tomás de la Quadra-Salcedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 442-445.

⁴ DíEZ-PICAZO, L.M.^a, “Reflexiones sobre la justicia administrativa en España”, versión provisional de la ponencia presentada al *XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Murcia, 2019. Disponible en: www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos (25 de marzo de 2019).

(incluíndo o dereito constitucional, o dereito administrativo e o dereito tributario) non chega ao 20 %, cifra evidentemente insuficiente.

Ao noso xuízo, a especialización xudicial xenérica nas grandes ramas do dereito é imprescindible. Non estamos falando de expertos nunha materia concreta, urbanismo, tributos, medio ambiente, senón dun mínimo coñecemento das bases do dereito público. O sistema de acceso común á carreira xudicial debería ser revisado, incluída a índole exclusivamente memorística das probas. Pero, á marxe da idoneidade das probas, a especialización polas grandes ramas do ordenamento parece unha condición necesaria para unha xustiza de calidade. É posible que factores corporativos teñan influído no inmobiliismo, pero pretender que un xuíz poida servir no contencioso-administrativo sen outra bagaxe que os 14 temas dedicados ao dereito administrativo, dous deles ao contencioso-administrativo, os 26 dedicados ao dereito constitucional, internacional e dereito da Unión Europea, e ningún ao dereito tributario⁵, di moito do anacrónico sistema de formación dos nosos xuíces. Non negamos que todo xurista deba ter unha formación básica en dereito civil e penal, pero pretender que se poida resolver un contencioso-administrativo con garantías sen acervo ningún de dereito público dá que pensar.

Hai, en fin, outros factores dos que tamén depende a calidade da xustiza. Referímonos, por un lado, á adecuación tecnolóxica e, por outro, ás deficientes normas substantivas que pode inducir a unha incorrecta administración de xustiza.

2.4 A dixitalización do contencioso

Outro elemento en absoluto desdeñable é a dixitalización da Administración de xustiza, aínda nos seus comezos. É obvio que este é un feito inelutable, como no seu día foi o da mecanización da escritura, e nada hai que opor a que se implante na Administración de xustiza como se está a facer progresivamente na Administración pública.

Porén, existe un perigo, que xa se advirte na práctica: a dixitalización pode converterse nun medio de cernar dereitos se non se poñen as cautelas necesarias. Como subliñamos noutro lugar⁶, a garantía efectiva dos dereitos na Administración, en particular na de xustiza, non xoga tanto nas previsións da lei como no deseño técnico do *software* que faga posible o exercicio dos dereitos. É obvio que a Constitución e os dereitos que garante teñen que ser os mesmos na Administración tradicional que na dixital. Denominamos a esta garantía “principio de equivalencia”.

Este principio non se cumpre, non obstante, na práctica da nosa Administración, xa que as proclamacións enfáticas das nosas leis sobre as vantaxes da Administración dixital non van acompañadas da exigencia de que os programas informáticos garantan

⁵ Véxase o programa publicado no BOE n. 165, do 9 de xullo: 92 temas de dereito civil, 63 de dereito penal, 58 de dereito procesual civil, 35 de dereito procesual penal, 16 de dereito mercantil, 13 de dereito do traballo.

⁶ BAÑO LEÓN, J.M.ª, “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”, cit., pp. 434-437.

en todo caso os dereitos. Rubén Martínez⁷ mostrou a falta de garantías neste sentido. Pode engadirse ás súas consideracións un exemplo. Non existe técnica ningunha sobre a forma de confeccionar o expediente xudicial e o índice descriptivo dos documentos que contén. Calquera que teña experiencia práctica pode comprobar como cada Administración “confecciona” o expediente dun xeito, facendo ás veces imposible o manexo razoable da documentación mediante a edición de documentos en formato PDF sen unha referencia suficiente. O resultado é que as partes teñen moitas dificultades para un acceso rápido ao expediente e poder detectar os extremos que lle interesan ou os documentos que se necesitan. Engádase a iso o feito de que cada comunidade autónoma ten un sistema diferente informático, de modo que non é estraño que ás veces o xuíz teña dificultades para a consulta.

Este panorama débese a que a dixitalización exige, sen dúbida, un protocolo técnico único que faga posible o exercicio real dos dereitos, incluído o dereito de defensa. Esta é unha cuestión básica que non pode quedar ao criterio de cada Administración e na que se xoga, nada menos, que a posibilidade mesma de exercicio dos dereitos.

2.5 O sistema de retribucións como condicionante da independencia xudicial

A lectura do Regulamento 2/2018, aprobado polo Consello Xeral do Poder Xudicial (BOE do 18 de decembro de 2018), é desoladora. O regulamento fixa as regras pretendidamente obxectivas para a remuneración por produtividade dos xuíces. Para iso establece a duración media das actuacións xudiciais.

No contencioso-administrativo, por exemplo, unha hora para adoptar unha medida cautelar, 5 ou 6 horas para unha sentenza, incluíndo neste cómputo non só o tempo de redacción, senón –suponse que existe– estudo do asunto.

Esta visión taylorista do traballo xudicial non é neutra no contencioso-administrativo. Ten como indesexable repercusión favorecer a Administración autora do acto. Posto que o xuíz ten que traballar arreo, na acertada expresión de Gabriel Doménech, o incentivo para desestimar o recurso ou a medida cautelar aceptando os razoamentos da Administración é moi elevado. Como demostrou precisamente Gabriel Doménech con estatísticas irrefutables, a forma de retribución inflúe no nesgo da decisión xudicial⁸.

Polo demais non será impertinente notar que unha decisión de tal calado debería ser adoptada polo lexislador mesmo e non polo Consello Xeral do Poder Xudicial⁹.

⁷ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Los retos de la innovación tecnológica en la jurisdicción contencioso-administrativa”, Ponencia al XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Murcia, 2019. Dispoñible en: www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos (25 de marzo de 2019).

⁸ DOMÉNECH PASCUAL, G., *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

⁹ Véxase a STC 135/2018, do 13 de decembro, que anula o artigo 367.1 LOPX, por non precisar as consecuencias derivadas da carencia de aptitude dos xuíces e maxistrados suspensos que pretenden reingresar ao servizo activo. No FX 7, o tribunal sostén que se infrinxiu a reserva de lei nos seguintes termos: “Da literalidade do precepto non se poden obter os parámetros para alcanzar certeza ou cognoscibilidade dos presupostos que definen, nin da concreta finalidade que se persegue coa declaración de aptitude necesaria para a reincorporación ao servizo activo e en consecuencia para que cese a situación de suspensión de funcións

Neste sentido, o artigo 8 da Lei 15/2003, do 26 de maio¹⁰ é de dubidosa constitucionalidade, na medida en que remite practicamente en branco ao Consello a competencia para a adopción dos criterios en que se basea a produtividade, en contra da xurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 83/84; 292/2000). Non hai unha causa obxectiva e razoable que xustifique esta habilitación sen límite da lei ao regulamento. En atención ás importantes repercusións que a produtividade ten sobre a función xurisdiccional, debería ser o lexislador o que establecese os criterios esenciais que deben medirla e o que, substancialmente, debería optar por un sistema de medición cualitativa ou cuantitativa. Así o exixen os artigos 117 e 122 CE, que establecen a reserva de lei nesta materia. Todo iso á marxe de que criterios como o de estimación do horario medio das resolucións xudiciais poderían considerarse contrarios á independencia xudicial, na medida en que *de facto* incentivan o estudo superficial dos asuntos, impedindo que o xuíz dedique todo o tempo que estime suficiente á resolución do caso.

A previsión no regulamento da posibilidade de que o xuíz excepcionalmente solicite máis tempo para os asuntos de maior complexidade non é suficiente para xustificar o sistema, pois do que se trata é de que o xuíz poida exercer independentemente o seu labor xurisdiccional. A retribución do xuíz en razón a criterios cuantitativos debería reconsiderar seriamente, xa que afecta á esencia mesma da función xurisdiccional. Un xuíz non é un inspector de facenda¹¹.

Regap



ESTUDIOS

3 Factores intrínsecos ao proceso

3.1 Planta e competencia dos órganos xurisdicionais

Tras examinar os factores que denominamos extrínsecos aos propiamente procesuais, debemos ocuparnos destes últimos. Para iso contrastaremos as principais novidades da Lei 29/1998 coa súa aplicación práctica.

*aplicada como sanción disciplinaria. A ausencia de regulación normativa, que afecta directamente ao estatuto xudicial, non permite efectuar unha valoración anticipada polos que deben aplicala. A orfandade reguladora, na cal o termo «aptitude» aparece libre de calquera roupaxe xurídica que permita delimitalo, produce unha incerteza insuperable acerca dos aspectos a tomar en consideración para valorar esta, malia que da declaración de aptitude depende que o maxistrado poida exercer ou non a función xurisdiccional. A norma non permite definir o que debe entenderse por aptitude e en consecuencia cales son os parámetros para valorar a idoneidade, suficiencia ou capacidade de quen pretenda a dita declaración. Non se dan as condicións de accesibilidade nin de cognoscibilidade do contido da declaración a que se refire o precepto e da que depende de facto a proxección temporal ou o cesamento da sanción de suspensión de funcións iniciada como consecuencia do procedemento disciplinario. A norma neste punto aparece desprovista das garantías constitucionalmente exixidas polo principio de seguridade xurídica (art. 9.3 CE) e reserva de lei (arts. 117.2 e 122.1 CE). É certo que a norma se ten por existente e vivente, presupostos estes necesarios para satisfacer as exixencias de seguridade xurídica, pero non suficientes, xa que que desta non resulta a posibilidade de entender o que a norma determina: o seu sentido». Cabe formularse se *mutatis mutandi* non acontece o mesmo respecto da Lei 15/2003, pois, aínda que se trate de lei ordinaria, non cabe, ao noso xuízo, entregarlle ao CXPX unha competencia en branco sobre os criterios das retribucións variables, dado o seu importante relevo na neutralidade da función xurisdiccional.*

¹⁰ Di o número 1 do texto legal: "O obxectivo para cada destino na carreira xudicial será fixado polo Consello Xeral do Poder Xudicial conforme módulos de dedicación ou outros criterios técnicos que considere convenientes".

¹¹ Iso á marxe de que tamén os sistemas de retribución variables da Inspección de facenda teñen un nesgo moi marcado. É obvio que, se a retribución variable tivese en conta non só a contía das actas liquidadas, senón tamén a súa ratificación ou anulación polos tribunais, a actitude da Axencia Tributaria sería máis garantista. Pero, sendo grave que as retribucións poidan influír na obxectividade dos funcionarios, non é comparable institucionalmente coa exixencia de neutralidade da función xurisdiccional.

Non é imputable á Lei 29/1998 a organización da planta contencioso-administrativa que vén deseñada pola LOPX co corpo estraño da Audiencia Nacional e os xulgados centrais, que non responde a lóxica ningunha máis alá de pór en evidencia a singularidade procesual penal da dita xurisdición creada, orixinarimente, para combater o terrorismo.

Si que é criticable que a LRXCA siga mantendo a distribución de competencias entre os órganos xurisdicionais con fundamento nun criterio orgánico, de modo que simples cambios na atribución de competencias entre os órganos dunha mesma Administración determinen automaticamente unha modificación na distribución de asuntos entre os órganos da xurisdición, permitindo que a Administración, por un simple regulamento orgánico, inflúa na determinación do xuíz competente, o cal é dubidosamente compatible co dereito fundamental do cidadán ao xuíz ordinario predeterminado pola lei, que non se cumpre, ao noso xuízo, cando por vía regulamentaria se permite *de facto* que a Administración altere ou “elixa” o órgano xurisdiccional que máis lle convén.

Na nosa opinión, sería desexable que a atribución de competencias xurisdicionais responda ao criterio obxectivo do ámbito territorial de cada Administración, de xeito que, con excepcións taxadas, lle corresponda ao xuíz a competencia para dirimir os procesos en primeira instancia e aos tribunais superiores de xustiza as apelacións, garantíndose, por regra xeral, a dobre instancia sen prexuízo do recurso extraordinario de casación. A lista de excepcións, é dicir, de asuntos que deben corresponder en primeira instancia aos tribunais superiores ou ao Tribunal Supremo debe quedar reducida ás disposicións de carácter xeral e para algúns asuntos especialmente complexos.

3.2 Unha omisión relevante: a reconvención

Outro asunto que a LRXCA 98 non afronta é o da posibilidade de reconvención, que xa González Pérez propuxo de maneira temperá.

Non se trata de xeneralizar a reconvención, pois ningún sentido ten esta perspectiva cando o que se demanda é pura e simplemente a anulación dun acto administrativo ou o recoñecemento dun dereito en relación entre a Administración e o particular¹².

Existen casos, non obstante, onde a reconvención podería facilitar a xestión do proceso, como todos aqueles que se basean en procedementos administrativos de concorrencia competitiva (selección de contratistas, concursos de funcionarios, etc.).

Na práctica, acontece que o codemandado a quen beneficia o acto non pode, pola súa vez, exixir unha modificación do resultado do concurso ao seu favor polo simple feito de que ese resultado o beneficia. Así, o número un nun concurso non impugna lóxicamente o resultado do concurso, pero, cando o fai quen obtivo un número superior ou simplemente suspendeu, aquel pode ter interese tamén nos aspectos que o prexudiquen. Dígase o mesmo en materia contractual. O prazo preclusivo de dous

¹² Certo é que no dereito procesual sancionador da Unión Europea se admite que a Comisión pode pedir e o xuíz impor unha sanción máis grave que a imposta pola Administración.

meses prexudica o beneficiario do acto cando ten noticia de que existe un recurso que o prexudica. A lexislación procesual só lle permite defender o acto, pero non impugnalo mediante a reconvencción cando a súa situación puidese mellorar como consecuencia da incorrecta baremación ou puntuación do candidato.

É lóxico que quen se beneficia do acto non recorra, pero é igualmente ilóxico que non exista a posibilidade de mellorar a súa posición cando o acto é impugnado por outro candidato. O interese na impugnación do beneficiario do acto só nace cando a súa posición xurídica é ameazada polo recurso doutro concursante. Nestas circunstancias, é absurdo que a lei non prevea a posibilidade de abrir a impugnación mediante a reconvencción á vista da demanda, pois esa imprevisión do lexislador sitúa o codemandado nunha posición de indefensión e impide que o xuíz teña un coñecemento completo de todas as circunstancias do concurso, de xeito que pode darse o caso de que o beneficiario da adxudicación do contrato, por exemplo, sexa relegado como consecuencia da estimación do recurso do demandante ao non poder aquel pór de relevo a minusvaloración doutro aspecto da oferta que ignoraba no momento de adxudicación do contrato ao seu favor. Téñase en conta que, neste tipo de procedemento competitivo, a reconvencción non vai dirixida tanto contra a Administración, á que lle é indiferente xuridicamente que se impoña un ou outro dos candidatos, como contra o competidor. Nestes procesos competitivos non ten lóxica que a Administración poida recorrer, pero si a ten enteiramente que o faga o competidor codemandado.

Outro tipo de asuntos en que a reconvencción ten toda lóxica no proceso contencioso son os que se refiren a relacións bilaterais, tanto as provenientes dos contratos públicos como as dos convenios administrativos e interadministrativos.

Na lóxica da relación bilateral civil é frecuente que a denuncia por unha parte do incumprimento do contrato se responda pola outra parte cunha demanda reconvenccional por incumprimento da outra parte.

Reducir a oposición da parte demandante á *exceptio non adimpleti contractus* supón unha minoración dos dereitos de defensa, xa sexa a parte demandada unha Administración ou un particular. Na actualidade a inexistencia de reconvencción obriga o demandado a iniciar un procedemento administrativo novo se se trata da Administración contratante, ou a instar da Administración unha nova solicitude se se trata dun particular¹³, cando o lóxico sería que no mesmo preito se tramitasen todas as pretensións relacionadas coa execución do contrato ou do convenio administrativo, dado que estamos ante unha relación xurídica bilateral¹⁴.

A tradicional prohibición da reconvencción no contencioso¹⁵ baseábase na existencia dun proceso exclusivamente dirixido ao acto, de onde podía dicirse que quen

¹³ No caso dun convenio entre administracións con distinto ámbito territorial, a inexistencia de reconvencción produce ademais o efecto engadido de que a Administración demandada nun proceso ante un xuíz terá que formular unha demanda ante outro xuíz nun ámbito territorial diferente, o que pode permitir sentenzas contraditorias.

¹⁴ Aínda que na lexislación contractual pública as pretensións se articulen como un proceso de impugnación ao acto, en realidade trátase de pretensións relativas a unha relación xurídica bilateral (interpretación, efectos, incumprimento, resolución dun contrato), polo que tería toda a lóxica que a Administración puidese reconvir nunha futura reforma da LRXCA.

¹⁵ ALCALÁ-ZAMORA, N., *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943, citado por GONZÁLEZ-PÉREZ, J., "La acumulación de pretensiones en el proceso administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 10, 1953, p. 98, *apud.* nota 19.

non impugnara no seu momento a resolución administrativa non podía logo reabrila pola vía da reconvencción. Por outra banda, aduciuse que o principio de irrevogabilidade dos actos administrativos e a prohibición de *reformatio in peius* se opoñen con carácter xeral á reconvencción¹⁶. Pero esta prohibición perdeu gran parte da súa lóxica cando o obxecto do contencioso-administrativo remite hoxe non só á actividade da Administración, senón a un conxunto moi importante de relacións xurídico-públicas, moitas delas bilaterais, e tamén a actos administrativos multipolares, nos cales ten perfecta lóxica que quen consente o acto que o beneficia poida optar pola reconvencción cando a demanda do recorrente pon de relevo que tamén o acto o pode prexudicar nun procedemento competitivo ou cando se trata de relacións bilaterais, onde propiamente non existe un acto administrativo.

Unha recente sentenza do Tribunal Supremo (Sentenza 604/2019, do 7 de maio), que menciona sen citala outras anteriores da mesma sala e sección, tratou de remediar os males que suscita a imposibilidade de reconvencción nos concursos de funcionarios mediante unha interpretación creativa da lei procesual, que en síntese consiste en dicir que o dereito á tutela xudicial efectiva lle permite ao codemandado nun procedemento competitivo alegar na contestación ante o tribunal e pedir que se revisen os aspectos do acto administrativo que o prexudican, unha vez coñece a demanda do aspirante que impugna o acto. Xa expuxemos aquí as razóns que xustifican a posibilidade de reconvencción, que é o que vén recoñecer o Tribunal Supremo nesas sentenzas. Non obstante, cremos que o asunto tería merecido unha reflexión do pleno da Sala Terceira, que non pode reducirse ao ámbito funcional, pois os mesmos problemas se suscitan en calquera procedemento de concorrencia competitiva, e que debería ter deixado claro un cambio de criterio na posición procesual do codemandado, que é revolucionaria á vista dos estritos termos do artigo 21.1.d) en relación co artigo 46.1 LRXCA, así como a reiterada xurisprudencia que sostén que a localización como codemandado non autoriza a impugnar o acto, senón só a defendelo. A posibilidade de que o demandado non só faga valer as razóns que se opoñen á demanda, senón que introduza, pola súa vez, os elementos de impugnación do acto que reforzan a súa posición, que o tribunal deduce sen máis do dereito á tutela xudicial efectiva, debe ser benvida e debería mover o lexislador a unha reforma no sentido apuntado.

3.3 O obxecto do recurso: actuación fronte a acto administrativo. Os leves progresos da lei

A lectura da exposición de motivos da Lei 29/1998 pode chegar á errónea conclusión de que a norma introduce un profundo cambio respecto da concepción da LRXA 1956, na cal a acción impugnatoria do acto monopolizaba todo o sistema de accións da lei, de sorte que calquera pretensión, fose ou non autenticamente impugnatoria, ou o recoñecemento dun dereito e non propiamente a anulación dun acto administrativo, debía articularse a través da impugnación dun acto expreso ou presunto. Coa limitada

¹⁶ Vid. HUERGO LORAS, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 56-58.

excepción da Lei 62/1978, de protección de dereitos fundamentais, que permitía o acceso á xurisdición fronte a calquera violación dun dereito fundamental, mesmo sen mediar acto ou recurso administrativo ningún, a Lei de 1956 instrumentaba calquera pretensión a través da impugnación dun acto expreso ou presunto.

Certamente, a LRXCA 1998, nos artigos 29 e 30, innovou ao recoñecer accións propiamente executivas sen necesidade da impugnación dun acto, xa que, fronte aos incumprimentos administrativos de obrigas recoñecidas por lei, acto ou convenio, non se exercita acción impugnatoria ningunha, senón que, unha vez reclamado o cumprimento á Administración, o particular pode acudir á xurisdición pedindo o cumprimento da obriga, sen que esteamos en presenza de acto administrativo ningún. E diso resulta a imposibilidade de que a Administración opoña a excepción do acto consentido se o particular non recorre contra a desestimación do requirimento. Da mesma forma, a vía de feito, que tamén a Lei de 1998 introduce formalmente como obxecto dunha pretensión autónoma (aínda que xa a xurisprudencia previa o admitira), non reviste os caracteres dunha acción impugnatoria típica, senón dunha acción de condena consistente en que cesa a actuación manifestamente ilegal da Administración.

O ámbito das accións de condena dos artigos 29 e 30 é moi limitado. O artigo 29 refírese, exclusivamente, a dereitos concretos recoñecidos en favor dunha persoa determinada, o que exclúe do seu ámbito as accións en que se discute o alcance do dereito que necesariamente ten que levarse pola vía da impugnación do acto expreso ou presunto que desestima a reclamación. E o artigo 30, ao referirse a actos firmes que recoñezan obrigas pola Administración, ten tamén un círculo de acción reducido.

A Lei de 1998, sexa por descoido ou pola inercia da tradición, non regula, por exemplo, a acción contra as actuacións materiais da Administración non constitutivas de vía de feito, malia proclamar o contrario a exposición de motivos e insistir en que o obxecto da lei non pode reducirse ao acto, senón a toda a actuación administrativa. Do mesmo xeito, non se ocupa a lei da forma de actuar fronte aos incumprimentos dos convenios entre a Administración e un particular ou fronte ás accións derivadas da eficacia dos convenios entre administracións públicas, que seguen artificialmente tendo que resolverse mediante o expediente de provocar un acto administrativo que se impugna, co cal as regras de competencia do tribunal chamado a axuizar o asunto non dependen de datos obxectivos, como o domicilio do demandado ou o lugar de celebración do convenio, senón de quen sexa a Administración que apareza como demandada. E sobre todo a acción ten necesariamente que articularse como impugnatoria da decisión expresa ou presunta da pretensión que exerce a parte, como se se tratase dun acto administrativo, o que obviamente non é, xa se trate dunha simple actividade material, xa sexa un convenio administrativo, cuestións ambas as dúas que teñen crecente interese e non poden ser consideradas anecdóticas.

Tamén carece dunha canle procesual adecuada o control doutras formas de actuación administrativa. A Administración cada vez máis intervén mediante técnicas de orientación ou persuasión que inciden ou poden incidir nos dereitos dos particulares. As advertencias, comunicacións, etc., non son actos administrativos e, non

Regap



ESTUDIOS

obstante, carecen dunha canle procesual específica, máis alá da xeración artificial dun acto impugnabile.

Dígase o mesmo do silencio. A Lei 29/1998 mantén o mecanismo do silencio administrativo negativo e a súa fixación do acto presunto desestimatorio, nun claro exemplo de conversión dunha acción de condena a que a Administración dite un acto nunha acción de anulación dun acto ficticio desestimatorio.

A lei, en fin, tampouco chega a albiscar a necesidade de articulación dunha canle procesual para o coñecemento dos actos administrativos privados con efectos xurídico-públicos, caso das autoliquidacións tributarias, que agora adquiriron unha notable importancia co auxe das comunicacións previas e as declaracións responsables, actos que non poden ser impugnados directamente polos titulares doutros dereitos aos que aqueles afectan, xa que necesariamente hai que lograr un acto administrativo expreso ou presunto para poder acceder á xurisdición contencioso-administrativa.

Tales insuficiencias teríanse remediado ou mitigado se a lei, en efecto, tivese previsto unha canle procesual para as relacións xurídico-públicas que non se tratan nun acto administrativo, ben por revestiren outras formas de manifestación distintas ao acto unilateral, ben por tratarse de acto dun particular con efectos xurídico-públicos.

Estas insuficiencias reflíctense moi ben no contraste entre o artigo 45.1 e o artigo 1 da LRXCA. O artigo 45.1 LRXCA segue ancorado claramente nunha tradición impugnatoria, por un lado, sen que se corresponda o seu contido co artigo 1 LRXCA. En efecto, o artigo 45.1 di:

“O recurso contencioso-administrativo iníciase por un escrito reducido a citar a disposición, acto, inactividade, ou actuación constitutiva de vía de feito que se impugne...”.

Mentres que, pola súa banda, o artigo 1 ten un contido máis amplo, ao establecer que a xurisdición contencioso-administrativa coñecerá das pretensións que se deduzan en relación coa “actuación” das administracións públicas suxeitas ao dereito administrativo.

Curiosamente, tampouco hai correspondencia entre os artigos 45.1, que ten a importante misión de fixar os límites do obxecto do recurso, ou o artigo 46, que fixa o *dies a quo* do cómputo do prazo, e o artigo 44, que fixa o obxecto do requirimento previo facultativo nos preitos entre administracións públicas. Máis correctamente, este último precepto di que, antes de que unha Administración pública interpoña recurso contencioso-administrativo contra outra Administración, poderá requirila previamente para que derogue a disposición, anule ou revogue o acto, faga cesar ou modifique a actuación material, ou inicie a actividade a que está obrigada”. Neste precepto distínguese moito máis precisamente o que son accións impugnatorias do que son accións de condena, mesmo se fala de actuacións materiais (aínda que non de vía de feito). Non obstante, á hora de presentar o recurso, o artigo 45.1 obriga a Administración recorrente a adaptar a acción ao que recibe a acción impugnatoria, o cal non ten demasiado sentido.

Todas estas insuficiencias aconsellarían unha reforma profunda do obxecto do proceso contencioso-administrativo.

3.4 Excurso sobre a vía de feito

Cabe formularse tamén o acerto de incorporar a vía de feito como obxecto do recurso contencioso-administrativo e a idoneidade de establecer para este caso un réxime especial.

Non é preciso aquí estendernos sobre a orixe da vía de feito, pero si que é conveniente lembrar que tal concepto vai unido ás peculiaridades da xustiza administrativa en Francia e a súa distinción da xurisdición ordinaria no seo da peculiar visión francesa da división de poderes.

A vía de feito (*manquement de droit, manquement de procédure*, nos termos de HAURIOU) é un expediente para permitir que o cidadán acuda ao xuíz ordinario cando a Administración, ao actuar completamente á marxe do dereito, xa non actúa como tal Administración, revestida dos seus privilexios, senón como simple particular, e por iso pode ser xulgada polo xuíz civil.

En España a recepción da vía de feito fíxose de xeito acrítico, como un intento de reforzar as garantías do xustizable, malia que desde a Lei de 1886 a xustiza administrativa é xustiza ordinaria. De feito, no plano legal, o recoñecemento prodúcese na LEF 1954 (artigo 125) como excepción á regra tradicional que non admite “interditos contra as actuacións dos órganos administrativos en materia da súa competencia e de acordo co procedemento legalmente establecido”, nos termos do artigo 103 LPA 1958.

A introdución na Lei da xurisdición da vía de feito tivo en conta, sen dúbida, a crítica que fixo López Menudo¹⁷ aos vaivéns da xurisprudencia menor civil. Pero máis alá deste dato, que a exposición de motivos non recolle, a explicación que a lei ofrece non é moi esclarecedora:

“Outra novidade destacable é o recurso contra as actuacións materiais en vía de feito. Mediante este recurso pódense combater aquelas actuacións materiais da Administración que carecen da necesaria cobertura xurídica e lesionan dereitos e intereses lexítimos de calquera clase. A acción ten unha natureza declarativa e de condena e á vez, en certo modo, interdital, para efectos do cal non pode deixar de relacionarse coa regulación das medidas cautelares. Por razón da materia, a competencia da orde xurisdiccional contencioso-administrativa para coñecer destes recursos explícase sobradamente”.

A LOPX tamén recolle no artigo 9.4 que a orde contencioso-administrativa coñecerá das “actuacións materiais (da Administración) que constitúan vía de feito”.

A ambigüidade dos textos legais levou a discutir se segue vixente o artigo 125 LEF e aínda que a doutrina maioritariamente parece seguir opinando sobre a compatibilidade

¹⁷ LÓPEZ MENDUO, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988.

de ambas as dúas opcións, a xurisprudencia civil maioritariamente inclínase a considerar que é unha competencia exclusiva do contencioso-administrativo¹⁸.

Sexa como for, o que cabe considerar é se unha lei moderna do contencioso-administrativo debería formular a desaparición da vía de feito. Se toda a actividade material e formal da Administración está suxeita á xurisdición contencioso-administrativa, non se ve a necesidade de manter a vía de feito como obxecto de impugnación específica. Unha de dúas, ou a vía de feito é necesaria como mecanismo reforzado de protección ante o xuíz civil, ou a vía de feito é un suposto de nulidade, que, como calquera tipo de ilegalidade, desde a máis importante á máis leve, debe ser obxecto de axuízamento xurisdiccional contencioso-administrativo.

Se o xuíz do contencioso-administrativo é un xuíz ordinario e se a CE lles reconece aos particulares o dereito á tutela xudicial efectiva, se a xurisdición contencioso-administrativa verdadeiramente superou as limitacións que existían no ano 1956, non ten sentido ningún que exista un réxime peculiar da vía de feito, pois este só ten xustificación se existe unha dualidade xurisdiccional.

O quid da cuestión é sinxelamente a medida cautelar, como a propia exposición de motivos reconece. Sobreenténdese que unha actuación groseiramente ilegal da Administración é apreciable *ictu oculi* e debe dar lugar á adopción dunha medida cautelar. De aí que o artigo 136, nestes casos, dispoña que a medida cautelar se adoptará salvo que de xeito patente non concorran as circunstancias que definen a vía de feito ou exista unha perturbación grave dos intereses xerais ou de terceiros. De aí¹⁹, tamén, que en Francia a ampliación das medidas cautelares á disposición do xuíz administrativo e o recoñecemento do Consello de Estado de que a vía de feito pode ser obxecto dun recurso por exceso de poder viñese reducir drasticamente a competencia do xuíz civil.

A supervivencia da vía de feito só ten xustificación se se parte da base de que a xustiza administrativa é ineficaz para remediar este tipo de actuacións. Pero unha xustiza administrativa ordinaria á altura do século XXI non require, non debería requirir, un tratamento especial, máis alá do que debe ou debería dispensarlle a calquera ilegalidade manifesta.

3.5 O procedemento abreviado

Introducido na tramitación parlamentaria do proxecto de lei de 1998 e tomado a préstamo do dereito procesual laboral, o procedemento abreviado, pensado inicialmente para cousas sinxelas, veu converterse nun procedemento cada vez máis utilizado ao ter aumentado a contía (ata 30.000 euros) e terse ampliado as competencias dos xuíces do contencioso polas sucesivas reformas das leis procesuais.

A experiencia práctica demostra que hai dous aspectos necesitados de mellora. En primeiro termo, a oportunidade de que a Administración conteste por escrito á

¹⁸ Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., "Vía de hecho", Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2005, pp. 2651 e ss.

¹⁹ BURLADA ECHEVESTE, J.L., *La vía de hecho en el Derecho Administrativo francés*, Bosch, Barcelona, 2018, pp. 171-213.

demanda antes da vista, o que se explica doadamente por dúas razóns. Facilitaría o traballo do xuíz, xa que a vista permitiría concentrarse tanto nas excepcións procesuais que impiden a continuación do xuízo como nas probas, tendo en conta que tanto o xuíz como as partes acudirán á vista coñecendo os argumentos de debate. Na actualidade, calquera excepción procesual ten que resolverse na vista, co inconveniente de que nin a parte actora nin o xuíz tiveron coñecemento previo. Así, garántese a igualdade de armas das partes, xa que a actora só coñece a excepción na propia vista coas dificultades que iso comporta para o dereito de defensa, máxime nun ordenamento xurídico tan complexo como o administrativo.

En segundo lugar, examinada a demanda e a contestación, as partes terían oportunidade de pedir proba antes da vista, que podería practicarse nesta. Actualmente o demandante que escoita por vez primeira na vista a contestación á demanda dificilmente pode analizar cun mínimo de sosego se complementa a proposición de proba para combater os feitos aducidos pola Administración.

Outra alternativa que puidese manexarse é pura e simplemente trasladar ao contencioso-administrativo o procedemento ordinario civil (demanda, contestación, vista preliminar e vista definitiva), aínda que talvez non fose necesario na maioría dos casos trasladar o sistema de dobre vista civil e bastaría, como se dixo antes, con introducir as modificacións que se propoñen na fase previa á vista.

3.6 Medidas cautelares. Algunhas propostas de mellora

A Lei 29/1998 mellorou moitos aspectos das medidas cautelares, facendo seus os criterios máis avanzados da xurisprudencia. Así, a posibilidade de adoptar medidas cautelarisimas *inaudita parte*, a concepción mesma da medida cautelar non reducida como na LRXCA de 1956 á suspensión do acto administrativo a conversión da regra xeral favorable á non adopción da medida cautelar, salvo o *periculum in mora* do demandante, nos casos do artigo 29 (proceso executivo para o efectivo recoñecemento de dereitos en favor dunha persoa determinada xa previsto nunha lei, contrato ou acto administrativo, proceso de execución forzosa de actos firmes), en que a regra xeral é a adopción da medida cautelar.

Estas indubidables virtudes da Lei 29/1998 non alcanzan, non obstante, o conxunto da regulación das medidas cautelares, que podería mellorarse substancialmente, ao noso xuízo, en dous aspectos, procesual e substantivo.

Procesualmente, sería moi conveniente a exigencia de vista previa, na cal o xuíz puidese resolver as súas dúbidas sobre os posibles efectos prexudiciais da adopción ou non da medida preventiva. Dado que o xuíz non conta co expediente administrativo á hora de adoptar a medida, a vista instruiríao moito máis axeitadamente sobre a oportunidade ou non da medida.

Substantivamente debería modificarse o artigo 130.1 LRXCA para acoller no caso de actos administrativos restritivos de dereitos, en que non existen outros interesados con dereitos contrapostos, a regra xeral de suspensión, salvo que o interese público demande no caso concreto o mantemento da eficacia do acto. As razóns

constitucionais, que sosteñen este paradigma, a necesidade de distinguir entre estes actos citados e os multipolares explicámolas nun recente traballo ao que é forzoso remitir o lector²⁰.

3.7 Execución de sentenzas contra a Administración: resumo dunha frustración

Ninguén pode negar á vixente LRXCA a súa dedicación ao logro dunha pronta execución das sentenzas contra a Administración. A panoplia de medios posta á disposición do xuíz para obrigar a Administración a cumprir co ordenado pola sentenza non é menor e é comparable cando non supera as existentes no dereito comparado.

Ese empeño loable do lexislador trae causa dunha realidade innegable: a resistencia ao pronto cumprimento das sentenzas por parte da Administración²¹. O que debería ser un comportamento normal do poder público, o cumprimento fiel da resolución, convértese, en non poucas ocasións, nunha actitude patolóxica de obstaculización da execución. A principal culpable deste comportamento é, sen dúbida, a Administración pública, que non actúa sempre coa lealdade institucional que é exigible como poder público. A inercia do antigo privilexio de autoexecución administrativa das sentenzas segue pesando tanto ou máis que a Constitución, a LOPX e a LRXCA, que non deixan ningún lugar á dúbida sobre a exclusiva potestade xurisdiccional de vulgar e facer executar o xulgado. Nun segundo plano, tamén inflúe negativamente a falta de impulso xudicial da execución por parte do xuíz, excesivamente tolerante en ocasións coa falta de dilixencia administrativa no cumprimento das sentenzas. En resumo: non é imputable á Lei 29/1998 a tardanza na execución das sentenzas contra a Administración.

Dito o anterior, si que hai algúns extremos da regulación do procedemento de execución que propuxemos revisar²² e que resumimos agora:

1.º Tal como observa a LAC, debe sentarse o principio de que as sentenzas estritamente anulatorias ou declarativas de dereitos non require de execución.

2.º Se as sentenzas de condena requiren un novo acto regulado da Administración, ese acto non é un acto administrativo en sentido estrito, senón un acto de execución da sentenza, que debe ser notificado ao tribunal, quen decidirá, á vista dos

²⁰ BAÑO LEÓN, J.M.ª, "Medidas cautelares y ejecución de Sentencias: Balance de la Ley 29/1998"; Ponce Solé, J., e Cudero Blas, J. (coords.), *Balance y perspectivas de la LJCA en su XX aniversario*, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).

²¹ Entre as últimas achegas, cfr. PÉREZ ALONSO, J., "La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelo de "inejecución" de Sentencias", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 40, 2015. A raíz sociolóxica dos problemas de execución de sentenzas de condena contra a Administración refléctese moi ben no contraste da lexislación española coa alemá. Malia ser esta última moito menos exhaustiva que a española, xa que só permite a multa coercitiva contra a Administración, non contra o titular do órgano, os casos de incumprimento cóntanse cos dedos dunha man. Os dous exemplos máis recentes que se relatan como excepcionais son o da cidade de Wetzlar, que se resistiu a deixarlle un local municipal para un acto electoral ao Partido de extrema dereita NPD malia a orde xudicial, e do plan de limpeza atmosférica do aeroporto de Múnic, cuxa modificación foi ordenada como consecuencia de Sentenza do 9 de outubro de 2012. Ambos os dous exemplos de oposición poden verse en KRING, J., "Die Zwangsvollstreckung von Gerichtsurteilen gegenüber der öffentlichen Hand – Zwangshaft für Behördenleiter?", *NWwZ*, n. 1-2, 2019, pp. 23-28.

²² BAÑO LEÓN, J.M.ª, "La eficacia de las Sentencias contra la Administración o la claudicación del Estado de Derecho", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 177, 2016.

argumentos das partes, se cumpre ou non coa executoria. Os devanditos actos non son susceptibles de recurso autónomo.

3.º Pola contra, se a resolución ordena ditar un novo acto, pero a Administración conserva un poder de apreciación sobre o seu contido, ben porque sexa discrecional ben porque o xuíz careza dos elementos de xuízo suficientes para pronunciarse sobre o fondo do asunto, a Administración cumprirá a resolución ditando o acto, que será susceptible de recurso autónomo.

4.º Non debería falarse de incidente de imposibilidade legal de execución nas sentenzas de condena, senón de execución por equivalencia cando resulta fisicamente imposible a execución nos seus propios termos. As sentenzas estritamente de anulación non poden nunca ser de imposible execución, pola elemental razón de que non se necesita esa execución para producir os efectos da anulación.

5.º O artigo 103.4 debera ser modificado na liña de recoñecerlle ao xuíz a competencia de adoptar todas as medidas para facer posible a execución deixando sen efecto calquera acto ou disposición que vaia contra a cousa xulgada. A importante STS do 4 de febreiro de 2019 (R. casación 3965/2017) observou atinadamente que o xuíz da execución pode non aplicar os actos ou disposicións da Administración contrarios aos pronunciamentos da sentenza cando non é competente para poder declarar directamente a nulidade. Non obstante, cabe formularse se o precepto está ben orientado cando exige, segundo a xurisprudencia, unha desviación de poder (“actos ditados coa finalidade de eludir o cumprimento da sentenza”). Ao noso xuízo, trátase simplemente de establecer se o acto é contrario ou non á cousa xulgada sen necesidade de acudir ao pé forzado da desviación de poder²³.

6.º Debería derrogarse a potestade de expropiación de sentenzas recoñecida actualmente no artigo 105.3 LRXCA. Unha cousa é que o xuíz poida executar unha sentenza por equivalencia e outra ben distinta que a lei permita que a Administración expropie os dereitos derivados dunha sentenza e os substitúa por unha indemnización, pois nese caso quebrántase o principio de división de poderes.

O temor fundado de guerra ou o quebranto da integridade territorial son situacións de excepción que, se é o caso, xustifican medidas excepcionais conforme a Lei orgánica 4/1981, reguladora dos estados de alarma, excepción ou sitio. Aínda que a Constitución non permite suspender a vixencia do artigo 24, si cabería que, nunha situación excepcional, e decretado o estado de sitio, puidese habilitarse ese recurso excepcional. Pero o que non ten sentido ningún nun Estado de dereito é que a lei deixe en mans da Administración esa potestade excepcional de transformación da resolución con carácter ordinario, pois está claro que a substitución dunha sentenza de condena polo seu equivalente económico, que é o que significa en definitiva a expropiación, debe corresponderlle ao xuíz, tal como acontece no suposto do parágrafo 2.º do citado artigo 105.3 LRXCA, que lle atribúe exclusivamente ao xuíz a

²³ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El artículo 130.4. LS no les gusta a los jueces”, Sánchez Blanco, A.; Domínguez-Berrueta de Juan, M., e Rivero Ysern, J.L. (coords.), *El nuevo derecho administrativo. Libro homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis, Salamanca, 2012, pp. 139 e ss. FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 100, 2018.

competencia para apreciar se existe “perigo certo de alteración grave do libre exercicio dos dereitos e liberdades dos cidadáns”.

Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA, N., *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943.
- BAÑO LEÓN, J.M.^a, “El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español”, López Ramón, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA/INAP, Madrid, 2016.
- BAÑO LEÓN, J.M.^a, “La eficacia de las Sentencias contra la Administración o la claudicación del Estado de Derecho”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 177, 2016.
- BAÑO LEÓN, J.M.^a, “Medidas cautelares y ejecución de Sentencias: Balance de la Ley 29/1998”, Ponce Solé, J., e Cuñero Blas, J. (coords.), *Balance y perspectivas de la LJCA en su XX aniversario*, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).
- BAÑO LEÓN, J.M.^a, “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”, Parejo Alfonso, L., e Vida Fernández, J., *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, Libro homenaje al Prof. Tomás de la Quadra-Salcedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- BURLADA ECHEVESTE, J.L., *La vía de hecho en el Derecho Administrativo francés*, Bosch, Barcelona, 2018.
- DÍEZ-PICAZO, L.M.^a, “Reflexiones sobre la justicia administrativa en España”, versión provisional de la ponencia presentada al XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Murcia, 2019. Disponible en: www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos (25 de marzo de 2019).
- DÍEZ SASTRE, S. (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018. Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial, Derechos Fundamentales, Personal de la Administración, Protección de Datos y Transparencia*, CIJA-UAM, Madrid, 2018.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El artículo 130.4. LS no les gusta a los jueces”, Sánchez Blanco, A., Domínguez-Berrueta de Juan, M., e Rivero Ysern, J.L. (coords.), *El nuevo derecho administrativo. Libro homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis, Salamanca, 2012.
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 100, 2018.
- GONZÁLEZ-PÉREZ, J., “La acumulación de pretensiones en el proceso administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 10, 1953.
- HUERGO LORAS, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2000.

- KRING, J., “Die Zwangsvollstreckung von Gerichtsurteilen gegenüber der öffentlichen Hand – Zwangshaft für Behördenleiter?”, *NVwZ*, n. 1-2, 2019.
- LÓPEZ MENUDO, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988.
- LÓPEZ MENUDO, F., “Vía de hecho”, Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Los retos de la innovación tecnológica en la jurisdicción contencioso-administrativa”, ponencia al *XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Murcia, 2019. Disponible en: www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos (25 de marzo de 2019).
- PÉREZ ALONSO, J., “La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelo de “inejecución” de Sentencias”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 40, 2015.

Regap



ESTUDIOS

As ordenanzas de convivencia e a súa relación coa Lei de seguridade cidadá: Quen despraza a quen?¹

Las ordenanzas de convivencia y su relación con la Ley de seguridad ciudadana: ¿Quién desplaza a quién?

Municipal by-laws on citizen coexistence and their relationship with the citizen security law: Whose preemption?

57 Regap

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

Profesora Titular de Dereito Administrativo
Universidade de Córdoba
lucia.alarcon@uco.es

Recibido: 21/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.29>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Nos últimos quince anos un bo número de municipios aprobou as súas ordenanzas de convivencia cidadá nas cales tipificou moitísimas infraccións e sancións na materia. A doutrina e a xurisprudencia acolléronas sorprendentemente ben e, en xeral, non as criticaron como merecían. Todo o contrario aconteceu coa LOPSC, que previu en moitos casos as mesmas infraccións que as ordenanzas, e que, non obstante, si recibiu críticas innumerables e especialmente duras por facer o mesmo que antes fixeron elas. Con todo, unha das maiores debilidades da LOPSC é que ignorara case por completo esas ordenanzas. Nin articulou a súa relación con elas nin enmarcou o seu réxime sancionador. De feito, co pouco que di sobre elas –e o mal que o fai– pode mesmo propiciar que se tipifiquen máis infraccións que antes. Un verdadeiro despropósito.

Palabras clave: Ordenanzas de convivencia cidadá, Lei de seguridade cidadá, réxime sancionador, relacións, críticas, garantías, esquecementos.

Resumen: En los últimos quince años un buen número de municipios ha aprobado sus ordenanzas de convivencia ciudadana en las que ha tipificado muchísimas infracciones y sanciones en la materia. La doctrina y la jurisprudencia las han acogido sorprendentemente bien y, en general, no las han criticado como se merecían. Todo lo contrario ha ocurrido con la LOPSC, que ha previsto en muchos casos las mismas infracciones que las ordenanzas, y que, sin embargo, sí ha recibido críticas innumerables y especialmente duras por hacer lo mismo que antes hicieron ellas. Con todo, una de las mayores debilidades de la LOPSC es que haya ignorado casi por completo a esas ordenanzas. Ni ha articulado su relación con

¹ Este traballo ten a súa orixe nunha comunicación que presentei e defendín publicamente no Congreso Internacional sobre Orde Pública, Seguridade Cidadá e Xustiza Preventiva, celebrado en Valencia os días 21 a 23 de novembro de 2018 e organizado pola Universidade de Valencia e a UIMP. As actas dese congreso están pendentes de publicación. Enmárcase no Grupo de Investigación da Junta de Andalucía SEJ-196.

ellas ni ha enmarcado su régimen sancionador. De hecho, con lo poco que dice sobre ellas –y lo mal que lo hace– puede hasta propiciar que tipifiquen más infracciones que antes. Un verdadero despropósito.

Palabras clave: Ordenanzas de convivencia ciudadana, Ley de seguridad ciudadana, régimen sancionador, relaciones, críticas, garantías, olvidos.

Abstract: A large number of municipalities have approved their citizen coexistence ordinances in the last fifteen years in which many infractions and sanctions in the matter have been typified. The doctrine and the jurisprudence have received the ordinances surprisingly well and, in general, they have not criticized it. Quite the opposite has happened with the LOPSC, which has in many cases typified the same infractions as the ordinances, and which, however, has received innumerable and especially hard criticisms for doing the same thing that the ordinances did before. However, one of the greatest weaknesses of the LOPSC is that it has almost completely ignored these ordinances. The LOPSC neither has articulated its relationship with them nor has framed its sanctioning regime. In fact, the LOPSC could even encourage the ordinances to typify more infractions than before. A true nonsense.

Key words: Citizen coexistence ordinances, Citizen Security Law, sanctioning regime, relationships, criticisms, guarantees, oversights.

SUMARIO: 1 As ordenanzas de civismo no noso dereito. 2 A nosa tradición de criticar todas as leis de seguridade cidadá. 3 Sobre todo, as críticas existentes cara á LOPSC de 2015 polo réxime sancionador tan amplo que previu. 4 A ausencia de críticas ás ordenanzas de convivencia malia o amplísimo réxime sancionador que estableceron. 5 As semellanzas entre as infraccións da LOPSC e das ordenanzas de convivencia. 6 As garantías do dereito sancionador e o seu posible incumprimento na LOPSC e as ordenanzas de convivencia. 6.1 A garantía *non bis in idem*. 6.2 A tipicidade das infraccións e a reserva de lei e a culpabilidade nas sancións. 6.3 O principio de proporcionalidade das sancións. 6.3.1 Infraccións que sancionan condutas irrelevantes ou moi pouco lesivas. 6.3.2 Infraccións que tipifican o exercicio de dereitos fundamentais. 7 Os descoidos e esquecementos da LOPSC.

1 As ordenanzas de civismo no noso dereito

Un dos problemas que xurdiu coa aprobación da nova Lei orgánica 4/2015, do 30 de marzo, de protección da seguridade cidadá (en diante, LOPSC), e que, non obstante, pasou practicamente desapercibido ata agora, é o da súa relación co réxime sancionador das ordenanzas de convivencia. Isto é debido a que un elevado número de municipios españois foi aprobando nos últimos quince anos ordenanzas para regular as relacións de convivencia entre os seus cidadáns, e en todas elas foron tipificadas infraccións e sancións administrativas baixo o amparo legal do título XI da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local (en diante, LRRL)². A doutrina estudou estas ordenanzas³, que traen causa das antigas ordenanzas municipais de policía e bo goberno, e, en xeral, aceptounas con benevolencia

² Vid., por todos, REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M., e ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Título XI. Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias", Rebollo Puig, M. (dir.), e Izquierdo Carrasco, M. (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 3733-3752; y VELASCO CABALLERO, F., e DÍEZ SASTRE, S., "Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora", *Cuadernos de Derecho Local*, n. 5, 2004, pp. 60-62.

³ Vid., destacadamente, os traballos de PEMÁN GAVÍN, J., "Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 305, 2007, pp. 9-55; e "La política de civismo en los Ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 36, 2010, pp. 11-51.

e sen pórllles case reparos⁴. E o mesmo fixo a xurisprudencia ata o momento. Pero o certo é que practicamente todas elas tipificaron moitísimas infraccións e sancións nesta materia –da convivencia dos cidadáns– que está intimamente relacionada coa seguridade pública e cidadá, e fixérono a maioría das veces fóra de orde e medida ou, dito vulgarmente, ás toas.

A ordenanza de referencia neste sentido e que lles serviu de modelo a todas as demais é a de Barcelona, aínda que antes xa se aprobaran algunhas –como a de Valladolid de 2004⁵–. Pero foi despois cando se produciu a avalancha e moitos municipios –grandes e non tan grandes– decidíronse a aprobalas: entre outros, A Coruña, Albacete, Algeciras, Almagro, Ávila, Badajoz, Benalmádena, Bilbao, Cáceres, Castelló, Ceuta, Ciudad Real, Cuenca, El Puerto de Santa María, Fuengirola, Gandía, Xixón, Girona, Granada, Guadalajara, Huesca, Jerez de la Frontera, Las Palmas de Gran Canaria, León, Lleida, Málaga, Marbella, Melilla, Mérida, Oviedo, Palencia, Pamplona, Priego de Córdoba, Salamanca, Santander, Santa Cruz de Tenerife, Segovia, Sevilla, Talavera de la Reina, Tarragona, Teruel, Toledo, Vigo, Zamora ou Zaragoza⁶.

En todos estes municipios, os seus concellos adoptaron esas ordenanzas co obxectivo principal, como explica a exposición de motivos da Ordenanza de medidas para fomentar e garantir a convivencia cidadá no espazo público de Barcelona do 23 de decembro de 2005, “de preservar o espazo público como un lugar de convivencia e civismo, en que todas as persoas poidan desenvolver en liberdade as súas actividades de libre circulación, de lecer, de encontro e de recreo, con pleno respecto á dignidade e aos dereitos dos demais e á pluralidade de expresións e de formas de vida diversas”. Para acadar tal obxectivo, as ordenanzas estableceron as normas xerais de conduta que deben ser observadas polos cidadáns no espazo público⁷. Estas normas de conduta foron formuladas normalmente en forma de prohibicións e están divididas en cada texto legal por títulos e capítulos separados en función do ben xurídico protexido en cada caso⁸. De forma que, resumindo e por seguir agora a estrutura da ordenanza de Barcelona –que é a que se repite na maioría delas–, hai prohibicións con moi pequenas variantes sobre: a) atentados contra a dignidade das persoas; b) degradación

⁴ Neste sentido, *vid.* MERINO ESTRADA, V., “Las nuevas ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 300-301, 2006, pp. 485-510; e RUIZ-RICO RUIZ, C., “Las Ordenanzas Locales de Convivencia y su impacto constitucional a propósito de la STS de 14 de febrero de 2013”, *Actualidad Administrativa*, n. 1, 2014.

⁵ Estúdaa MERINO ESTRADA, V., “Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana”, cit., pp. 495-504. A ordenanza de convivencia de 2004 foi reformada en 2012. A actualmente vixente é a ordenanza de protección do medio urbano de 2018, que derrogou a anterior.

⁶ De entre todos os que non o fixeron, chama a atención que o Concello de Madrid non aprobase aínda a súa ordenanza de convivencia. Mantén, pola contra, vixente a súa antiga ordenanza de policía e goberno de 1948. *Vid.*, ao respecto, IBÁÑEZ PICÓ, M., “Municipio y civismo. Las ordenanzas municipales como instrumento para la convivencia”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 307, 2008, p. 153.

⁷ PEMÁN GAVÍN, J., “Las Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, cit., pp. 10-31, explica con detalle as circunstancias do ámbito socio-xurídico que xustificaron a proliferación das ordenanzas de civismo, e sinala (p. 10) que os problemas que pretendéron resolver son ás veces moi antigos, pero noutros casos están vinculados ás novas realidades e aos hábitos sociais do tempo presente e son, polo tanto, de aparición máis recente.

⁸ Explicano MERINO ESTRADA, V., “Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana”, cit., pp. 498-502; e CASINO RUBIO, M., “Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia”, *Istituzioni del federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, n. 4, 2011, pp. 745-747.

visual do contorno urbano mediante pintadas, graffitis, carteis, pancartas ou folletos; c) apostas no espazo público; d) uso inadecuado do espazo público para xogos; e) mendicidade e ofrecemento e demanda de servizos sexuais en espazos públicos; f) necesidades fisiolóxicas (defecar, ouriñar, cuspir) en espazos públicos; g) consumo de bebidas alcohólicas en espazos públicos cando poida causar molestias ou se utilízen latas ou envases de cristal; h) comercio ambulante non autorizado de alimentos, bebidas e outros produtos; i) actividades e prestación de servizos non autorizados, como tarot, videncia, masaxes ou tatuaxes en espazos públicos; j) uso impropio dos espazos públicos (acampar na rúa, ducharse ou bañarse nas fontes, lavar a roupa nas fontes, usar os bancos para usos distintos ao destinado); k) actitudes vandálicas no uso do mobiliario urbano; l) contaminación acústica; e m) práctica do nudismo ou case nudismo (ir en traxe de baño ou similar) en espazos públicos, agás en paseos marítimos ou rúas contiguas á praia⁹.

Unha vez que prevén estas normas de conduta ou prohibicións, as ordenanzas, co fundamento que lles ofrecen os artigos 139 a 141 da LRBRL¹⁰, tipificaron o seu incumprimento como infracción administrativa leve, grave ou moi grave, en función dos criterios de antixuridicidade que establece o artigo 140 da LRBRL¹¹, e sancionaron a súa comisión con multas de ata 3.000 €¹². Nin que dicir ten que o número de con-

⁹ Hai, non obstante, un modelo normalizado de "ordenanza tipo de seguridade e convivencia cidadá" que foi aprobado pola Federación Española de Municipios e Provincias, e que pode consultarse na súa páxina web. Este modelo, ademais de incorporar as normas de conduta e o réxime sancionador que establece a ordenanza de Barcelona, engadiu outras tantas sobre materias que a de Barcelona non trata (sobre animais, malos olores, uso da auga, establecementos públicos, cacharelas e fogueiras, actuacións musicais na rúa, etc.).

¹⁰ Artigo 139. Tipificación de infraccións e sancións en determinadas materias. "Para a axeitada ordenación das relacións de convivencia de interese local e do uso dos seus servizos, equipamentos, infraestruturas, instalacións e espazos públicos, os entes locais poderán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer os tipos das infraccións e impor sancións polo incumprimento de deberes, prohibicións ou limitacións contidos nas correspondentes ordenanzas, de acordo cos criterios establecidos nos artigos seguintes".

¹¹ Artigo 140. Clasificación das infraccións. 1. "As infraccións ás ordenanzas locais a que se refire o artigo anterior clasificaranse en moi graves, graves e leves. Serán moi graves as infraccións que supoñan:

- a) Unha perturbación relevante da convivencia que afecte de xeito grave, inmediato e directo á tranquilidade ou ao exercicio de dereitos lexítimos doutras persoas, ao normal desenvolvemento de actividades de toda clase conformes coa normativa aplicable ou á salubridade ou ornato públicos, sempre que se trate de condutas non subsumibles nos tipos previstos no capítulo IV da Lei 1/1992, do 21 de febreiro, de protección da seguridade cidadá.
- b) O impedimento do uso dun servizo público por outra ou outras persoas con dereito á súa utilización.
- c) O impedimento ou a grave e relevante obstrución ao normal funcionamento dun servizo público.
- d) Os actos de deterioración grave e relevante de equipamentos, infraestruturas, instalacións ou elementos dun servizo público.
- e) O impedimento do uso dun espazo público por outra ou outras persoas con dereito á súa utilización.
- f) Os actos de deterioración grave e relevante de espazos públicos ou de calquera das súas instalacións e elementos, sexan móbiles ou inmóbiles, non derivados de alteracións da seguridade cidadá.

2. As demais infraccións clasificaranse en graves e leves, de acordo cos seguintes criterios:

- a) A intensidade da perturbación ocasionada na tranquilidade ou no pacífico exercicio dos dereitos doutras persoas ou actividades.
- b) A intensidade da perturbación causada á salubridade ou ornato públicos.
- c) A intensidade da perturbación ocasionada no uso dun servizo ou dun espazo público por parte das persoas con dereito a utilizalos.
- d) A intensidade da perturbación ocasionada no normal funcionamento dun servizo público.
- e) A intensidade dos danos ocasionados aos equipamentos, infraestruturas, instalacións ou elementos dun servizo ou dun espazo público".

¹² O precepto que ofrece cobertura legal ás sancións de multa é o artigo 141 LRBRL. Artigo 141. Límites das sancións económicas.

"Salvo previsión legal distinta, as multas por infracción de ordenanzas locais deberán respectar as seguintes contías:

dutas prohibidas por cada ordenanza adoita ser moi elevado e que isto se traduciu nun réxime de infraccións amplísimo, ás veces para sancionar condutas aparentemente inocuas (arrancar unha flor do parque ou botar a sesta nun banco); e outras veces, non obstante, estreitamente vinculadas co exercicio de dereitos fundamentais dos cidadáns (a liberdade de empresa, a liberdade de expresión ou o dereito de propiedade). Logo insistirei niso, pero adianto xa que estas ordenanzas presentan problemas xurídicos de envergadura –entre eles, a súa relación e compatibilidade co réxime sancionador da LOPSC–, que, no entanto, pasaron desapercibidos e non foron estudados como debesen. Polo de pronto, porque resulta que os seus fins e os da LOPSC son parcialmente coincidentes e se solapan, posto que a protección da convivencia e a tranquilidade cidadáns –que son os obxectivos das primeiras–, por un lado, e a seguridade pública e cidadá –que pretende garantir a segunda–, polo outro, son manifestacións dun mesmo ben xurídico máis xeral que é a orde pública, que tamén engloba a saúde pública e mesmo a moralidade pública ou bo decoro (protección dos animais, da infancia e da xuventude, etc.). E iso ata o punto de que moitas veces ambas as dúas tipificaron os mesmos ilícitos para protexer os mesmos bens xurídicos. Despois insistiremos niso.

2 A nosa tradición de criticar todas as leis de seguridade cidadá

Fronte á boa vontade con que os autores recibiron as ordenanzas de civismo, a LOPSC foi unha das leis máis criticadas das que se aprobaron en España nas últimas décadas. As críticas mordaces á denominada “Lei mordaza” foron innumerables e especialmente duras.

Non obstante, esas ferozes críticas víronse suavizadas ou moderadas nos últimos meses polos feitos acaecidos¹³, pois, por un lado, a vixencia durante máis de tres anos da LOPSC non supuxo o cataclismo democrático que se lle imputaba¹⁴; e, polo outro, os dous recursos de inconstitucionalidade que se interpuxeron contra ela e que están pendentes de resolución son moi limitados, é dicir, non afectan á esencia

Infraccións moi graves: ata 3.000 euros.

Infraccións graves: ata 1.500 euros.

Infraccións leves: ata 750 euros.”

¹³ REBOLLO PUIG, M., “La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).

¹⁴ A este respecto, é importante afirmar que o número total de sancións impostas pola comisión das infraccións previstas na LOPSC durante os anos 2016 e 2017, así como a contía recadada, foi moi inferior ao que os críticos da LOPSC prognosticaban e non provocou, desde logo, o efecto desalento do exercicio dos dereitos fundamentais –sobre todo, de liberdade de expresión, reunión, manifestación e liberdade de información– que eses sectores críticos vaticinaban. Estes datos poden consultarse con sumo detalle no Anuario Estadístico do Ministerio do Interior de 2017 –que é o último publicado– que inclúe táboas sobre as sancións impostas e a súa contía analizadas por tipos, por provincias e por CCAA. Baste con pór de exemplo aquí o que aconteceu co tipo previsto no artigo 36.2 LOPSC, que tipifica a infracción denominada “rodea o Congreso” e que, malia a alarma social e política que xerou, só foi sancionada tres veces en 2017 (cunha sanción media duns 700 € en cada ocasión) e que non foi obxecto de sanción ningunha en todo o ano 2016: http://www.interior.gob.es/documentos/642317/1203602/Anuario_estadistico_2017_126150729.pdf/9947dc22-http://www.interior.gob.es/documentos/642317/1203602/Anuario_estadistico_2017_126150729.pdf/9947dc22-782a-4c26-b15e-3aea87081331-4c26-b15e-3aea87081331.

da LOPSC, senón só a uns cantos preceptos, de xeito que, aínda que eses recursos fosen integramente estimados polo TC, a LOPSC permanecería incólume na maioría dos seus aspectos¹⁵.

Pero, como explica REBOLLO PUIG¹⁶, non é só que fose criticada a LOPSC actual, senón que todas as leis españolas que abordaron esta materia deron orixe a campañas de desprestixio similares e a ataques moi fortes. Non fai falla que me refira ás duras críticas que recibiu a Lei orgánica 1/1992, do 21 de febreiro, de seguridade cidadá (en diante, LOPSC/92), a denominada “Lei da patada na porta”, que é o alcume co que se denominaba, que aínda están presentes na memoria de todos. E non me refiro tampouco ás críticas vertidas sobre a Lei de orde pública de 1959, que foi considerada –con razón– unha das pezas centrais do réxime de represión franquista. O mesmo sucedeu coa Lei de defensa da República de 1931 e coa Lei de orde pública de 1933, que estivo vixente durante unha boa parte do réxime ditatorial posterior. Da Lei de 1933 dixo precisamente ROYO VILLANOVA¹⁷, por pór un exemplo, que con ela “o cidadán está entregado á arbitrariedade da autoridade administrativa”.

3 Sobre todo, as críticas existentes cara á LOPSC de 2015 polo réxime sancionador tan amplo que previu

Boa parte das críticas que se lle fixeron á LOPSC actual dirixíronse ao seu capítulo V, que é o dedicado ao réxime sancionador. Estas críticas –que son moi variadas– poden reconducirse, non obstante, a dous grandes grupos¹⁸. Por unha banda, houbo moitas críticas ao simple feito da existencia dun dereito administrativo sancionador tan extenso en materia de seguridade cidadá que se construíu en parte na LOPSC a base de suprimir as faltas da Lei orgánica 10/1995, do 23 de novembro, do Código penal (en diante CP). Por outra, criticouse o réxime sancionador concreto que previu a LOPSC e os tipos específicos de infraccións e sancións que están previstas nela.

Con relación ao primeiro, coincido con esas críticas. Os penalistas e constitucionalistas –que son os que máis estudaron isto– aludiron á cobiza do dereito administrativo sancionador da seguridade cidadá. Porque o lexislador, segundo din,

¹⁵ Señala sobre isto BILBAO UBILLOS, J.M., “La llamada Ley Mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana”, *Teoría y realidad constitucional*, UNED, n. 36, 2015, p. 226, que “se” presentaron dous recursos de inconstitucionalidade contra varios preceptos da nova LOPSC. O primeiro, datado o 21 de maio, promovido por máis de 50 deputados dos grupos parlamentarios Socialista; La Izquierda Plural; UPyD; e Mixto (CC, Compromís-Q) do Congreso... O segundo, promovido polo Parlamento de Cataluña (cos únicos votos en contra do PP), foi admitido a trámite o 27 de xullo. Sen entrar a vulgar agora a solidez dos motivos alegados polos recorrentes, o que se constata á primeira vista é certo desfase entre a contundencia con que se critica e condena a nova regulación no plano político e o reducido número de preceptos impugnados (8 no caso do recurso formulado polos deputados da oposición e 9 no do Parlament, só en parte coincidentes)”. Segundo consta no BOE do 16 de xuño de 2015, o primeiro recurso de inconstitucionalidade n. 2896-2015 interpúxose contra os artigos 19.2, 20.2, 36.2, 36.23, 37.1 en relación co 30.3, 37.3, 37.7 e a disposición derradeira primeira da LOPSC. Pola súa parte, o segundo recurso de inconstitucionalidade n. 3848-2015 interpúxose contra os artigos 20; 35.1; 36.1, 2, 8, 22 y 23; 37.7 e a disposición derradeira primeira da LOPSC (BOE do 25 de xullo de 2015).

¹⁶ REBOLLO PUIG, M., “La trama de la Lei de Seguridad Ciudadana”, cit. (en prensa).

¹⁷ Vid. BALLBÉ I PRUNÉS, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Universidad, 1984, pp. 359 e ss., para quen, en efecto, “esta lei completaba las bases de un Estado autoritario”.

¹⁸ REBOLLO PUIG, M., “La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana”, cit. (en prensa).

fartouse de tipificar infraccións na LOPSC¹⁹. Desde logo, comparada coa anterior, a actual tipifica moitísimas máis infraccións que ela para protexer bens xurídicos que non eran tutelados –nin sequera nomeados– pola LOPSC/92 (por exemplo, a convivencia cidadá, o normal funcionamento das institucións, a protección en xeral das persoas e os bens, a pacífica utilización das rúas, a prevención de delitos e infraccións administrativas, a normalidade na prestación dos servizos básicos esenciais ou a tranquilidade cidadá). A LOPSC/92 era pouco represiva se se compara coa actual. Por iso, atrévome a afirmar que a LOPSC de 2015 contribuíu en boa medida a mellorar a imaxe da LOPSC/92²⁰, que foi moi criticada no seu momento²¹.

Moi conectado con esas críticas está o principio de intervención mínima ou *ultima ratio* do dereito penal, que no noso ordenamento xurídico todos veñen aceptando como un ben común. Nin que dicir ten que tamén comparto as bondades da intervención mínima, pero, en contra do que sostén en xeral a doutrina penalista española, este principio non pode supor que se reduza sistematicamente o contido do dereito penal a custa de ampliar sen medida o dereito administrativo sancionador²², que é precisamente o que –segundo o propio lexislador explicaba nos preámbulos das súas leis– inspirou en boa parte a última reforma do CP e a aprobación da actual LOPSC. Invocando ese principio suprimíronse todas as faltas do CP –tamén as relativas á orde pública e aos intereses xerais–, e boa parte delas convertéronse en novas infraccións administrativas da LOPSC²³. Pois ben, isto –que vén acontecendo dun tempo a esta parte en practicamente todos os sectores de intervención administrativa e que non é exclusivo da seguridade cidadá, aínda que os penalistas só o criticaran

¹⁹ Vid. PRESNO LINERA, M. A., “La expansión del derecho administrativo sancionador securitario: Análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, Cuerva Arnau, M. L., e García Amado, J.A. (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 49, refírese “á expansión cobizosa do dereito administrativo sancionador”; e en “El primer Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 34, 2014, pp. 283–286, alude a un “incremento inxustificado de infraccións e sancións” no anteproxecto da LOPSC. Vid., tamén, ALONSO RIMO, A., “El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la seguridad (¿ciudadana?): Análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 21, 2014, p. 15.

²⁰ Refírese a iso MORILLAS CUEVA, L., “Reflexiones críticas sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana”, Abogacía Española. Consejo General, <http://www.abogacia.es/2014/03/27/reflexiones-criticas-sobre-el-anteproyecto-de-ley-organica-de-seguridad-ciudadana>, p. 2.

²¹ BARCELONA LLOP, J., “Las infracciones y sanciones administrativas en la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Algunos aspectos problemáticos”, *Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Trotta, Madrid, 1993, p. 176, resalta o marcado compoñente represivo do réxime sancionador da LOPSC/92.

²² Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración Pública*, n. 195, 2014.

²³ En concreto, transformáronse en infraccións administrativas da LOPSC e desapareceron como faltas do CP as seguintes: A falta de perturbación leve da orde en actos públicos que prevía o antigo art. 633 CP, que se converteu na infracción grave do art. 36.1 LOPSC; a falta de uso público e indebido de uniforme, traxe, insignia ou condecoración oficial do antigo art. 637 CP, que se transformou na infracción grave do art. 36.14 LOPSC; a falta de abandono de xiringas do antigo art. 630 CP, que pasou a ser a infracción grave do art. 36.16 LOPSC (aínda que xa estaba prevista na LOPSC/92); a falta consistente en faltar ao respecto e consideración debida á autoridade ou aos seus axentes ou en desobedecerlles levemente que estaba tipificada no art. 634 CP e que se converteu na infracción leve do art. 37.4 LOPSC e na infracción grave do art. 36.6 LOPSC (aínda que esta última tamén estaba regulada na LOPSC/92); a falta de deslucimento de bens mobles ou inmoables de dominio público ou privado do anterior art. 626 CP, que se converteu na infracción leve do art. 37.13 LOPSC; e as falta consistentes en deixar soltos animais feroces ou daniños e a de abandono de animais domésticos cando poida perigar a súa vida tipificadas no antigo art. 631.1 e 2 CP, que se transformaron nas infraccións leves do actual art. 37.16 LOPSC. Vid., sobre todo isto, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menos y muchas infracciones más”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 191, abril-xuño 2018, pp. 107–148.

curiosamente neste ámbito– non pode dicirse que sexa expresión ou consecuencia do principio de intervención mínima, senón todo o contrario, posto que o que supón máis ben é esconder a represión –e non facela mínima– debaixo do veo do dereito administrativo sancionador.

4 A ausencia de críticas ás ordenanzas de convivencia malia o amplísimo réxime sancionador que estableceron

A doutrina –sobre todo, penalistas e constitucionalistas–, como digo, criticou e con razón a enorme extensión que ten o dereito administrativo sancionador na LOPSC²⁴. O que, porén, me resultou moi estraño é que esas críticas demoledoras se fixesen exclusivamente en relación coas infraccións e sancións da LOPSC, pero non respecto do réxime sancionador das ordenanzas de convivencia cidadá que se foron aprobando.

Se atendemos á estrutura prevista polas ordenanzas, a listaxe de condutas prohibidas que inclúen é certamente moi longa e, de feito, nas súas formulacións máis detalladas, comprende varios centenaes de prohibicións. Como explica CASINO RUBIO²⁵, nalgúns casos esas prohibicións son tan extravagantes como tombarse no céspede ou nun banco; regar as plantas dos balcóns; subir ás árbores; dar de comer ás pombas no parque; arrancar flores; cambiar os mobles de lugar ou facer reparacións domésticas durante a hora da sesta ou pola noite; tocar o piano ou o trombón na casa; lavar o coche na vía pública; dar un golpe coa porta ou un berro, ou correr polo corredor; cuspir e tirar calquera clase de desperdicio ao chan; xogar á pelota ou cun avión de aeromodelismo, ou circular con monopatín; ou, en fin, tamén camiñar en bikini ou sen camiseta, ou sacudir a roupa ou as zapatillas pola ventá. Naturalmente, xunto a estas prohibicións hainas tamén, e en bo número, ademais, que son moito menos discutibles, polo menos materialmente.

En calquera caso, todas elas están avaladas logo polo correspondente réxime sancionador que as tipifica como infraccións castigadas con multas que poden chegar ata os 3.000 € segundo a súa gravidade. A pouco que se observe –di CASINO– poderá verse enseguida que o repertorio de ilícitos é efectivamente amplo e comprende comportamentos tan cotiáns, e mesmo ás veces puramente reflexos, que non hai cidadán, por escrupuloso que sexa, capaz de non tropezar con algún deles, de modo que ninguén despois de ler este tipo de ordenanzas poida estar seguro de non cometer algunha infracción e, chegado o caso, de non ser sancionado por iso²⁶.

Ante tantas infraccións aprobadas por ordenanza, chama poderosamente a atención que a maioría dos autores as acollesen con tanta simpatía –salvo excepcións puntuais como a de CASINO– e que os tribunais as aceptaran nas súas sentenzas

²⁴ Recentemente tamén a criticou polos mesmos motivos CASINO RUBIO, M., “La moderna Ley Orgánica 4/2015, de Seguridad Ciudadana, y sus debilidades sancionadoras”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).

²⁵ CASINO RUBIO, M., “Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia”, cit., p. 748.

²⁶ CASINO RUBIO, M., “Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia”, cit., p. 749.

practicamente sen facer ningún reparo. E a sorpresa aumenta cando un comproba que a LOPSC foi criticada ferozmente – tamén o CXPX e o Consello Fiscal nos seus informes ao anteproxecto – por prever moitas veces as mesmas infraccións reguladas nas ordenanzas (beber alcohol nas rúas, ofrecer ou demandar servizos sexuais retribuídos na vía pública, consumo ou tenza de drogas en lugares públicos, acampar nas rúas, causar danos nos espazos públicos, exhibir obxectos perigosos, venda ambulante non autorizada, obstrución aos controis e inspeccións dos axentes da autoridade, maltrato animal, animais perigosos, obstaculizar a prestación de servizos públicos, etc.), que, non obstante, alí non recibiron reproche ningún.

5 As semellanzas entre as infraccións da LOPSC e das ordenanzas de convivencia

O número de infraccións previstas na LOPSC é certamente elevado. En concreto, tipifica unhas cincuenta infraccións. Desas cincuenta, unhas vinte xa estaban na LOPSC/92, polo que hai unhas trinta infraccións novas. Desas novas, unhas cinco proveñen de antigas faltas²⁷, así que “novas, novas” hai unhas vinte e cinco infraccións. É moito se temos en conta que a LOPSC/92 tipificaba unhas vinte e nove infraccións en total.

Para que nos fagamos unha idea, a LOPSC nos artigos 35, 36 e 37 tipificou infraccións administrativas –moi graves, graves e leves, respectivamente– en ámbitos tan variados como estes: sobre manifestacións ilegais (art. 35.1, art. 36.7, art. 37.1); intrusión en infraestruturas críticas ou nas cales se prestan servizos básicos para a comunidade (art. 35.1, art. 36.9); fabricación, comercio ou utilización ilegais de armas (art. 35.2, art. 36.12); celebración de espectáculos públicos ilegais (art. 35.3); proxección de feixes de luz sobre condutores de medios de transporte (art. 35.4 e art. 37.6); perturbación da orde en actos públicos (art. 36.1), manifestacións fronte ás sedes do Congreso e Senado cando perturben gravemente a seguridade cidadá (art. 36.2); desorde nas vías públicas (art. 36.3); actos de obstrución que pretendan impedir ás autoridades ou funcionarios o exercicio das súas funcións ou o cumprimento das súas resolucións administrativas ou xudiciais (art. 36.4); obstaculizar o funcionamento dos servizos de emerxencia (art. 36.5); desobediencia ou resistencia á autoridade ou aos seus axentes (art. 36.6); portar armas prohibidas ou de forma negligente ou temeraria (art. 36.10); solicitar ou aceptar servizos sexuais retribuídos en lugares públicos que usen menores ou onde se poida producir un accidente de tráfico (art. 36.11)²⁸; negativa de acceso ou obstrución deliberada das inspeccións ou controis regulamentarios previstos pola lei en fábricas, locais, bares, hoteis... (art. 36.13); uso público e indebido de uniformes oficiais ou de corpos policiais ou

²⁷ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., “Seguridad ciudadana, descriminalización y garantías”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).

²⁸ Vid. FERNÁNDEZ LE GAL, A., “La respuesta sancionadora del Estado frente a la prostitución”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).

de servizos de emerxencia que poida xerar engano (art. 36.14); incumprimento do deber de colaboración coas forzas e corpos de seguridade na indagación de delitos ou prevención de accións perigosas imposto a determinadas persoas (art. 36.15); consumo ou tenza ilícita de drogas en lugares ou transportes públicos (art. 36.16); abandono de xiringas (art. 36.16); traslado de persoas en vehículos para facilitarlles o acceso a drogas (art. 36.17); plantación e cultivo ilegal de drogas en lugares visibles ao público (art. 36.18); tolerancia no consumo ilegal ou tráfico de drogas en locais ou falta de dilixencia para impedi-lo (art. 36.19); carencia ou irregularidades de rexistros obrigatorios previstos na lei (art. 36.20, art. 37.9); alegar datos falsos para obter o DNI (art. 36.21); incumplir restricións á navegación impostas a barcos e avións lixeiros (art. 36.22); uso non autorizado de imaxes ou datos persoais ou profesionais das autoridades e membros das forzas e corpos de seguridade cando poida implicar un perigo para a súa seguridade (art. 36.23)²⁹; exhibir obxectos perigosos con ánimo intimidatorio (art. 37.2); incumplir as restricións de circulación peonil impostas en virtude de actos públicos ou manifestacións cando provoquen alteracións menores no seu desenvolvemento (art. 37.3); falta de respecto e consideración a membros das forzas e corpos de seguridade (art. 37.4); realizar ou incitar á realización de actos que atenten contra a liberdade ou indemnidade sexual ou realizar actos de exhibicionismo (art. 37.5); ocupar bens inmo-bles privados baleiros que non sexan domicilio en contra da vontade do seu titular (art. 37.7)³⁰; ocupar as rúas vulnerando a lei ou as decisións da autoridade, incluíndo a ocupación para a venda ambulante non autorizada (art. 37.7); irregularidades na documentación de armas e explosivos (art. 37.8); non obter o DNI (art. 37.10); non denunciar a súa perda ou subtracción (art. 37.10); perder o DNI tres veces ou máis nun ano (art. 37.11); negativa a entregar o DNI cando proceda (art. 37.12); danos ou deslucimento de bens mobles e inmo-bles de uso ou servizo público ou de bens privados que estean na vía pública (art. 37.13); escalar edificios ou monumentos sen autorización cando cause un perigo para a seguridade de persoas ou bens (art. 37.14); remoción de valados colocados polas forzas e corpos de seguridade (art. 37.15); deixar soltos animais ferozes ou danos (art. 37.16); abandonar animais domésticos en condicións en que poida perigar a súa vida (art. 37.16); beber alcohol en lugares ou transportes públicos cando se perturbe gravemente a tranquilidade cidadá (art. 37.17)³¹.

Para esas infraccións, a LOPSC regulou sancións de multa e outras accesorias no artigo 39 (clausura temporal de establecementos, suspensión temporal de licenzas, comiso de bens, retirada de armas). Respecto ás multas, as contías previstas na LOPSC non variaron moito en relación coas fixadas na LOPSC/92. Non se mantiveron

²⁹ Vid. MARTÍN FERNÁNDEZ, C., "El uso no autorizado de imágenes de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).

³⁰ Vid. PIZARRO NEVADO, R., "La tutela sancionadora del patrimonio privado inmobiliario en la LOPSC", Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).

³¹ Vid., sobre todo isto, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menos y muchas infracciones más", cit., pp. 130-140.

intactas, pero tampouco se incrementou o seu importe de forma substancial, tendo en conta os 23 anos transcorridos³².

Pola súa banda, as ordenanzas de convivencia tamén tipificaron infraccións en ámbitos variadísimos. De feito, insistíuse na súa natureza claramente transversal³³, posto que “afectan a un bo número de competencias locais e atravesan gran parte da estrutura de responsabilidades políticas e do sistema administrativo municipal”³⁴. A de Barcelona, por exemplo –cuxa estrutura copiaron logo outras moitas–, tipificou infraccións sobre: toda conduta de menosprezo á dignidade das persoas (art. 16.1 e art. 17.1); calquera comportamento discriminatorio (art. 16.1 e art. 17.1); en especial, as mesmas condutas anteriores cando se dirixan contra persoas maiores, menores e persoas con discapacidades (art. 16.2 e art. 17.1); as actitudes de acoso, agresión ou asedio a menores no espazo público (art. 16.3 e 4 e art. 17.2); realizar todo tipo de graffitis, pintada, mancha, garabato, escrito, inscrición ou grafismo, con calquera materia (tinta, pintura, materia orgánica, etc.) ou ben raiando a superficie sobre calquera elemento do espazo público (arts. 20 e 21); colocar carteis e pancartas en calquera espazo público; rachar, arrancar e tirar ao espazo público carteis, anuncios, pancartas e similares; colocar publicidade sobre a parte exterior dos cristais dos vehículos; espaxear e tirar toda clase de folletos ou papeis de publicidade comercial na vía pública (arts. 23 e 24); ofrecer xogos que impliquen apostas con diñeiro ou bens no espazo público (art. 27 e 28); practicar xogos de pelota, monopatín ou similares no espazo público e competicións deportivas masivas e espontáneas que perturben os lexítimos dereitos dos veciños e veciñas; prácticas de acrobacias e xogos de habilidade con bicicletas, patíns ou monopatíns (art. 31 e 32); as formas de mendicidade coactivas ou de acoso ou baixo formas organizadas ou que obstaculicen intencionalmente o libre tránsito dos cidadáns nos espazos públicos ou que se realicen con menores ou discapacitados; ofrecer calquera ben ou servizo a persoas que se atopen no interior de vehículos privados ou públicos, incluídos os servizos de limpeza de parabrisas de automóbiles (art. 35 e 36); ofrecer ou aceptar prestar servizos sexuais retribuídos no espazo público, en especial cando se faga cerca de colexios; solicitar, demandar e negociar servizos sexuais retribuídos no espazo público por parte dos clientes potenciais; manter relacións sexuais mediante retribución no espazo público (art. 39 e 40); facer necesidades fisiolóxicas como defecar, ouriñar ou cuspir nos espazos públicos, en especial cando se realice en espazos de concorrencia afluída ou frecuentados por menores ou en monumentos ou edificios catalogados ou protexidos (art. 43 e 44); consumir bebidas alcohólicas nos espazos públicos cando lles poida causar molestias ás persoas que utilizan o espazo público e aos veciños, e cando se faga en envases de cristal ou de lata, e, especialmente cando poida alterar gravemente a convivencia cidadá; tirar ao chan ou depositar na vía pública latas, botellas, vasos

³² Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menos y muchas infracciones más”, cit., pp. 142-144.

³³ PEMÁN GAVÍN, J., “Las Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, cit., p. 31.

³⁴ Así o subliña a exposición de motivos da ordenanza de civismo de Barcelona.

ou calquera outro obxecto (art. 46 e 47); a venda ambulante non autorizada no espazo público de bebidas, alimentos e outros produtos; colaborar no espazo público cos vendedores ambulantes non autorizados con accións como facilitar o xénero ou vixiar e alertar sobre a presenza dos axentes da autoridade; comprar ou adquirir no espazo público alimentos, bebidas e outros produtos procedentes da venda ambulante non autorizada (art. 50 e 51); realizar actividades e prestar servizos non autorizados no espazo público, como tarot, videncia, masaxes ou tatuaxes; colaborar no espazo público con quen realiza esas actividades ou servizos con accións como vixiar e alertar sobre a presenza de axentes da autoridade; demandar, usar ou consumir esas actividades ou servizos (art. 54 e 55); os usos impropios dos espazos públicos, entre outros, acampar nas vías e espazos públicos, por exemplo, en tendas de campaña, vehículos, autocaravanas ou caravanas; durmir de día ou de noite en tales espazos; utilizar bancos para usos distintos dos destinados; lavarse ou bañarse en fontes ou estanques; lavar a roupa en fontes, estanques, duchas ou similares (art. 58 e 59); condutas vandálicas, agresivas ou negligentes no uso do mobiliario urbano; estragos dos espazos públicos (art. 62 e 63); bañarse en espigóns e zonas non permitidas; utilizar xabón nas duchas públicas das praias (art. 66 e 67); perturbar o descanso e a tranquilidade dos veciños mediante o funcionamento de aparellos de televisión, radios, musicais ou outros aparatos sonoros, cantos, berros, pelexas ou calquera outro acto molesto (art. 71 e 72); ir espido ou case espido polos espazos públicos; transitar ou estar nos espazos públicos só en traxe de baño ou outra preza de roupa similar, agás en piscinas, praias, paseos marítimos e vías inmediatamente contiguas ás praias (art. 74 bis e 74 ter); a negativa ou a resistencia ás tarefas de inspección ou control do Concello nos ámbitos da convivencia cidadá; a negativa ou a resistencia a subministrar datos ou facilitar a información requirida polos funcionarios actuantes en cumprimento das súas funcións; subministrar aos funcionarios información ou documentación falsa; e incumprir as ordes ou requirimentos específicos formulados polas autoridades municipais ou os seus axentes (art. 79).

Ademais de todas estas, outras ordenanzas de convivencia tamén tipificaron infraccións en ámbitos diferentes. A de Granada de 2009 faino, por exemplo, en materia de armas (o art. 24.1 tipifica portar armas na vía pública), animais domésticos (o art. 72.2 tipifica como infracción abandonar animais mortos ou limpar os animais na vía pública), contaminación atmosférica, contaminación lumínica e animais perigosos. A de Las Palmas de Gran Canaria tipifica infraccións sobre ruídos na vía pública. A ordenanza de Málaga de 2013, a de Sevilla de 2008, a de Teruel de 2011 e a de Oviedo de 2010 fano en xeral sobre animais; as de Mérida de 2004 e Sevilla sobre fogos e actividades pirotécnicas na vía pública; a de Palma de Mallorca de 2011 sobre consumo de drogas nas vías e establecementos públicos (art. 15). E a de Salamanca de 2008 sanciona a quen impida ou obstaculice o normal funcionamento dos servizos públicos (art. 22), así como o consumo e tenza de drogas en lugares públicos ou transportes colectivos, así como o abandono dos instrumentos ou outros efectos empregados para iso nos citados lugares (art. 22).

Para estas infraccións locais, as ordenanzas prevén sancións de multa que deben respectar as contías do artigo 141 LRBRL (ata 750 euros as infraccións leves, ata 1.500 euros as infraccións graves e ata 3.000 euros as infraccións moi graves). Pero, ademais, tamén estableceron a posibilidade de impor outras medidas correctoras en substitución da sanción de multa –en principio, sen a cobertura legal que lle proporciona á multa o título XI LRBRL–, entre outras, a asistencia a sesións formativas ou os traballos en beneficio da comunidade³⁵. Fano, por exemplo, a ordenanza de Barcelona nos artigos 84 e 93³⁶, a ordenanza de Zamora no artigo 60³⁷, a ordenanza de El Puerto de Santa María de 2012 no artigo 56, a de Málaga de 2013 no artigo 51, a ordenanza de Palma de Mallorca no artigo 22, a de Segovia no artigo 46 e a ordenanza de Oviedo no artigo 30.

Con todo, o réxime sancionador das ordenanzas non remata aquí, porque, por se fose pouco, regularon, ademais –en ocasións, sen o necesario amparo legal nin do título XI da LRBRL nin da lexislación sectorial, como de feito declarou a xurisprudencia–, outras cuestións sancionadoras relevantes. Aquí farei referencia a dúas delas.

En primeiro lugar, un nutrido grupo de ordenanzas previu a responsabilidade sancionadora solidaria dos pais ou titores polas infraccións cometidas polos menores de idade que dependen deles³⁸. Pero a maioría deses preceptos foron anulados

³⁵ Di TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “Las ordenanzas cívicas: especial referencia a la Ordenanza de convivencia ciudadana de Barcelona”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 545-546, que isto o fixo o ordenanza de Barcelona sen a cobertura legal necesaria. Na mesma liña, VELASCO CABALLERO, F., e DÍEZ SASTRE, S., “Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora”, cit., p. 62, din que no art. 141 LRBRL só están previstas multas pecuniarias. Así que as ordenanzas municipais non poden establecer –a menos que outra lei así o dispoña– outras clases de sancións, como de revogación ou suspensión temporal dunha licenza ou actividade”. Igualmente, LASAGABASTER HERRARTE, I., “La potestad sancionadora local en la Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 68, 2004, p. 17. *Id.*, tamén, MELERO ALONSO, E., “Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es Derecho administrativo del enemigo”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 6, 2016, p. 16. O mesmo opina RODRÍGUEZ ALONSO, C., “La indeterminación competencial y la potestad sancionadora de los entes locales como presupuesto fallido para la sustitución de las sanciones administrativas por trabajos en beneficio de la comunidad”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 6, 2016, pp. 103-104: “aínda que poida parecer, a simple vista, que se trata dunha medida das entidades locais que busca a garantía e a facilidade de oportunidades nos cidadáns, non podemos deixar atrás o razoamento defendido e a vulneración de principios básicos e estruturais do noso ordenamento como é o principio de legalidade, base do noso constitucionalismo”.

³⁶ A STS do 18 de xullo de 2011, recurso de casación n. 224/2010, RX/2011/6637, declara que os traballos en beneficio da comunidade, non así as demais medidas do art. 84.2 da ordenanza de Barcelona, si atopan cobertura legal na Lei de responsabilidade do menor. En concreto, a Sala III confirma a sentenza de instancia que declaraba que “tan só os traballos en beneficio da comunidade, previstos no Código penal como unha pena privativa de dereitos, e na lei que regula a responsabilidade dos menores como unha das medidas susceptibles de ser impostas aos menores, pode admitirse como medida correctora que substitúa á sanción pecuniaria, sempre que conste o consentimento do menor, e se motive axeitadamente por que se aplica, a medida e o prazo de duración desta, que non poderá exceder, en ningún caso, os límites previstos nas leis citadas, e non o elenco que se menciona no artigo 84.2 da Ordenanza (asistencia a reunións formativas, outro tipo de actividades de carácter cívico), que carece de cobertura legal. Tamén carece da necesaria cobertura legal a previsión, contida no artigo 93.3 da Ordenanza, de impor con carácter obrigatorio as medidas alternativas á sanción, con excepción dos traballos en beneficio da comunidade”. Igualmente, STS do 25 de outubro de 2011, RX\2012\1548. *Id.*, ao respecto, GARCÍA GARCÍA, M.J., *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, CEMCI, Granada, 2014, pp. 125-170.

³⁷ No mesmo sentido da sentenza anterior, a STSX de Castela e León, do 30 de xaneiro de 2012, n. 134/2012, anula o art. 60 da Ordenanza de Zamora que prevía a substitución ou redución da sanción de multa pola asistencia a sesións formativas por vulnerar a reserva de lei.

³⁸ Críticao por oporse ao principio de personalidade das sancións PEMÁN GAVÍN, J., “Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, cit., pp. 47-48: “tería sido por iso máis acertado restrinxir a responsabilidade solidaria dos pais ás obrigas de pagamento derivadas da imposición de multas aos menores”.

por vulnerar ou a reserva de lei ou o principio de personalidade das sancións (art. 84.4 da ordenanza de Barcelona³⁹, art. 40.4 da ordenanza de Segovia de 2011, art. 36.5 da ordenanza de Albacete⁴⁰, art. 46.1 da ordenanza de Zamora⁴¹, arts. 14.4 e 38.4 da ordenanza de Alcalá de Henares de 2010⁴² e art. 124 da ordenanza de Bilbao de 2010⁴³, entre outros. Pola súa banda, o art. 35.3 da ordenanza de Granada prevé a súa responsabilidade subsidiaria).

En segundo termo, algunhas ordenanzas estableceron previsións sobre as medidas provisionais que poden acordarse no procedemento sancionador de dubidosa legalidade. Por exemplo, o artigo 83.3 da ordenanza de Barcelona prevé a imposición, como medida cautelar, do pagamento inmediato da sanción antes da resolución do procedemento sancionador cando a persoa infractora non resida no municipio⁴⁴, o que me parece que, como pouco, vulnera o dereito á presunción de inocencia do acusado e non residente.

6 As garantías do dereito sancionador e o seu posible incumprimento na LOPSC e as ordenanzas de convivencia

É verdade que o réxime sancionador da LOPSC xerou problemas por posible vulneración dalgunhas das garantías propias do dereito sancionador. Pero pasa o mesmo co das ordenanzas de convivencia, aínda que practicamente non fosen cuestionadas por iso, salvo algunha excepción⁴⁵. De feito, creo –despois de estudar isto con detalle– que o réxime sancionador previsto na LOPSC non é máis represivo nin menos garantista que o das ordenanzas de convivencia, todo o contrario. E, non obstante, estas pasaron inadvertidas e non recibiron as críticas doutrinais e xurisprudenciais que claramente merecían.

³⁹ Declárase nulo a STSX de Cataluña, do 23 de novembro de 2009, n. 1156/2009, recurso contencioso-administrativo n. 330/2006, por vulnerar a reserva de lei en materia sancionadora.

⁴⁰ Declárase nulo a STSX de Castela A Mancha, do 1 de xullo de 2014, n. 449/2014, por vulnerar a reserva de lei en materia sancionadora.

⁴¹ Declárase nulo por vulnerar o principio de culpabilidade, a STSX de Castela e León, do 30 de xaneiro de 2012, n. 134/2012.

⁴² Declárase nulo a STSX de Madrid, do 8 de marzo de 2012, n. 337/2012, por vulnerar o principio de personalidade das sancións.

⁴³ Non obstante, a STSX do País Vasco, do 27 de xuño de 2012, n. 521/2012, declara que o precepto é conforme a dereito e non vulnera o principio de personalidade das sancións.

⁴⁴ Críticase PEMÁN GAVÍN, J., "Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona", cit., p. 49, porque "en realidade máis que dunha medida cautelar ou provisional en sentido propio se trata dunha execución anticipada da sanción que se leva a cabo (...) mesmo antes de existir unha resolución sancionadora como tal". *Vid.*, sobre isto, a STSX de Cataluña, do 23 de novembro de 2009, n. 1156/2009, recurso contencioso-administrativo n. 330/2006.

⁴⁵ TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., "Las ordenanzas cívicas: especial referencia a la Ordenanza de convivencia ciudadana de Barcelona", cit., pp. 546 e 554, si alude no seu traballo en varias ocasións á mala ou lamentable técnica xurídica con que se redactou a ordenanza de Barcelona que xerou problemas en relación con varias garantías do dereito sancionador, como a reserva de lei, a tipicidade, o principio de personalidade das sancións, a imposición de sancións de plano, o réxime das medidas cautelares ou a prohibición da *reformatio in peius* (pp. 545-548).

En relación co réxime sancionador concreto da LOPSC, practicamente todo o que se escribiu sobre el foron críticas moi duras. Na miña opinión, non hai para tanto. Afírmouse sistematicamente que é un dereito administrativo sancionador menos garantista e moito máis represivo que o anterior: que o da LOPSC/92. Non o creo. Ao revés, creo que a LOPSC actual regulou mellor que a súa antecesora moitos aspectos do réxime sancionador nesta materia, pero agora non é o momento de entrar niso⁴⁶.

Pola contra, si mereceu moitas das críticas que se lle fixeron o anteproxecto de LOPSC que presentou o Goberno. Pero o texto finalmente aprobado soubo corrixir, a partir das propostas de mellora que figuraban nos informes do CXPX e do Consello Fiscal, e no ditame do Consello de Estado, moitas das debilidades do anteproxecto. Neste sentido, pode dicirse que o anteproxecto cometía tantos excesos e irregularidades que fixo ata boa a LOPSC finalmente aprobada.

Cales foron as principais deficiencias que se lle imputaron ao réxime sancionador da LOPSC? A vulneración, nalgúns casos, dos principios de tipicidade de infraccións e sancións, proporcionalidade das sancións e da garantía *non bis in idem*⁴⁷. Analizarei estes problemas a continuación, pero non só respecto da LOPSC, senón tamén en relación coas ordenanzas de convivencia.

6.1 A garantía *non bis in idem*

En relación coa garantía *non bis in idem*, o principal problema que presentou a LOPSC, segundo a doutrina, é que moitas das súas normas sancionadoras se solapan ou concorren con normas penais que tipifican delitos. Acontece en materia de armas, de orde pública, de drogas, de cumprimento de servizos esenciais, etc. Demóstrano os preceptos da LOPSC que tipifican moitas condutas como infracción e engaden “sempre que non sexan constitutivas de delito”. Ata vinte veces o repite a LOPSC. A supresión das faltas empeorou esta situación que xa existía antes en materia de drogas ou de armas, porque practicamente todas as faltas que desapareceron do CP se transformaron en dous ilícitos: en delito e en infracción administrativa segundo a maior ou menor gravidade da conduta. Ocorreu coas faltas de perturbación da orde en acto público, de resistencia e desobediencia, de uso público e indebido de uniforme, de falta de respecto e consideración a membros das forzas e corpos de seguridade e de abandono de animais domésticos. Por iso, os concursos de normas punitivas (penal e administrativa sancionadora) serán constantes e a garantía *non bis in idem* sufrirá continuas ameazas⁴⁸.

⁴⁶ Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menos y muchas infracciones más”, cit., pp. 137-144.

⁴⁷ En calquera caso, hai máis garantías dos cidadáns que se poderían ver afectadas, sobre todo, pola diminución de dereitos que leva consigo tramitar un procedemento administrativo sancionador en lugar dun proceso penal, que é unha das consecuencias que tivo a conversión en infraccións administrativas dalgunhas das antigas faltas do CP. Tanto o Consello de Estado como o CXPX advertírono nos seus respectivos informes ao anteproxecto e, de feito, o Consello de Estado criticouno dun xeito especialmente vigoroso.

⁴⁸ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., “Seguridad ciudadana, descriminalización y garantías”, cit. (en prensa).

Todo isto que dicimos é verdade e resulta preocupante a pasividade e a indife-rencia que mostrou o lexislador á hora de definir os tipos da LOPSC. Pero os mesmos problemas poden formularse en relación coas ordenanzas de convivencia que tamén se refiren en non poucos casos á posibilidade de que as súas infraccións poidan ser constitutivas de infracción penal. Di, por exemplo, o artigo 17.1 da ordenanza de Barcelona que a realización das condutas descritas no precepto anterior (toda conduta de menosprezo á dignidade das persoas, calquera comportamento discriminatorio, as actitudes de acoso entre menores, etc.) terán a consideración de infracción grave “sen prexuízo de que os feitos sexan constitutivos de infracción penal”. E establece o artigo 79.2 que as infraccións que tipifica (condutas obstrucionistas ás tarefas de control, investigación ou sanción nos ámbitos da convivencia e o civismo) o serán “sen prexuízo da lexislación penal e sectorial”. Pola súa banda, establece o artigo 51.1 que as condutas descritas no artigo precedente (sobre venda ambulante no es-pazo público non autorizada) serán constitutivas de infracción “sen prexuízo da lexislación penal”. O artigo 55.1 prevé que a realización de actividades e prestación de servizos non autorizados no espazo público, como o tarot, videncia, masaxes ou tatuaxes, serán constitutivas de infracción leve “sen prexuízo da lexislación penal”. Segundo o artigo 63.1, as condutas vandálicas, agresivas ou negligentes no uso do mobiliario urbano son constitutivas de infracción moi grave “sen prexuízo da lexislación penal e de protección da seguridade cidadá”. E afirma o artigo 63.2 que os actos de deterioración grave, como estragos dos espazos públicos, son cons-titutivos de infracción grave “sen prexuízo da lexislación penal”. Nin que dicir ten que todos estes preceptos se van repetindo no articulado das demais ordenanzas de convivencia que tamén engaden *motu proprio* outros supostos de concorrencia coa lexislación penal diferentes.

Cuestión á parte, e que tamén é perfectamente posible, é a concorrencia dunha norma sancionadora da LOPSC e unha norma sancionadora dunha ordenanza de convivencia. Nestes casos –e aínda que a LOPSC gardase silencio–, prevalecerá sempre a estatal sobre a norma local en concurso. Aquí non procedería resolver en favor da norma sancionadora especial ou da que, se é o caso, preveña maior sanción. Porque non se trata de simples relacións de normas dun mesmo ordenamento, se-nón de relacións entre distintos ordenamentos xurídicos. A norma tipificadora local nunca pode impedir a aplicación da estatal, que é de preferente aplicación respecto a aquela. Polo tanto, pode entenderse que todas as normas tipificadoras que conteñan as ordenanzas son, en realidade, só de aplicación subsidiaria: só son aplicables se a conduta non está prevista e sancionada nunha norma estatal ou autonómica⁴⁹. Esta é a solución xeral que se desprende, ademais, para o caso específico das ordenanzas de convivencia, do artigo 140.1 LRBRL cando afirma que “serán moi graves as in-fracciões que supoñan: a) Unha perturbación relevante da convivencia que afecte de xeito grave, inmediato e directo á tranquilidade ou ao exercicio de dereitos lexítimos doutras persoas... ou á salubridade ou ornato públicos, *sempre que se trate de condutas*

⁴⁹ *Vid.* con carácter xeral REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., e ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Título XI. Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias”, cit., pp. 3745-3748.

non subsumibles nos tipos previstos no capítulo IV da Lei 1/1992, do 21 de febreiro, de protección da seguridade cidadá”. E o mesmo se infire do artigo 140.1.f) LRBRL: “Serán moi graves as infraccións que supoñan: f) Os actos de deterioración grave e relevante de espazos públicos ou de calquera das súas instalacións e elementos, sexan mobles ou inmoables, *non derivados de alteracións da seguridade cidadá*”.

Tería sido moi conveniente que as ordenanzas de convivencia o tivesen aclarado expresamente ou que a propia LOPSC –que é posterior no tempo– o tivese feito por elas. Tamén tería sido perfectamente posible que a LOPSC tivese alterado para este sector concreto as regras expostas e optase por establecer normas sancionadoras supletorias, isto é, só aplicables en defecto das normas locais⁵⁰. Por exemplo, que dispuxese que as súas normas sobre infraccións por beber alcohol nas rúas fosen de aplicación só a falta de regulación por ordenanza deses mesmos ilícitos. Pero, por non facer, non fixo nin unha cousa nin a outra.

6.2 A tipicidade das infraccións e a reserva de lei e a culpabilidade nas sancións

En canto á garantía da tipicidade das infraccións e da predeterminación normativa das sancións, denunciouse que moitos tipos da LOPSC son demasiado amplos e tan indeterminados que non garanten un mínimo de certeza e de seguridade xurídica aos cidadáns á hora de prever cales dos seus comportamentos poderán ser sancionados. As críticas do CXPX e do Consello Fiscal a moitas das infraccións previstas no anteproxecto, precisamente, por vulnerar o principio de tipicidade foron moi intensas⁵¹. Na miña opinión, e malia as fortes críticas dos penalistas a este respecto⁵², o uso que fai a LOPSC dos conceptos xurídicos indeterminados para tipificar as súas infraccións é moderado⁵³, e son moi escasas as infraccións previstas no texto finalmente aprobado que poden xerar este problema. Bo reflexo diso é que o Consello de Estado se mostrou moi favorable co anteproxecto no referente á garantía da tipicidade, e considerou

⁵⁰ Vid. neste sentido REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., e ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Título XI. Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias”, cit., p. 3749.

⁵¹ O CXPX considerou que non satisfacían os principios de tipicidade e taxatividade as condutas típicas previstas nos actuais arts. 35.4 e 37.6, 36.2, 36.4, 36.5, 36.18, 36.23, 37.5 e 37.15 LOPSC. Pola súa parte, segundo o Consello Fiscal, vulneraban a garantía de tipicidade as condutas previstas nos actuais art. 35.4, art. 37.5 e art. 37.7. En relación con esta última do art. 37.7, informou de que “están descritas en termos excesivamente amplos, non o suficientemente precisos, concretos e taxativos como para satisfacer sen dúbida ningunha as exigencias do principio de tipicidade”.

⁵² Vid. RIDAO MARTÍN, J., “Las actuales limitaciones sobre la participación política y la libertad de información en el espacio público en España. Una lectura constitucional de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 107, 2016, p. 217; BILBAO UBILLOS, J.M., “La llamada Ley Mor-daza: La Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana”, cit., pp. 246-248; ALONSO RIMO, A., “El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la seguridad (¿ciudadana?): Análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación”, cit., p. 13; PRESNO LINERA, M.A., “La expansión del derecho administrativo sancionador securitario: Análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, cit., pp. 285; e BAUCCELLS I LLADÓS, J., “El nuevo ‘derecho sancionador autoritario’. Acerca de la constitucionalidad del Código Penal y la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 24, 2015, pp. 24-30.

⁵³ Tamén o cre REBOLLO PUIG, M., “La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana”, cit. (en prensa).

que era axeitado e razoable o uso que facía de conceptos xurídicos indeterminados á hora de tipificar as infraccións⁵⁴.

En canto ás ordenanzas de convivencia, non vin que o seu réxime sancionador recibise críticas pola posibilidade de vulnerar a garantía de tipicidade. De feito, hai quen mesmo as gabou por facer xusto o contrario. Di PEMÁN GAVÍN⁵⁵, cando comenta a ordenanza de Barcelona, que “debe notarse que se pon especial coidado en cumprir o mandato constitucional de tipicidade, precisando de modo exhaustivo as condutas que constitúen infracción administrativa e as súas correspondentes sancións”. E despois insiste: “Hai, como veremos, algúns temas nos que as opcións introducidas suscitan reparos e resultan cuestionables, pero polo que se refire ao respecto do principio de tipicidade, o texto da ordenanza paréceme impecable”. Ben é verdade que PEMÁN di isto da ordenanza de Barcelona cando a compara coa tipificación de infraccións que facían as antigas ordenanzas de policía e bo goberno (de Madrid de 1948 ou de Valladolid de 1924), que eran moito peores neste sentido, pero nin aínda así se sosteñen os seus argumentos⁵⁶.

Na miña opinión, hai moitos preceptos nas ordenanzas de convivencia que tipificaron infraccións a través de fórmulas vagas e amplísimas e facendo un uso desmedido dos conceptos xurídicos indeterminados⁵⁷. De feito, as poucas sentenzas que as cuestionaron e anulon algúns dos seus artigos fixérono, precisamente, porque os seus tipos infractores vulneraban o principio de tipicidade. É o que aconteceu, por exemplo, coa infracción consistente en ir *case espido* polos espazos públicos de Barcelona ou de Valladolid e coa de transitar ou permanecer nos espazos públicos de Barcelona ou Valladolid soamente cunha *peza de roupa similar ao traxe de baño*. As catro foron anuladas polas SSTs do 23 de marzo de 2015 (RX\2015\2113) e do 9 de maio de 2016 (RX\2016\2588)⁵⁸, respectivamente, por vulneraren a garantía de tipicidade⁵⁹. Na

⁵⁴ Na consideración xeral quinta, di o ditame do Consello de Estado ao anteproxecto da LOPSC que “merece unha consideración xeral a utilización polo prelexislador de conceptos xurídicos indeterminados, que se cualifican de vagos e imprecisos en varios dos informes que constan en antecedentes (...) O Consello non comparte tales criterios. A utilización de conceptos xurídicos indeterminados (...) non equivale a vaguidade e imprecisión (...). A razón xurídica non é unha razón mecánica e, por iso, o lexislador non pode prever detalladamente todas e cada unha das circunstancias do caso ao que hai que aplicar a lei, especialmente en materia tan fluída como é o mantemento da seguridade cidadá. Por iso, é adecuado e razoable tanto o recurso aos conceptos xurídicos indeterminados, como ao razoable da interpretación da norma e a valoración dos feitos en presenza. Iso non supón abrir a porta á arbitrariedade”

⁵⁵ PEMÁN GAVÍN, J., “Ordenanzas municipais e convivencia cidadá. Reflexións a propósito da Ordenanza de civismo de Barcelona”, cit., pp. 34-35.

⁵⁶ Uns anos despois PEMÁN en “La política de civismo en los Ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica”, cit., pp. 38-41, si reconece que hai preceptos nas ordenanzas nos que queda vulnerado o principio de tipicidade; por exemplo, nos art. 23 e 24 da xa derogada ordenanza de Valladolid de 2004, posto que se limitan a reproducir o disposto no art. 140.1 LRBRL sen introducir máis elementos de concreción (como declarou a STSX de Castela e León, do 15 de decembro de 2006, n. 2247/2006) e no art. 103.4 da ordenanza de civismo de Lleida, que tipifica como infracción grave “a falta de respecto e a insolidariedade cara a outras persoas”. Tamén, no art. 103.6 da ordenanza de Lleida que tipifica como infracción grave “alterar a orde pública e o descanso veciñal”.

⁵⁷ Tamén o pensa TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “Las ordenanzas cívicas: especial referencia a la Ordenanza de convivencia ciudadana de Barcelona”, cit., pp. 546-547.

⁵⁸ Análizaas GONZÁLEZ BOTIJA, F., *Orden público y libertad (Vestimenta, comunicación comercial y audiovisual, ocio y banderas)*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 175-178.

⁵⁹ O art. 74 bis da Ordenanza de convivencia cidadá de Barcelona dispuña que: 1. “Queda prohibido ir espido ou espida ou case espido ou case espida polos espazos públicos, salvo autorizacións para lugares públicos concretos, mediante Decreto da Alcaldía. 2. Así mesmo, queda prohibido transitar ou permanecer nos espazos públicos só en traxe de baño ou outra peza de roupa similar, agás nas piscinas, as praias ou outros lugares onde sexa normal ou habitual permanecer con esta

mesma liña, a STSX de Castela e León, do 23 de marzo de 2017, n. 349/2017, anula a expresión “parcialmente espido” do artigo 16.2.d) e 22.1.n) da ordenanza de Salamanca polo mesmo motivo. Pola súa parte, a STSX de Castela-A Mancha, do 1 de setembro de 2014, n. 494/2014, anulou o artigo 9.3, parágrafo primeiro, da ordenanza de Almagro que tipificaba como infracción “a emisión de calquera ruído doméstico que, polo seu volume exceda os límites que exige a tranquilidade pública ou o descanso dos cidadáns, desde as 22.00 ata as 08.00 horas, e entre as 15.00 e as 17.00 horas”. E iso porque a descrición da conduta típica realizada polo precepto vulneraba a garantía de tipicidade.

Hai poucas sentenzas máis que o fagan e moitos preceptos máis nas ordenanzas que incumpren esta garantía. Como mostra, os artigos 16.1 e 17.2 da ordenanza de Barcelona, que tipifican como infracción grave “toda conduta de menosprezo á dignidade das persoas, así como calquera comportamento discriminatorio” que se realice no espazo público. Ou o artigo 22.1 a) da ordenanza de Salamanca, que tipifica como infracción leve “Non respectar a sinalización e os horarios existentes nos parques e xardíns e/ou non atender as indicacións expostas en tales recintos, as que poidan formular os traballadores ou responsables destes e a Policía Local”. Tamén, o artigo 22.2 a), que tipifica como infracción grave “Realizar calquera forma de rotura, vertedura, desprazamento ou calquera outra actividade ou manipulación que ensucie, degrade, impida a súa utilización ou menoscabe de calquera forma, calquera dos bens comprendidos no ámbito de aplicación desta ordenanza que sexa contraria ao seu uso ou destino habituais ou implique a súa deterioración, sempre que non estea contemplada como infracción moi grave”. E o artigo 20 a) da ordenanza de Santander segundo o cal é infracción moi grave “Perturbar a convivencia cidadá de forma que incida grave, inmediata e directamente na tranquilidade e no exercicio de dereitos lexítimos doutras persoas, no normal desenvolvemento de actividades de toda clase conforme a normativa aplicable e na salubridade ou ornato públicos, sempre que se trate de condutas

peza de roupa. A prohibición a que se refire este apartado non é de aplicación nos paseos marítimos, nin ás rúas nin vías inmediatamente contiguas ás praias ou no resto do litoral”. E o art. 74 ter engadía que “a realización da conduta descrita no primeiro apartado do artigo anterior será considerada infracción leve, e será sancionada cunha multa de 300 a 500 euros” e “a descrita no segundo apartado do artigo anterior será considerada infracción leve, e será sancionada cunha multa de 120 a 300 euros”. Segundo a STS do 23 de marzo de 2015 (RX 2015, 2113), non respecta a exigencia de tipicidade a expresión “ir semiespido” ou “en peza de roupa similar a un traxe de baño”. En concreto, a Sala declarou que o motivo de recurso debe prosperar en relación coas expresións “case espido” e “case espida” do artigo 74.bis.1 da ordenanza e “outra peza de roupa similar” ao traxe de baño do artigo 74.bis.2, pois, en contra do afirmado na sentenza de instancia, non resulta factible determinar cun mínimo grao de precisión as características concretas das condutas que se sancionan. E engadiu: “tería sido necesario un maior esforzo da Corporación municipal para acoutar este indeterminado concepto (“case espido” ou “case espida”) e non deixar ao aplicador do precepto tan extraordinaria marxe de apreciación nunha materia que, desde logo, non pode afirmarse que se prescinda de indiscutible claridade”.

No mesmo sentido, a antiga Ordenanza de convivencia cidadá de Valladolid –xa derogada– establecía que “ningunha persoa poderá estar espida ou semiespida nos espazos e vías de uso público, salvo que conte con autorización expresa do Concello ou realice actividades formalmente amparadas no exercicio de dereitos fundamentais. Así mesmo, queda prohibido transitar ou permanecer nos espazos públicos mencionados en traxe de baño ou en calquera outra peza de roupa similar, agás nas piscinas, as praias ou calquera outro lugar en que sexa normal ou habitual estar con este tipo de roupa”. Noutro precepto consideraba infracción sancionable o incumprimento desta prohibición. A sentenza de instancia anulou o inciso “ou en calquera outra peza de roupa similar”. Pola súa banda, a STS do 9 de maio de 2016 (n. 1013, RX 2588) razoa que a prohibición non vulnera os arts. 14 e 16 CE e tampouco o principio de proporcionalidade, pero entende que vulnera o art. 25.1 CE, ademais da expresión “calquera outra peza similar” ao traxe de baño, xa anulada, a de “semiespida”. Admite, desde logo, conforme a xurisprudencia xa consolidada, que se tipifiquen infraccións mediante conceptos xurídicos indeterminados, pero só cando “a súa concreción sexa factible en virtude de criterios lóxicos, técnicos ou de experiencia, de maneira que permitan prever, con suficiente seguridade, a natureza e as características esenciais das condutas prohibidas”. Neste caso, o TS considera que non se dan esas condicións.

Regap



ESTUDIOS

non tipificadas na lexislación sobre protección da seguridade cidadá”. Tamén, o artigo 34 h) da ordenanza de Pamplona, que tipifica como infracción moi grave os “Actos ou omisións contrarios ao previsto nesta ordenanza que poñan en perigo grave a saúde ou a integridade física ou moral das persoas”. E así moitísimos outros.

6.3 O principio de proporcionalidade das sancións

6.3.1 Infraccións que sancionan condutas irrelevantes ou moi pouco lesivas

Criticouse tamén a LOPSC por sancionar nalgúns casos condutas insignificantes que non merecen reproche punitivo ningún; por exemplo, o caso de perder tres ou máis veces nun ano o DNI (art. 37.11 LOPSC), de non denunciar culpablemente a súa perda ou subtracción (art. 37.10 LOPSC) ou de escalar edificios ou monumentos para despregar pancartas reivindicativas de algo (art. 33.14 LOPSC). Pode que sexa verdade e, quizais, o máis razoable sería que estas condutas quedasen impunes. Pero, dito isto, máis grave me parece o que fixeron os preceptos das ordenanzas que tipificaron como infraccións certas condutas que teñen claramente unha lesividade moi reducida cando non inexistente ou que son moitas veces accións meramente sociais ou desordenadas e que, en todo caso, eran toleradas ata hai ben pouco⁶⁰, como berrar, durmir nun banco do parque, cortar unha flor, cuspir, cantar na rúa, determinadas formas de mendicidade⁶¹, etc.

6.3.2 Infraccións que tipifican o exercicio de dereitos fundamentais

Na outra cara da moeda, tamén se denunciou que hai preceptos na LOPSC (art. 36.1, art. 36.2, art. 36.4, art. 36.23, art. 37.3, parágrafo segundo) que tipifican e sancionan simples condutas de protesta cidadá e, con iso, o exercicio de verdadeiros dereitos fundamentais (de manifestación, de reunión, de liberdade de expresión, liberdade de información, etc.). Xuridicamente estas críticas non se sosteñen e supoñen unha concepción dos dereitos fundamentais como dereitos absolutos que non admiten límites para garantir outros bens xurídicos –no noso caso, a orde pública–⁶², pero, en calquera caso, tamén as ordenanzas de convivencia –que non hai que esquecer

⁶⁰ Referiuse a iso e criticouno o penalista RANDO CASERMEIRO, P., “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, *In Dret*, n. 1, 2010, pp. 13, 15, 22 y 23: “Sen dúbida, o apoio á potestade sancionadora dos concellos a través de normas de rango non legal, singularmente as ordenanzas municipais tivo moito que ver coa prohibición de condutas cuxa lesividade é moi reducida, e que en todo caso eran toleradas ata hai ben pouco: (...) Os entes locais viron, en definitiva, un filón produtivo para intervir (...) A seguridade cidadá configúrase tan amplamente polo dereito administrativo sancionar actual –RANDO refírese ás ordenanzas locais– que se considera lesionada pola comisión de meras condutas sociais ou desordenadas (...) Deberíase pór freo ao exercicio desembarazado de potestades lexislativas sancionadoras que está a ter lugar no ámbito da Administración local”.

⁶¹ *Vid.*, sobre isto, MELERO ALONSO, E., “Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es Derecho administrativo del enemigo”, cit., pp. 10-14 e 23-24, para o que a regulación sobre as persoas sen fogar nas ordenanzas locais ten a natureza de dereito administrativo do inimigo. Trátase –di– dunha normativa que castiga as actividades cotiás das persoas sen fogar. Desta forma estase a pór en práctica unha política de exclusión social (p. 25).

⁶² ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menos y muchas infracciones más”, cit., pp. 126-129.

son regulamentos – establecen prohibicións que limitan severamente non xa facultades non identificables con dereitos ou a liberdade xenérica (regar as plantas desde o balcón, ter animais de compañía, acampar, facer fogueiras, pasear sen camiseta polo centro da cidade, etc.), senón certos dereitos, mesmo fundamentais⁶³, cando o seu exercicio poida comportar unha perturbación da orde pública. E non só establecen estas prohibicións, senón que ademais sancionan o seu incumprimento⁶⁴. Desde logo, nin a liberdade xenérica do individuo nin os dereitos fundamentais (a propiedade, a liberdade de empresa, a liberdade de expresión) poden incluír a posibilidade de danar ou de pór en perigo a convivencia e a seguridade cidadá. Pero, quizais, as ordenanzas de convivencia – que, insisto, son regulamentos, aínda que de carácter especial – deberan ter previsto algúns deses límites á liberdade xenérica e ao exercicio de dereitos fundamentais con moita menos lixeireza e máis mesura da que empregaron ata agora.

Hai sentenzas – poucas – que anulon preceptos de ordenanzas por entrañaren límites contrarios ao contido esencial dos dereitos fundamentais do cidadán. Por exemplo, a STSX de Castela e León, do 8 de outubro de 2013, n. 1692/2013, anulou o artigo 7.1 e 3 da xa derogada ordenanza de Valladolid de 2004 por vulnerar o dereito á liberdade de expresión. O dito precepto sometía a autorización municipal previa a colocación de calquera tipo de pancarta na vía pública, mesmo nos edificios privados cando a colocación dos carteis, pancartas e outros elementos non danasen a superficie e fosen de doada extracción. A sentenza considera “exorbitante e contrario á liberdade de expresión que calquera acto de comunicación iconográfica, visual, escrita ou protesta, netamente temporal, e que se realice no exterior de bens de titularidade privada se someta a autorización municipal baixo sanción”. Esta mesma STSX de Castela e León, do 8 de outubro de 2013, n. 1692/2013⁶⁵, anulou tamén o artigo 15.1 da ordenanza de Valladolid de 2004, segundo o cal “quedan prohibidas as condutas que adopten calquera forma de mendicidade nas vías e espazos públicos”, porque ao referirse a calquera forma de mendicidade está a prohibir todas as súas manifestacións. Hai que distinguir, segundo a sentenza, entre a mendicidade realizada en estado de necesidade, de forma educada e non reiterada, da solicitude de diñeiro en esmola en situacións que implican o uso de menores, de xeito coactivo ou de forma que dificulte o tránsito de peóns ou vehículos. A sala considera axustada a dereito a prohibición desta segunda forma de mendicidade, por entender que pode levar consigo unha situación de risco, perigo ou incomodidade. Pero non é así no primeiro

⁶³ Vid. BELANDO GARÍN, B., “Ordenanzas de convivencia ciudadana: mediación y medidas sustitutivas ¿dónde están los límites?”, Lloria García, P. (dir.), *Convivencia ciudadana: mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 62-67.

⁶⁴ Vid. sobre esto REBOLLO PUIG, M., “Artículo 84”, Rebollo Puig, M. (dir.), e Izquierdo Carrasco, M. (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 2214-2215. Vid., tamén, ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 48-53; GARCÍA GARCÍA, M.J., *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, cit., pp. 54 e 77-93; e BROTAT I JUBERT, R., *La seguridad urbana: entre la seguridad ciudadana, el civismo y la convivencia en espacios públicos*, Universidade de Barcelona, 2014 (tese de doutoramento), pp. 409-414. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/134667> (16 de maio de 2019).

⁶⁵ Coméntaa BELANDO GARÍN, B., “Ordenanzas de convivencia ciudadana: mediación y medidas sustitutivas ¿dónde están los límites?”, cit., pp. 66-67.

caso, no que a prohibición pode implicar a vulneración do principio fundamental de liberdade das persoas. Especialmente coñecida foi a STS do 14 de febreiro de 2013 (RX\2013\2613), que anulou varios preceptos da ordenanza de Lleida de 2010 relativos á prohibición de acceder ou permanecer nos edificios municipais ás persoas que portasen veo integral porque, en defecto dunha lei que prevexa esa limitación, resultan contrarios ao contido esencial do dereito á liberdade relixiosa⁶⁶.

7 Os descoidos e esquecementos da LOPSC

Noutra orde de cousas, unha das maiores debilidades da LOPSC é que o seu réxime sancionador non tivera en conta as ordenanzas de convivencia. Como xa advertimos, a elaboración e aprobación da LOPSC foron da man da reforma do CP de 2015, á que tivo moi presente, coa finalidade de incorporar no seu articulado algunhas das faltas que aquela suprimiu do libro III do CP. Pero, sorprendentemente, a LOPSC ignorou por completo a existencia das ordenanzas locais que xa tipificaban non poucas das infraccións que ela mesma previu logo. E ese esquecemento paréceme decepcionante.

No que aquí nos interesa, a LOPSC só se referiu ás ordenanzas municipais nun precepto, o artigo 32.3, e non para articular as relacións coas xa existentes, senón para prever posibles regulacións futuras. É verdade que este precepto non se refire expresamente ás de convivencia ou civismo, senón en xeral ás ordenanzas municipais, pero sendo unha lei de seguridade cidadá o lóxico é entender que, antes que nada, estará a pensar nelas (e, en xeral, nas que se poidan aprobar para regular as mesmas materias que ela aborda).

En concreto, di o 32.3, que se insire dentro do capítulo V (Réxime sancionador), na sección 1.^a, relativa a “Suxeitos responsables, órganos competentes e regras xerais sobre as infraccións e a aplicación das sancións”:

Artigo 32. Órganos competentes.

...

3. “Os alcaldes poderán impor as sancións e adoptar as medidas previstas nesta lei cando as infraccións se cometesen en espazos públicos municipais ou afecten a bens de titularidade local, sempre que posúan competencia sobre a materia de acordo coa lexislación específica.

Nos termos do art. 41, as ordenanzas municipais poderán introducir especificacións ou graduacións no cadro das infraccións e sancións tipificadas nesta lei”.

E, pola súa banda, establece o artigo 41, que se sitúa na sección 2.^a do capítulo V, relativa a “Infraccións e sancións”:

Artigo 41. Habilitación regulamentaria.

“As disposicións regulamentarias de desenvolvemento poderán introducir especificacións ou graduacións no cadro das infraccións e sancións tipificadas nesta lei que, sen constituíren novas infraccións ou sancións, nin alterar a súa natureza

⁶⁶ Analizan esta sentenza con detalle GONZÁLEZ BOTIJA, F., *Orden público y libertad (Vestimenta, comunicación comercial y audiovisual, ocio y banderas)*, cit., pp. 45-60; e GARCÍA GARCÍA, M.J., *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, cit., pp. 87-90.

e límites, contribúan á máis correcta identificación das condutas ou á máis precisa determinación das sancións correspondentes”.

É dicir, segundo os artigos 32.2 e 41 LOPSC, as ordenanzas municipais poderán especificar as infraccións e graduar as sancións que ela mesma tipificou, sempre e cando –hai que entender, aínda que non o concrete o artigo 32.3, parágrafo segundo, LOPSC– o municipio teña competencia sobre a materia concreta de que se trate en cada caso⁶⁷.

De calquera forma, parece raro que a LOPSC se limite a dicir isto como se no momento de aprobarse non houberse xa vixente no noso ordenamento un inmenso dereito sancionador da convivencia cidadá que foron aprobando desde hai máis de quince anos esas ordenanzas locais. De feito –como xa se dixo antes– un bo número das infraccións que previu a LOPSC coincide punto por punto coas que adoitan tipificar todas as ordenanzas de convivencia⁶⁸. Así acontece, por exemplo, coas infraccións previstas nos artigos 36.10 (portar ou exhibir armas), 36.11 (solicitar ou aceptar servizos sexuais retribuídos na vía pública), 36.15 (obstaculizar o funcionamento dos servizos de emerxencia); 36.16 (consumo ou tenza ilícita de drogas en lugares públicos, así como o abandono de xiringas), 36.19 (tolerancia no consumo de drogas en establecementos públicos), 37.2 (exhibir obxectos perigosos), 37.5 (realizar ou incitar á realización de actos contra a liberdade sexual), 37.7 (ocupación da vía pública e venda ambulante non autorizada), 37.13 (danos ou deslucimentos de bens de uso ou servizo público ou de bens privados na vía pública), 37.15 (remoción de valados para delimitar perímetros de seguridade), 37.16 (deixar soltos animais perigosos e abandonar animais domésticos) e 37.17 (beber alcohol nas rúas). Polo menos, a LOPSC podería terse declarado de aplicación preferente en caso de concorrer cunha norma sancionadora local. Ou mesmo de aplicación supletoria. Pero nin iso fixo. Sorprendente e decepcionante.

Ben é verdade que a LOPSC/92 dicía algo parecido no seu artigo 29.2 *in fine*⁶⁹, pero daquela aínda non se aprobara o actual título XI da LRBRL –que é introducido en 2003– nin, en consecuencia, existían as actuais ordenanzas de convivencia que foron aparecendo, precisamente, a partir da Lei 57/2003, do 16 de decembro, de medidas para a modernización do goberno local, que foi a que engadiu ese título XI á LRBRL. Así que se pode concluír, en favor da LOPSC/92, que non afrontou o problema das

⁶⁷ A nova posibilidade que teñen as ordenanzas, en virtude do art. 32.2, de graduar as sancións previstas na LOPSC leva consigo que a partir deste momento poidan prever, ademais da sanción de multa –que é o único que puideron facer ata agora ex art. 141 LRBRL– as outras accesorias do art. 39.2 LOPSC, atendendo á natureza dos feitos constitutivos da infracción e á súa gravidade: peche temporal de establecementos, suspensión temporal de licenzas, comiso de bens e retirada de armas. *Vid.*, con carácter xeral, VELASCO CABALLERO, F., e DÍEZ SASTRE, S., “Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora”, cit., p. 62.

⁶⁸ Neste sentido, CASINO RUBIO, M., “La moderna Ley Orgánica 4/2015, de Seguridad Ciudadana, y sus debilidades sancionadoras”, cit. (en prensa).

⁶⁹ O art. 29.2 *in fine* da LOPSC/92 dicía: “Para a concreción das condutas sancionables, as ordenanzas municipais poderán especificar os tipos que corresponden ás infraccións cuxa sanción se atribúe neste artigo á competencia dos alcaldes, sempre dentro da natureza e os límites a que se refire o art. 129.3 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común”. Pola súa banda, as infraccións cuxa sanción se atribuíu neste artigo á competencia dos alcaldes eran as relativas a espectáculos públicos, tenza e consumo de drogas e as infraccións leves tipificadas nos apartados g), h), i) e j) do art. 26 LOPSC/92.

ordenanzas de convivencia porque, no momento da súa redacción, ese problema non existía no noso ordenamento.

Co pouco que di a LOPSC ao respecto, dá a impresión de que a partir deste momento o único que poderán facer as ordenanzas de convivencia é desenvolver o seu réxime sancionador: especificar as súas infraccións e graduar as súas sancións. Nada máis. O curioso é que isto o diga a LOPSC, como se os artigos 139 a 141 LRBRL non existisen e a protección da convivencia cidadá non fose tradicionalmente unha competencia normativa asumida polos municipios⁷⁰.

O normal será que as ordenanzas de convivencia que se aproben de aquí en diante sigan invocando os artigos 139 a 141 LRBRL como título competencial para regular o seu réxime sancionador, pois estes preceptos –e outros da LRBRL–, aínda que sexan de carácter xeral, habilítanos para tipificar infraccións novas e facer moito máis do que lles permite a LOPSC⁷¹. Aínda que pode que tamén empecen a invocar os artigos 32.3 e 41 LOPSC para prever as súas mesmas infraccións e sancións: especificando as primeiras e graduando as segundas.

Por pór algúns exemplos, o municipio de Valladolid aprobou o 6 de febreiro de 2018 a súa nova ordenanza de protección do medio urbano, que derogou a anterior de protección da convivencia cidadá e prevención de actuacións antisociais. Nin no seu articulado nin na súa exposición de motivos nomea a LOPSC, senón a LRBRL, e o seu artigo 3.1 dispón que “Esta ordenanza se aproba no exercicio das competencias municipais establecidas no marco da vixente Lei reguladora das bases do réxime local en materia de conservación e tutela dos bens municipais; seguridade en lugares públicos; ... ; protección da salubridade pública; ... ; todo iso para a axeitada ordenación de determinadas relacións de veciñanza e do uso de bens e servizos de interese local”. Unicamente na súa disposición adicional podería atopar unha alusión indirecta á LOPSC, e a outras tantas leis sectoriais, cando afirma que “o establecido nesta ordenanza non impedirá a aplicación do réxime sancionador previsto nas disposicións sectoriais que cualifiquen como infracción as accións ou omisións contempladas nesta. En todo caso non poderán ser obxecto de sanción os feitos que xa fosen sancionados penal ou administrativamente nos casos en que se aprecie identidade de suxeito, feito e fundamento”. Tampouco a nomea nin a ten en conta –á LOPSC– a ordenanza de San Cristóbal de la Laguna do 3 de maio de 2016.

Pola contra, si invoca á LOPSC en varios dos seus preceptos a ordenanza de seguridade e convivencia cidadá no espazo público do Concello de Alconchel (Badajoz). O seu preámbulo di así:

“A Lei orgánica 4/2015, do 30 de marzo, de protección da seguridade cidadá (...) xerou numerosas dúbidas nos concellos dado que habilita para que as ordenanzas municipais poidan introducir especificacións ou graduacións no cadro das infraccións e sancións tipificadas na propia lei”.

⁷⁰ Vid. CASINO RUBIO, M., “La Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, y los Ayuntamientos”, *Anuario de Derecho Municipal 2015*, n. 9, 2016, p. 138.

⁷¹ Estúdao no ámbito das infraccións relacionadas coa prostitución, FERNÁNDEZ LE GAL, A., “La respuesta sancionadora del Estado frente a la prostitución”, cit. (en prensa).

E, logo, nos artigos 63 e seguintes –e tras ter previsto un réxime de infraccións conforme os artigos 139 e seguintes da LRBRL– tipifica, aludindo como fundamento legal ao seu artigo 32.3, unhas dezaoto infraccións da LOPSC –moi graves, graves e leves–, prevé a posibilidade de impor as sancións accesorias nela previstas, e remítese a ela para determinar as cuestións relativas aos suxeitos responsables, os menores, a reparación do dano causado, a caducidade do procedemento e a tramitación do procedemento sancionador abreviado⁷². É dicir, esta ordenanza previu dous grupos de infraccións diferentes: un con base no título XI LRBRL (o tradicional de todas as ordenanzas de convivencia) e outro con base no artigo 32.3 LOPSC (no que fai súas moitas das infraccións que estableceu a LOPSC). A LOPSC fixo posible, xa que logo, que agora as ordenanzas dupliquen as súas posibilidades de tipificar infraccións. Un verdadeiro disparate.

En definitiva, o lexislador estatal fixo mal e debera afrontar a situación. Igual unha boa solución tería sido que a LOPSC fixase uns criterios mínimos máis específicos sobre a antixuridicidade das infraccións e as clases de sancións en materia de convivencia cidadá⁷³ e, a partir de aí, habilítase as ordenanzas a tipificar as súas propias infraccións e sancións con eses límites legais, como fan con carácter xeral os artigos 139 a 141 LRBRL⁷⁴. Este marco permitiríalles tipificar infraccións novas baixo o amparo da LOPSC.

A polémica está servida. O razoable, desde logo, é que a LOPSC se tivese encargado de prestar cobertura legal ás ordenanzas de convivencia; isto é, que fose ela, por resultar máis específica que o título XI da LRBRL, a lei sectorial que habilítase e enmarcase o seu réxime sancionador⁷⁵. A pelota estaba no seu tellado, por dicilo coloquialmente⁷⁶. Pero preferiu non facelo e mirar para outro lado.

⁷² Practicamente o mesmo –que a de Alconchel– fixo a ordenanza municipal de convivencia cidadá no espazo público de Novelda de xullo de 2017 nos seus arts. 88 (normas de conduta), 89 (réxime de sancións), 93 (responsabilidade das infraccións) e 95 (procedemento sancionador).

Pola súa banda, tamén se referiron à LOPSC, pero solo para cuestións puntuais e non para tipificar as súas mesmas infraccións e sancións, a ordenanza de Fuengirola de 2018 no art. 30 (en temas de prostitución) e a ordenanza do municipio de Arganda del Rey de 2018 no art. 65 (sobre medidas de policía administrativa directa e funcións da policía local relativas ao cumprimento da ordenanza).

⁷³ VELASCO CABALLERO, F., e DíEZ SASTRE, S., “Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora”, cit., p. 60, deixan claro que “conforme o mesmo artigo 139 da LRBRL, o catálogo de criterios que logo enuncia o artigo 140 da LRBRL só rexe en defecto de normativa sectorial específica. De maneira que estes criterios non impiden que o propio Estado ou cada comunidade autónoma, cada un nos límites dos seus títulos competenciais, fixen outros criterios mínimos de antixuridicidade, complementarios ou distintos dos contidos no artigo 140 da LRBRL”. Logo, na p. 61, insisten en que “ao Estado ou ás comunidades autónomas lles corresponde agora, de acordo coa distribución competencial de materias, completar os criterios xerais de tipificación establecida no artigo 140 da LRBRL, adecuándoos ás características de cada concreto ámbito de actuación municipal. Non se trata, aquí tampouco, de fixar tipos de infracción. Trátase de fixar criterios orientadores da tipificación municipal en cada ámbito concreto competencial local... Será a partir deses criterios sectoriais mínimos, sumados aos criterios máis xerais contidos no artigo 140 da LRBRL, como cada concello establecerá tipos concretos de infraccións por contravención de ordenanzas e os clasificará como moi graves, graves ou leves”.

⁷⁴ Di LASAGABASTER HERRARTE, I., “La potestad sancionadora local en la Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local”, cit., p. 21, sobre os criterios de antixuridicidade das infraccións que con carácter xeral establece o art. 140 LRBRL, que para algunhas materias faltan criterios mínimos de antixuridicidade evidentes. Este é o caso, na súa opinión, das contravencións que poden existir no cumprimento da normativa reguladora dos servizos públicos ou nas contravencións de carácter ambiental.

⁷⁵ *Vid.*, con carácter xeral, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., e ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Título XI. Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias”, cit., pp. 3744.

⁷⁶ Refírese a iso FERNÁNDEZ LE GAL, A., “La respuesta sancionadora del Estado frente a la prostitución”, cit. (en prensa).

Bibliografía

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración Pública*, n. 195, 2014.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menos y muchas infracciones más”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 191, abril-xuño 2018.
- ALONSO RIMO, A., “El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la seguridad (¿ciudadana?): Análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 21, 2014.
- BALLBÉ I PRUNÉS, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Universidad, 1984.
- BARCELONA LLOP, J., “Las infracciones y sanciones administrativas en la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Algunos aspectos problemáticos”, *Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Trotta, Madrid, 1993.
- BAUCELLS I LLADÓS, J., “El nuevo ‘derecho sancionador autoritario’. Acerca de la constitucionalidad del Código Penal y la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 24, 2015.
- BELANDO GARÍN, B., “Ordenanzas de convivencia ciudadana: mediación y medidas sustitutivas ¿dónde están los límites”, Lloria García, P. (dir.), *Convivencia ciudadana: mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano*, Iustel, Madrid, 2018.
- BILBAO UBILLOS, J.M., “La llamada Ley Mordaza: La Ley orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana”, *Teoría y realidad constitucional*, UNED, n. 36, 2015.
- BROTAT I JUBERT, R., *La seguridad urbana: entre la seguridad ciudadana, el civismo y la convivencia en espacios públicos*, Universidade de Barcelona, 2014 (tese de doutoramento). Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/134667> (16 de maio de 2019).
- CASINO RUBIO, M., “Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia”, *Istituzioni del federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, n. 4, 2011.
- CASINO RUBIO, M., “La Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, y los Ayuntamientos”, *Anuario de Derecho Municipal 2015*, n. 9, 2016.
- CASINO RUBIO, M., “La moderna Ley Orgánica 4/2015, de Seguridad Ciudadana, y sus debilidades sancionadoras”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).
- FERNÁNDEZ LE GAL, A., “La respuesta sancionadora del Estado frente a la prostitución”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).

- GARCÍA GARCÍA, M.J., *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, CEMCI, Granada, 2014.
- GÓMEZ TOMILLO, M., “Seguridad ciudadana, descriminalización y garantías”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., *Orden público y libertad (Vestimenta, comunicación comercial y audiovisual, ocio y banderas)*, Atelier, Barcelona, 2018.
- IBÁÑEZ PICÓ, M., “Municipio y civismo. Las ordenanzas municipales como instrumento para la convivencia”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 307, 2008.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., “La potestad sancionadora local en la Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 68, 2004.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, C., “El uso no autorizado de imágenes de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).
- MELERO ALONSO, E., “Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es Derecho administrativo del enemigo”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 6, 2016.
- MERINO ESTRADA, V., “Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 300-301, 2006.
- MORILLAS CUEVA, L., “Reflexiones críticas sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana”, Abogacía Española. Consejo General. Disponible en: <http://www.abogacia.es/2014/03/27/reflexiones-criticas-sobre-elanteproyecto-de-ley-organica-de-seguridad-ciudadana>
- ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- PEMÁN GAVÍN, J., “Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 305, 2007.
- PEMÁN GAVÍN, J., “Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.
- PEMÁN GAVÍN, J., “La política de civismo en los Ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 36, 2010.
- PIZARRO NEVADO, R., “La tutela sancionadora del patrimonio privado inmobiliario en la LOPSC”, Alarcón Sotomayor, L. y Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios*

- sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).
- PRESNO LINERA, M.A., “La expansión del derecho administrativo sancionador securitario: Análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, Cuerda Arnau, M. L., y García Amado, J.A. (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- PRESNO LINERA, M.A., “El primer Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 34, 2014.
- RANDO CASERMEIRO, P., “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, *In Dret*, n. 1, 2010.
- REBOLLO PUIG, M., “Artículo 84”, Rebollo Puig, M. (dir.), e Izquierdo Carrasco, M. (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- REBOLLO PUIG, M., “La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M., y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Título XI. Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias”, Rebollo Puig, M. (dir.), e Izquierdo Carrasco, M. (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- RIDAO MARTÍN, J., “Las actuales limitaciones sobre la participación política y la libertad de información en el espacio público en España. Una lectura constitucional de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 107, 2016.
- RODRÍGUEZ ALONSO, C., “La indeterminación competencial y la potestad sancionadora de los entes locales como presupuesto fallido para la sustitución de las sanciones administrativas por trabajos en beneficio de la comunidad”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 6, 2016.
- RUIZ-RICO RUIZ, C., “Las Ordenanzas Locales de Convivencia y su impacto constitucional a propósito de la STS de 14 de febrero de 2013”, *Actualidad Administrativa*, n. 1, 2014.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “Las ordenanzas cívicas: especial referencia a la Ordenanza de convivencia ciudadana de Barcelona”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.
- VELASCO CABALLERO, F., e DÍEZ SASTRE, S., “Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 5, 2004.

Réxime xurídico da denuncia, indefensión do denunciante e interpretación do dereito pola Administración pública

Régimen jurídico de la denuncia,
indefensión del denunciante
e interpretación del derecho
por la Administración pública

Legal status of the complaint.
Plaintiff's defenceless state and
interpretation of the law on the
part of public Administration

57 Regap

MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA

Universidade Europea Miguel de Cervantes
masendin@uemc.es

Recibido: 24/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.21>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Este artigo examina criticamente o réxime legal da denuncia, reflexionando sobre a súa correcta articulación, en particular no que se refire á situación de indefensión en que queda o denunciante no dereito español. Tamén se suxire que a súa tramitación implica interpretación legal e non admite que se teñan en conta consideracións políticas.

Palabras clave: Denuncia, interpretación xurídica, política, democracia, Administración pública.

Resumen: Este artículo examina críticamente el régimen legal de la denuncia, reflexionando sobre su correcta articulación, en particular en lo que se refiere a la situación de indefensión en la que queda el denunciante en el derecho español. También se sugiere que su tramitación implica interpretación legal y no admite que se tengan en cuenta consideraciones políticas.

Palabras clave: Denuncia, interpretación jurídica, política, democracia, Administración pública.

Abstract: This article critically examines the legal framework of the Complaint, reflecting on its correct articulation, in particular, in what refers to the situation of defenselessness in which the plaintiff is left in Spanish Law. It especially suggests that its procedure implies legal interpretation and does not allow political considerations to be taken into account.

Key words: Complaint, legal interpretation, politics, democracy and public Administration.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Definición. 3 Suxeito denunciante. 4 Obriga de comunicarlle ao denunciante a iniciación do procedemento. 5 Prohibición de denuncias anónimas. 6 Lexitimación do denunciante. 6.1 A postura vixente. 6.1.1 Argumentos a favor da tese tradicional. 6.1.2 Réxime xurídico da tese tradicional.

6.2 Crítica á tese tradicional. 6.3 A protección da vítima da infracción. 6.4 Recoñecemento de acción pública. 7. Valoración final e conclusións: denuncia e interpretación do dereito pola Administración.

1 Introducción

A figura da denuncia e o réxime xurídico ao cal queda sometida a persoa que a realiza, o denunciante, arrastran desde sempre un carácter fortemente polémico¹. Esta situación vén motivada por un elemento clave, aínda que discutible, na posición do denunciante, como é que non forma, en principio, parte do procedemento, o que o deixa situado nunha especie de limbo xurídico².

Ao protagonista do noso estudo déixaselle entrar no noso dereito administrativo non xa pola porta de atrás, senón, máis ben diríamos, pola ventá de atrás. Tan reducida é a súa entrada que non se lle pode chamar porta.

É claramente un convidado indeseado, quéirase recoñecer ou non, no noso ordenamento xurídico administrativo, que non só non o convida á festa do procedemento administrativo, dándolle o sitio que lle corresponde, senón que, ademais, o deixa entrar só de mala gana e porque non queda máis remedio.

Isto impide que poida ter un réxime xurídico axeitado ás súas exixencias naturais. Todo o noso dereito administrativo está construído sobre a idea de procedemento administrativo. A entrada nel supón a posta en marcha de toda unha serie de institucións e garantías xurídicas que, en última instancia, non son outra cousa que a concreción dos dereitos fundamentais e principios básicos dun Estado democrático.

Todo iso lle é negado ao denunciante, ao que, baixo unha feble argumentación á que máis tarde teremos ocasión de referirnos, se lle marxina do procedemento administrativo e, con iso, de todas as garantías e centrais consecuencias xurídicas que derivan deste.

Dicir que o denunciante non ten a condición de interesado non é chamar ás cousas polo seu nome. Esta pretendidamente neutra fórmula, repetida acriticamente pola nosa doutrina e xurisprudencia, supón realmente que o denunciante é deixado á marxe do Estado democrático de dereito e de todo o que isto implica.

Un abuso como este, tan longamente sostido, non pode provir dunha iniciativa única. Non pode manterse sen a compiacencia dos dous elementos estruturais do noso dereito. Por unha banda, un lexislador en boa medida ausente nesta materia. Son, por un lado, moi poucas as normas que se enfrontaron á regulación xurídica da figura do denunciante, tradicionalmente ignorado polo noso dereito positivo³,

¹ TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador", *Actualidad Administrativa*, n. 31, 1999, p. 839.

² BAUZÁ MARTORELL, F.J., "La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas", *Documentación administrativa*, n. 2, 2015. Dispoñible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10264&path%5B%5D=10761> (13 de abril de 2018).

³ BAUZÁ MARTORELL, F.J., "La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas", cit. DOMÍNGUEZ LUIS, C., "Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n. 21, 2005. TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador", cit., p. 840.

parquidade normativa que se ve, ademais, prexudicada pola ambigüidade da escasa normativa existente⁴, desatención que contrasta vivamente co importante papel no ámbito do dereito sancionador da figura que nos ocupa⁵.

Por outra banda, por certa pasividade da nosa xurisprudencia, que confirma aquí unha vez máis a súa tendencia a conformarse coas solucións impostas polo dereito positivo. Non faltaron, iso hai que recoñecelo, iniciativas nos tribunais dirixidas a romper este estado de cousas pouco satisfactorio. Veremos a existencia dalgunhas sentenzas valentes que se enfrontaron a este *statu quo* de xeito frontal.

Tampouco faltaron sentenzas que corrixiron os aspectos máis afiados desta anquilosada doutrina, que hoxe en día se formula en termos menos radicais que os que presentaba nas súas propostas orixinarias.

Unhas e outras achegas non foron, en calquera caso, o suficientemente fortes e decididas para quebrar a resistencia dun dereito positivo que se obcecou teimudamente no mantemento da doutrina tradicional.

Non obstante, non é o dereito o único inimigo ao cal se debe enfrontar o denunciante. A estas dificultades, que poderíamos denominar “de base xurídica”, engádense outras de tipo máis ben fáctico e de mentalidade, pero que acaban tendo unha transcendencia xurídica evidente.

Cómpre resaltar, en tal sentido, a existencia de certa estigmatización da figura do denunciante desde algúns contextos culturais ou sociolóxicos. É frecuente que este sexa considerado como un delator ou, en termos máis vulgares, “acusón”, acuñando, en consecuencia, unha certa valoración despectiva ou, cando menos, negativa⁶.

Esa visión choca, porén, de xeito frontal coa realidade das sociedades actuais e, moi en concreto, coa española.

Pódese admitir que nalgunhas ocasións o denunciante actúa en persecución de finalidades espurias (vinganza persoal, envexa, etc.)⁷. Agora ben, iso non elimina o feito innegable de que se trata dunha persoa que quere que se cumpra o dereito, un ousado atrevemento, quizais, nun país en que, non nos enganemos, hai unha tendencia nada desdeñable a saltar as normas.

Pódense utilizar para describir esta situación todos os eufemismos que se queira, pero a verdade núa é que no noso ordenamento xurídico non é ao que vive na ilegalidade ao que se lle dificultan as cousas, senón ao que quere que a lei se cumpra. Moitas veces parece que o noso dereito está feito para protexer o infractor.

⁴ DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit. TOLA RÚA, M.A., “La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador”, cit., p. 840.

⁵ BAUZÁ MARTORELL, F.J., “La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, cit.

⁶ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., “La regulación de la denuncia de infracciones y delitos contra la integridad de los mercados de valores: el nuevo marco legal del «whistleblowing»”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 146, 2017. Cito por su reproducción en Westlaw Insignis (BIB 2017/1192). GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Comentario a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Estudios y comentarios legislativos*, Aranzadi, Pamplona, 2012. Cito pola súa reprodución en Westlaw Insignis (BIB 2012/5523).

⁷ GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, cit. MOLTÓ DARNER, J.M., “El simple denunciante no es parte en el procedimiento administrativo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 3, 1991, p. 227.

A isto engádesse unha realidade dificilmente discutible, como o é que as limitacións de recursos das autoridades públicas fan inviable garantir un control axeitado do cumprimento da legalidade cos seus únicos medios. Isto dota a colaboración e participación cidadá dun indiscutible papel protagonista, constituíndose nunha achega especialmente valiosa para lograr un auténtico cumprimento das normas⁸.

Non é esta, por outra parte, só unha achega cuantitativa, senón tamén cualitativa, xa que permite a delación de condutas indebidas polos que, por estaren próximos a elas, son en moitas ocasións os que están en mellor posición para facer chegar ás autoridades públicas unha información que, nalgúns casos, resulta inaccesible sen a súa participación⁹.

Esta colaboración é, ademais, especialmente relevante naqueles ámbitos onde hai intereses colectivos en xogo¹⁰.

Este importante labor que a denuncia está chamada a cumprir dificilmente se vai facer efectiva sen o deseño dun réxime xurídico máis axeitado para a figura do denunciante. Especialmente importante é, en tal sentido, establecer un réxime adecuado de garantías ao seu favor. Debe terse presente que, en numerosas ocasións, persoas que teñen coñecemento da comisión de infraccións administrativas e que están dotadas dun alto compromiso co cumprimento da legalidade, non obstante, se absteñen de formular a correspondente denuncia por medo ás posibles represalias¹¹.

Por iso, faise imprescindible establecer un réxime suficiente de garantías que sexa acorde co notable risco que o denunciante adquire en determinados ámbitos ao colaborar co cumprimento da legalidade. Suposto paradigmático, no devandito sentido, é a denuncia por parte dos servidores públicos das condutas indebidas realizadas polos altos cargos¹², consideracións que son extensibles, cando menos con carácter xeral, a todos os supostos de participación cidadá na loita contra a corrupción¹³.

Todo o dito parécenos que fai deste ámbito un dos que deberían ser obxecto de especial atención por unha eventual modificación normativa, como a que acaba de ter lugar no noso dereito. No entanto, para a nosa sorpresa, a nova regulación da denuncia contida na nova lexislación administrativa básica practicamente non resolve ningunha das moitas cuestións que quedan abertas respecto a esta figura xurídica¹⁴, solución inadmisíbel, pois faise cada día máis evidente a necesidade de deseñar un

⁸ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., "La regulación de la denuncia de infracciones y delitos contra la integridad de los mercados de valores: el nuevo marco legal del «whistleblowing»", cit.

⁹ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., "La regulación de la denuncia de infracciones y delitos contra la integridad de los mercados de valores: el nuevo marco legal del «whistleblowing»", cit.

¹⁰ LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", *Revista de Administración Pública*, n. 161, 2003, p. 108.

¹¹ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 35, 2014. Cito pola súa reprodución en Westlaw Insignis (BIB 2014/2033).

¹² BASSOLS COMA, M., "Buen gobierno, ética pública y altos cargos", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015. Cito pola súa reprodución en Westlaw Insignis (BIB 2015/4383).

¹³ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos", cit.

¹⁴ BAUZÁ MARTORELL, F.J., "La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas", cit.

procedemento sancionador no que unha figura da importancia do denunciante reciba o lugar que lle corresponde¹⁵.

Non é desgraciadamente algo novo. Todos sabemos o difícil que resultou avanzar en España noutro dos elementos básicos para loitar contra a corrupción, a transparencia. Máis que unha longa viaxe, o noso dereito tivo que sufrir unha auténtica odisea para chegar a un porto en que xa todo o mundo estaba.

Non moi diferente é a situación dun denunciante que ao final do camiño se atopa cunha realidade que, libre de maquillaxe, se traduce nunha soa frase: é mellor calar, para non se ver metido nunha lea.

É triste dicilo, pero o certo é que, en moitas máis ocasións das que nos gustaría, pretender que no noso país se cumpra a lei non supón un esforzo de participación cidadá, senón un auténtico sacrificio persoal que pode levar desde a perda do posto de traballo á marxinação ou o acoso laboral. A legalidade, máis que colaboradores, pide mártires.

Unha auténtica traxedia para un país que sofre os problemas de corrupción aos que desgraciadamente desde hai xa tempo nos enfrontamos.

2 Definición

A denuncia é o acto a través do cal unha persoa pon en coñecemento da Administración uns datos para que esta, se é o caso, inicie un procedemento administrativo¹⁶.

Esta definición confírmaa a lexislación vixente, que caracteriza a denuncia no artigo 62 da *Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas* (en diante LPAC), que nos di que se “entende por denuncia o acto polo que calquera persoa, en cumprimento ou non dunha obriga legal, pon en coñecemento dun órgano administrativo a existencia dun determinado feito que puidese xustificar a iniciación de oficio dun procedemento administrativo”.

Nótese que a denuncia pode ir dirixida a iniciar tanto un procedemento sancionador como outro tipo de procedemento que se inicie de oficio¹⁷.

A iniciación do procedemento sancionador prodúcese polo acto administrativo (acordo de iniciación) ditado polo órgano competente, non pola denuncia, que tería como única función dar coñecemento á Administración dos feitos que poden pór en marcha o procedemento, para incitar a investigación destes e, de ser o caso, o comezo do procedemento sancionador¹⁸.

¹⁵ GALLARDO CASTILLO, M.J., “El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 179, 2016. Cito pola súa reprodución en Westlaw Insignis (BIB 2016/4486).

¹⁶ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Aranzadi. Pamplona, 1997, p. 393. GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, cit. MOLTÓ DARNER, J.M., “El simple denunciante no es parte en el procedimiento administrativo”, cit., p. 227.

¹⁷ GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, cit.

¹⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., e SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, 3.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013, p. 802. COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, *Revista Vasca de Administración*

En tal sentido, a xurisprudencia foi rotunda, sinalando que “o procedemento sancionador se inicia ‘sempre de oficio’, aínda que o fose en virtude de denuncia”¹⁹, do que se deduce que a denuncia non é, en principio, un modo de iniciación do procedemento sancionador, senón unha mera “iniciativa” para intentar a súa promoción²⁰.

Dinos a xurisprudencia que “a denuncia é un acto dun terceiro para excitar a actuación investigadora, comprobadora, e, se é o caso, sancionadora da Administración, carecendo da virtualidade de pór en marcha o procedemento sancionador”²¹.

A denuncia, deste xeito, non obriga o órgano competente a tramitar o procedemento. Este poderá, segundo o seu criterio, inicialo ou non²². Ao que si estará obrigado o órgano administrativo é a admitir a trámite toda denuncia que sexa viable, isto é, sempre que non sexa evidentemente falsa, non dotada de veracidade, sexa anónima, incomprendible, ou careza de fundamento²³.

Sempre que a denuncia cumpra eses requisitos, o órgano administrativo está obrigado a abrir un período de información para valorar a necesidade de abrir un procedemento sancionador. Non obstante, non estará obrigado a abri-lo se desas pescudas non se deducen indicios de existencia dunha posible infracción.

En tal sentido, sinala a xurisprudencia que o “que a lei e a xurisprudencia exigen (...) é que a denuncia vaia seguida dunha actividade de información, non que deba en todo caso dar lugar á apertura formal dun expediente disciplinario. Isto último só é preciso cando hai indicios minimamente sólidos da comisión dunha infracción. Soster o contrario, como fai o recorrente, non só carece de base legal, senón que conduciría a un desperdicio de medios e enerxía por parte do promotor da acción disciplinaria”²⁴.

O órgano administrativo debe comprobar, neste momento, dúas cuestións diferentes que ás veces se confunden. Por un lado, debe verificar a existencia de indicios razoables suficientes de que os feitos alegados polo denunciante se poden ter producido²⁵. Por outro lado, debe corroborar que eses feitos poden ser subsumidos no suposto de feito que dá lugar ao exercicio da potestade, isto é, que son uns feitos determinantes²⁶.

Pública, n. 41, 1995. GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, cit.

¹⁹ STS do 4 de outubro de 2012. Recurso de casación n. 6480/2010. FX 5.

²⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J., e BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Derecho administrativo sancionador práctico. Vol. I. Práctica del procedimiento administrativo sancionador común*, Editorial Bosch, Barcelona, 2012, p. 186.

²¹ STS do 23 de xuño de 1987. FD 4.

²² GÓMEZ TOMILLO, M., e SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 801. GARBERÍ LLOBREGAT, J., e BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Derecho administrativo sancionador práctico. Vol. I. Práctica del procedimiento administrativo sancionador común*, cit., pp. 194-195.

²³ GÓMEZ TOMILLO, M., e SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 801. GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 394.

²⁴ STS do 2 de marzo de 2017. Recurso de casación n. 4089/2015. FX 4.

²⁵ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 396. BELANDO GARÍN, B., “El denunciante en los procedimientos sancionadores de la Comisión Nacional del Mercado de Valores: la eventual existencia de interés legítimo. Comentario a la STS de 16 de marzo de 2016”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 6, 2017, p. 419.

²⁶ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 396.

Debe facerse notar que con este réxime se está a admitir unha maior tolerancia para considerar lexitimado o denunciante para que inste a investigación dos feitos que, como veremos no seu momento, para que solicite que se imponha a sanción, decisión pouco xustificada que encubriría, no fondo, a afirmación de que se lle quere dar liberdade ao órgano administrativo para non sancionar mesmo cando hai constancia de que a infracción se cometeu²⁷, posición que nos parece unha clara vulneración dos fundamentos máis elementais dun Estado de dereito.

Destes supostos diferéncianse aqueles en que se ordena a apertura do procedemento contencioso-administrativo por orde xudicial, ante un suposto de inactividade por parte da Administración. Isto non sería xa unha simple denuncia, dado que a Administración está vinculada pola orde xudicial de pór en marcha o procedemento²⁸, aínda que mesmo aquí nos atopamos con intolerables limitacións, pois o xuíz pode obrigar a Administración a iniciar o procedemento, pero non pode substituír a Administración, impondo este a sanción²⁹.

O Tribunal Supremo fixou a seguinte doutrina ao respecto:

“É máis: aceptar a lexitimación activa do denunciante non só conduciría a soste que posúe un interese que o ordenamento xurídico non lle reconece nin protexe, senón que levaría tamén a transformar os tribunais contencioso-administrativos nunha especie de órganos de apelación en materia sancionadora. Isto último suporía dar por bo que poden impor as sancións administrativas que non impuxo a Administración, o que chocaría co chamado “carácter revisor” da xurisdición contencioso-administrativa. Noutras palabras, os tribunais contencioso-administrativos poden e deben controlar a legalidade dos actos administrativos en materia sancionadora, pero non poden substituír a Administración no exercicio das potestades sancionadoras que a lei lle encomenda a aquela”³⁰.

A decisión pola que o tribunal obriga a tramitar ese procedemento sancionador, ademais, non prexulga o sentido da resolución que se vaia ditar nese procedemento³¹.

Esta doutrina é evidentemente insuficiente para o administrado afectado, que se ve situado, tras sufrir un proceso xudicial, de novo na liña de saída³².

²⁷ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., “Panorámica del Derecho Administrativo Sancionador en España”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 7, n. 1, 2005, p. 512.

²⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., e SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 801.

²⁹ GÓMEZ TOMILLO, M., e SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 801. HUERGO LORA, A., “Sanciones urbanísticas”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n. 19, 2009. Cito pola súa reprodución en Westlaw Insignis. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 56. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 484.

³⁰ STS do 5 de febreiro de 2018. Recurso de casación n. 2029/2016. FX 2.

³¹ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., “Panorámica del Derecho Administrativo Sancionador en España”, cit., p. 485.

³² HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, n. 137, 1995, p. 221.

No fondo está xa presente aquí a idea que, veremos, corrompe todo o réxime da denuncia: a Administración conta con liberdade para decidir se sanciona ou non. Iso mesmo aínda que se pronuncie en contra da súa decisión o xuíz do administrativo.

Engádesse deste modo ás moitas vulneracións dos principios democráticos que rexe nesta materia unha absoluta desatención ao principio básico de división de poderes, que, segundo parece, non rexe no ámbito do dereito administrativo sancionador. En definitiva, non importa o que diga nin o poder legislativo nin o que diga o xuíz. Se á Administración non lle dá a gana de sancionar, pode pasar por enriba dun e doutro e facer a súa vontade.

3 Suxeito denunciante

A denuncia pódea interpor “calquera persoa” (art. 62 LPAC).

Isto supón que non se exixen requisitos de lexitimación para a interposición dunha denuncia³³.

A xurisprudencia considera que non debe confundirse a amplitude que ofrece o ordenamento xurídico para ser denunciante, comunicando á Administración feitos que poidan dar lugar a un procedemento sancionador, para o que non se exige unha situación específica, da posibilidade de ser interesado nun procedemento administrativo ou parte nun proceso xudicial, para o que se require estar lexitimado en sentido estrito, sendo titular dun dereito subxectivo ou interese lexítimo que poida verse afectado pola resolución.

En tal sentido, o Tribunal Supremo fixou a seguinte doutrina:

“Debemos sinalar tamén en relación co ámbito sancionador que, sen dúbida, a lexitimación nun proceso contencioso administrativo como reflexo dun interese persoal no sentido en que se expresou parte, en principio e como regra xeral, da existencia previa de interese e lexitimación no procedemento administrativo previo. (...) Así, polo xeral o interese requirido para denunciar ou, mesmo, para ser parte interesada no procedemento administrativo, ten unha maior laxitude que o necesario para recorrer contra a decisión administrativa xerada pola denuncia. Neste sentido, o ordenamento xurídico admite con frecuencia a posibilidade de formalizar denuncias que poñan en marcha a actuación indagadora e, se é o caso, sancionadora, dos órganos públicos competentes, requirindo para iso pouco máis que un interese sumamente amplo en que se investiguen e corrixan posibles actuacións irregulares ou prescindindo mesmo de tal interese”³⁴.

Pode ser denunciante, por outra parte, tanto un particular como un servidor público³⁵. Uns e outros poden actuar, ao denunciar, tanto en cumprimento dun deber legal

³³ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 394. DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit. REBOLLO PUIG, M., “Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador”, *Poder Judicial*, n. 29. 1993, p. 70. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 478.

³⁴ STS do 19 de outubro de 2015. Recurso de casación n. 1041/2013. FX 3.

³⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, cit.

ou obriga como de xeito espontáneo³⁶. Isto permitiría distinguir entre os supostos de denuncia-deber e os de denuncia-facultade³⁷.

Cando a denuncia a realiza un particular, constitúe o exercicio privado dunha función pública, con independencia dos móbiles psicolóxicos que leven á actuación do denunciante³⁸, de tal forma que sería un suposto de participación ou colaboración do cidadán no desenvolvemento das tarefas públicas³⁹.

Deste xeito, o denunciante non perde, polo feito de realizar a denuncia, o seu carácter de suxeito privado, nin se transforma nun axente delegado da Administración pública, xa que non realiza a dita actuación en nome da Administración, senón no seu propio⁴⁰.

Isto é unha matización importante, porque supón que non se lle pode aplicar a privación de lexitimación que a lei establece para os axentes da Administración pública⁴¹.

En principio, como veremos, o denunciante suxeito privado pode actuar como denunciante “simple”, que pretende tan só colaborar no cumprimento da legalidade, ou como denunciante “cualificado”, que non só nin primariamente pretende colaborar coa Administración de xustiza, senón que o fai en persecución dun interese particular propio.

A estes supostos débese engadir o caso en que o denunciante, que é ao mesmo tempo tamén infractor, actúa coa finalidade de obter un trato máis magnánimo da autoridade sancionadora pola súa colaboración, que se traduza nunha exoneración ou minoración da súa responsabilidade⁴².

4 Obriga de comunicarlle ao denunciante a iniciación do procedemento

Na normativa anterior, contida no *Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, que aproba o Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora*, era obrigado comunicarlle ao denunciante a iniciación ou non do procedemento sancionador se esa denuncia viña acompañada dunha solicitude de iniciación.

Non deixaba de ser esa regulación absurdamente formalista, ao obrigar o denunciante a incorporar unha solicitude de iniciación que se atopa implícita no mero feito

³⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, cit. MOLTÓ DARNER, J.M., “El simple denunciante no es parte en el procedimiento administrativo”, cit., p. 227.

³⁷ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 305.

³⁸ GARRIDO FALLA, F., “El derecho a la prima en la multa por denuncia”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 48, 1949, p. 123. GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, cit.

³⁹ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 393.

⁴⁰ GARRIDO FALLA, F., “El derecho a la prima en la multa por denuncia” cit., pp. 127-128.

⁴¹ HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, cit., p. 209.

⁴² FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., “La regulación de la denuncia de infracciones y delitos contra la integridad de los mercados de valores: el nuevo marco legal del «whistleblowing»”, cit.

de presentar a denuncia⁴³. Malia iso, era mellor que a normativa actual, que suprimiu a obriga de realizar a dita comunicación ao denunciante neste suposto, con carácter xeral. Así parece que se debe deducir, *sensu contrario*, do artigo 62.3 LPAC, que establece que, cando a denuncia invoque “un prexuízo no patrimonio das administracións públicas, a non iniciación do procedemento deberá ser motivada e notificaráselles aos denunciante a decisión de se se iniciou ou non o procedemento”, de modo que a obriga de comunicarlle ao denunciante a iniciación do procedemento se deberá notificar, parece, tan só no caso de que se invoque un prexuízo no patrimonio das administracións públicas.

Esta solución que supón un claro retroceso⁴⁴, xa que significa a volta á xurisprudencia que consideraba a obriga de notificar o denunciante un simple deber de cortesía.

En tal sentido, sinala o Tribunal Supremo que, “ao non ter a condición de interesado, senón a de mera testemuña cualificada, o denunciante non ten «dereito ao procedemento», polo que mal pode impugnar a decisión de arquivar as actuacións. E non contradí esa condición de mera testemuña cualificada o feito de que o Regulamento lle impoña á Administración deber de notificar as propostas de resolución, porque isto ten por finalidade a de telo informado do recurso das actuacións máis importantes do procedemento, ben por un simple deber de cortesía, como o é o de xustificar a recepción das peticións gratificables que impón a vixente lexislación, ben co fin de que poida beneficiarse dos posibles efectos do procedemento (preferencia para adxudicación da vivenda, no caso de que a sanción leve consigo a privación dela ao titular)”⁴⁵.

Xérase, así, o absurdo de obrigar a notificar o denunciante cando se invoque un prexuízo para o patrimonio público, aínda que non estea especialmente afectado por ese asunto, non existindo a devandita obriga, en cambio, respecto a quen sufrise as consecuencias da dita infracción⁴⁶.

5 Prohibición de denuncias anónimas

O artigo 62.2 LPAC establece que as “denuncias deberán expresar a identidade da persoa ou persoas que as presentan”, co que deixa clara a prohibición, sen prexuízo do que poida establecer a normativa específica, de denuncias anónimas⁴⁷.

Agora ben, nada impide que a denuncia anónima, que non pode, polo tanto, alcanzar o carácter de tal, poida producir os seus efectos, se a autoridade administrativa

⁴³ DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit. GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 393.

⁴⁴ GALLARDO CASTILLO, M.J., “El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate”, cit.

⁴⁵ STS do 23 de xuño de 1987. FD 4.

⁴⁶ GALLARDO CASTILLO, M.J., “El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate”, cit.

⁴⁷ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *El régimen jurídico del Nuevo procedimiento administrativo común*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 296. GARBERÍ LLOBREGAT, J., e BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Derecho administrativo sancionador práctico. Vol. I. Práctica del procedimiento administrativo sancionador común*, cit. p. 194.

realiza as indagacións pertinentes, xerando a iniciación dun procedemento pola propia iniciativa do órgano sancionador⁴⁸.

Débase admitir que a presentación de denuncias anónimas pode xerar un incremento da presentación de denuncias infundadas, que teñan como único fin ocasionarlle un prexuízo á persoa denunciada⁴⁹. Agora ben, non é menos certo que a denuncia anónima pode ser unha vía adecuada para protexer o denunciante fronte a posibles represalias⁵⁰. É evidente, parécenos, que en moitas ocasións obrigar o denunciante a revelar a súa identidade é tanto como pólo diante dos cabalos.

Sumámonos, por iso, á opinión dos que consideran pouco comprensible a negativa da lei a recoñecer a posibilidade de denuncia anónima⁵¹.

Atopámonos aquí co outro grande elemento inspirador do réxime da denuncia no noso dereito: ao que debe dotarse de todas as garantías habidas e por haber é ao infractor das normas; os problemas e a desprotección quedan para quen quere que o dereito se cumpra.

6 Lexitimación do denunciante

6.1 A postura vixente

6.1.1 Argumentos a favor da tese tradicional

A nova lexislación segue mantendo a doutrina tradicional que non considera o denunciante como lexitimado polo mero feito de presentar a denuncia⁵², de tal forma que o denunciante non ten por si mesmo a condición de interesado⁵³, “senón a de mera testemuña cualificada”⁵⁴.

Así se deduce claramente do artigo 62.5 LPAC, que establece que a “presentación dunha denuncia non confire, por si soa, a condición de interesado no procedemento”, posición xurisprudencial que se basea na cuestionable idea de que, como regra xeral, ninguén ten un dereito subxectivo ou interese lexítimo a que recaia unha sanción sobre outra persoa, porque diso non se deduce para el vantaxe ningunha⁵⁵.

⁴⁸ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos”, cit. GARBERÍ LLOBREGAT, J., e BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Derecho administrativo sancionador práctico. Vol. I. Práctica del procedimiento administrativo sancionador común*, cit., p. 194.

⁴⁹ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos”, cit.

⁵⁰ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos” cit.

⁵¹ BAUZÁ MARTORELL, F.J., “La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, cit.

⁵² GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Posición del denunciante en el proceso contencioso-administrativo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 6, 2017. BIB 2017/2117.

⁵³ GÓMEZ TOMILLO, M., e SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., pp. 805-806. GÓMEZ DE MERCADO, F. (coord.), *Procedimiento Administrativo Común y régimen jurídico*, 3.ª ed., Editorial Comares, Granada, 2016, p. 12. DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit.

⁵⁴ STS do 23 de xuño de 1987. FX 4.

⁵⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte General*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 677. GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Posición del denunciante en el proceso contencioso-administrativo”, cit. REBOLLO PUIG, M., “Interesados y denunciantes

En tal sentido, a xurisprudencia afirmou claramente a falta deste interese do denunciante en que se sancione o administrado, posición de interese que, sempre segundo a doutrina xurisprudencial, corresponde exclusivamente á Administración, que é a única titular da potestade sancionadora.

Sinala ao respecto o Tribunal Supremo que “o poder punitivo pertence unicamente á Administración, que é quen ten encomendada a correspondente potestade sancionadora (...) e, por conseguinte, só a Administración ten un interese tutelado polo ordenamento xurídico en que o infractor sexa sancionado; o contrario implicaría substituír a Administración no exercicio da potestade sancionadora”⁵⁶.

Esta cuestionable doutrina entendería que os únicos intereses que estarían en xogo na decisión de sancionar ou non serían, en principio, o interese público e o interese do inculpado en evitar a sanción⁵⁷, doutrina que se trata de reforzar na necesidade “de evitar que a potestade sancionadora da Administración se poida converter nunha mera disputa entre persoas privadas”⁵⁸.

Esta doutrina atopa tamén base noutra igualmente discutible tese, que considera que a imposición de sancións penais constitúe un deber do Estado, mentres que a imposición de sancións administrativas constitúe un dereito subxectivo da Administración⁵⁹, ao que se engade, segundo esta doutrina, a diferente situación do ilícito penal respecto á infracción administrativa, que se debería á maior valoración que merecen os bens protexidos polo dereito penal⁶⁰.

En tal sentido pronunciouse algunha xurisprudencia que sinala o seguinte:

“Tampouco son trasladables analoxicamente as normas da Lei de axuízamento criminal, pois falta toda previsión normativa, sequera indiciaria, que permita esta utilización (a responsabilidade disciplinaria conta coa súa propia e específica normativa), e falta igualmente a identidade de razón, pois non se esqueza que, no procedemento penal, (...) si se contempla expresamente a lexitimación do ofendido, mesmo a de calquera persoa mediante a acción popular, para intervir no procedemento, en atención á maior relevancia dos feitos axuízables na dita xurisdición, a gravidade e a máis rápida solución no seu conxunto da situación creada é o que xera aquela lexitimación”⁶¹.

Agora ben, a cuestión así formulada queda incompleta, pois somérxese, en realidade, en augas máis profundas. Por debaixo do problema procesual da lexitimación

en el procedimiento administrativo sancionador, cit., p. 64.

⁵⁶ STS do 5 de febreiro de 2018. Recurso de casación n. 2029/2016. FX 7.

⁵⁷ COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, cit.

⁵⁸ STS do 7 de maio de 2007. Recurso de casación n. 8001/2003. FX 4.

⁵⁹ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 399.

⁶⁰ CASTILLO BLANCO, F., “Garantías del ciudadano al buen gobierno y a la buena administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015. Cito pola súa reprodución en Westlaw Insignis (BIB 2015/4386). REQUENA LÓPEZ, T., “¿El ocaso de la concepción del inculpado como único interesado en el procedimiento?”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 26, 1996, p. 50.

⁶¹ STSX do País Vasco do 15 de setembro. Recurso de apelación n. 111/2014. FX 4.

do denunciante, subxace o problema material de se a Administración ten liberdade ou non para decidir se sanciona ou non as infraccións⁶².

Esta cuestión, malia o seu carácter básico, está moi lonxe de ter un réxime xurídico claro. Nin aparece resolta na nova regulación do dereito administrativo sancionador⁶³, nin conta cunha doutrina asentada no ámbito xurisprudencial⁶⁴.

A doutrina tampouco chegou neste aspecto a un lugar común. Mesmo, nalgúns casos, se nega a posibilidade de chegar a unha solución única, dada a heteroxeneidade da acción administrativa⁶⁵. Parécenos que esta situación debe valorarse negativamente, pois é unha cuestión que, pola súa transcendencia, merece unha aclaración que lle permita á Administración actuar nun marco de maior seguridade xurídica⁶⁶.

En calquera caso, a tese vixente afunde as súas raíces na consideración de que a Administración conta cunha marxe de apreciación para decidir se pon en marcha a potestade sancionadora nun caso concreto ou non. Para tales efectos, sinalase a existencia dunha serie de elementos que postulan a necesidade de dotar a Administración dese espazo de valoración.

Por unha banda, apúntase que obrigar a Administración a sancionar en todo caso suporía darlle as costas á realidade, sobre todo en determinados sectores, pois é evidente que a Administración tan só sanciona un número reducido das infraccións cometidas⁶⁷, realidade que non responde, simplemente, a un xeito de facer as cousas, senón a un substrato fáctico que se impón necesariamente. Unha obriga de sancionar en todo caso suporía unha multiplicación do traballo administrativo imposible de absorber pola Administración existente, que requiriría dunha imposible multiplicación dos seus medios persoais e materiais⁶⁸. Por outra banda, impediríase a posibilidade de desenvolver políticas represivas, isto é, dada a súa limitación de medios materiais e persoais, cómpre definir un conxunto de infraccións na persecución das cales se vai centrar a Administración pola súa gravidade ou outros motivos⁶⁹. Este

⁶² REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 473-474.

⁶³ BAUZÁ MARTORELL, F.J., "La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas", cit.

⁶⁴ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 477.

⁶⁵ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit.

⁶⁶ CANO CAMPO, T., "La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa", *Documentación administrativa*, n. 2, 2015.

⁶⁷ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit. HUERGO LORA, A., "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", cit., p. 219.

⁶⁸ NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 4.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 133. GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 395. CASTILLO BLANCO, F., "Garantías del ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", cit. TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador", cit., p. 855. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 477.

⁶⁹ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit. HUERGO LORA, A., "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", cit., p. 219.

tipo de políticas poden responder, igualmente, non a unha falta de medios persoais e materiais, senón a decisións derivadas da distancia entre a realidade xurídica e a realidade da rúa ou outros motivos de oportunidade⁷⁰, de modo que negarlle esta marxe de discrecionalidade á Administración suporía, en opinión deste sector doutrinal, descoñecer a realidade en que operan os servizos públicos⁷¹.

A iso engádese o argumento da propia finalidade da sanción administrativa, que non é a represión e o castigo do culpable, senón o efecto preventivo que produce a ameaza da sanción, sendo, en tal sentido, moitas veces máis efectiva a benevolencia que o castigo, sobre todo nos supostos de infraccións en masa⁷².

Tamén se argumenta que suporía a desaparición do concepto de lexitimación do ámbito do dereito administrativo sancionador⁷³.

Por último, sinálase que se podería abrir a porta para un exercicio desviado ou retorcido da posibilidade de denuncia, inspirado por motivos espurios en vez de polo cumprimento da legalidade⁷⁴.

Estes argumentos despregaron un considerable poder de sedución sobre a doutrina científica, de xeito que un gran número de autores seguen hoxe en día dando por boa a consideración de que é necesario darlle á Administración unha marxe de discrecionalidade para decidir se inicia ou non un procedemento administrativo sancionador⁷⁵.

Agora ben, este posicionamento non adoita presentarse na actualidade en termos absolutos, senón que vén relativizado por algunhas limitacións que tratan de pór cousto aos abusos no exercicio desa doutrina, limitacións que derivan precisamente do feito de que se trata dunha potestade discrecional, polo que está suxeita ás limitacións propias deste tipo de potestades⁷⁶.

Así, en primeiro lugar, sendo un acto discrecional, parece que resulta exixible unha axeitada motivación da decisión da Administración en todo caso⁷⁷, ao que se engade que a discrecionalidade non ampara a arbitrariedade e a discriminación na

⁷⁰ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas"; cit. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 477.

⁷¹ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas"; cit.

⁷² NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 134.

⁷³ CASTILLO BLANCO, F., "Garantías del ciudadano al buen gobierno y a la buena administración"; cit. TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador"; cit., p. 855. REQUENA LÓPEZ, T., "¿El ocaso de la concepción del inculpado como único interesado en el procedimiento?"; cit., p. 57.

⁷⁴ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 395.

⁷⁵ NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 133. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 477. HUERGO LORA, A., "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos"; cit., pp. 218-219.

⁷⁶ NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 135. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 477. HUERGO LORA, A., "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos"; cit., pp. 218-219.

⁷⁷ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 396. BELANDO GARÍN, B., "El denunciante en los procedimientos sancionadores de la Comisión Nacional del Mercado de Valores: la eventual existencia de interés legítimo. Comentario a la STS de 16 de marzo de 2016"; cit., p. 419. CASTILLO BLANCO, F., "Garantías del ciudadano al buen gobierno y a la buena administración"; cit.

sanción⁷⁸. En particular, a Administración debe xustificar por que sanciona nun determinado suposto en que rexe unha regra xeral de tolerancia e, o contrario, por que non sanciona onde rexe unha regra xeral de rigor. De non se achegar a devandita xustificación, a actuación debería reputarse arbitraria⁷⁹.

Ademais, sinálase que en ningún caso cabe que unha eventual tolerancia coa infracción se transforme nunha complicidade con esta, de tal forma que non pode dar lugar nunca a un mantemento da sanción ou a súa reiteración⁸⁰.

Esta necesidade de limitar a arbitrariedade da Administración leva a un sector doutrinal a negar que exista discrecionalidade para iniciar o procedemento cando a denuncia é presentada por persoa interesada. Nos ditos supostos, consideran, só se poderá non iniciar o procedemento ante a falta de indicios, pero non por unha decisión discrecional da Administración⁸¹, posición que foi rebatida, alegándose que suporía facer depender o exercicio da potestade sancionadora dun elemento continxente, carente de base obxectiva ningunha, como o é o mero feito de que un particular se decidise a denunciar⁸².

Parécenos que os partidarios de establecer esta limitación a favor do denunciante interesado se sitúan xa máis no ámbito da crítica á tese tradicional que na súa defensa. É obviamente unha posición intermedia, que propugna a lexitimación e a obriga de iniciar o procedemento cando hai alguén interesado ou prexudicado, sen chegar, non obstante, a considerar axeitado o establecemento dunha acción pública.

Porén, preferimos situar os así posicionados neste lugar do traballo, porque estamos en desacordo coa tese de fondo que mantén a discrecionalidade da Administración para iniciar o procedemento.

Os que defenden esta posición parécenos que pretenden asumir unha postura progresista, de protección ao denunciante, pero realista coas limitacións da Administración. No entanto, non nos parece correcta, pois, como se razoará con máis detalle no que segue, entendemos que é un erro admitir esa brecha na autoridade da legalidade, que leva a funestas consecuencias.

6.1.2 Réxime xurídico da tese tradicional

Desde a postura tradicional acúñase unha cuestionable distinción entre a situación do denunciante e a daqueles que presentan unha solicitude. Estes últimos terían, en relación coa solicitude presentada, un interese material na consecución daquilo que se pretende conseguir a través desta. Fronte a iso, o denunciante tería un

⁷⁸ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 477.

⁷⁹ NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 135.

⁸⁰ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 477.

⁸¹ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit. NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 136.

⁸² HUERGO LORA, A., "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", cit., p. 219.

interese meramente formal, que non iría máis alá da pretensión de que se cumpra a legalidade⁸³.

En tal sentido, sinala a xurisprudencia o seguinte:

“O demandante pode denunciar uns feitos ante a Administración, pero, unha vez efectuada a denuncia, esgota a posición xurídica que lle está permitida e non transmite ao proceso xurisdiccional lexitimación activa para impugnar a decisión administrativa. A potestade sancionadora administrativa recae única e exclusivamente na Administración pública competente e non nos particulares, que soamente poden ter a posición xurídica de denunciante de determinados feitos, sen que iso permita ningunha cualificación xurídica especial para perseguir, a nivel xurisdiccional, a incoación dun procedemento administrativo sancionador”⁸⁴.

Isto determina que o denunciante non teña dereito a pór en marcha por si só o procedemento sancionador e, con iso, obviamente, a que finalmente se sancione⁸⁵, de modo que, a diferenza da solicitude, que xera na Administración a obriga de resolver o asunto, a denuncia só outorga a obriga de pronunciarse acerca da iniciación ou non do procedemento⁸⁶.

Esta tese viña sendo criticada desde hai tempo por unha parte da doutrina, que considera que non é certo que nos procedementos sancionadores estean en xogo só o interese público e o do inculpado, senón tamén en moitos casos os intereses de terceiros afectados⁸⁷.

Faise así necesario distinguir entre a posición de denunciante, que é unha cuestión puramente procesual, e a lexitimación, que é unha cuestión material que deriva doutros títulos xurídicos⁸⁸.

En particular, débese distinguir entre o denunciante simple (que actúa como un mero colaborador na consecución do interese público) e o denunciante cualificado (como persoa afectada nos seus propios intereses polo feito denunciado), distinción que desde hai tempo xa vén propugnando a doutrina administrativa, co fin de dotar da condición de interesados os denunciante cualificados⁸⁹.

⁸³ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 394.

⁸⁴ STSX de Extremadura do 20 de maio de 2014. Recurso de apelación n. 1/2014. FX 4.

⁸⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., e SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 806.

⁸⁶ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 393.

⁸⁷ COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, cit. DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit. REQUENA LÓPEZ, T., “¿El caso de la concepción del inculpado como único interesado en el procedimiento?”, cit., p. 48.

⁸⁸ HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, cit., p. 209.

⁸⁹ GALLARDO CASTILLO, M.J., “El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate”, cit. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte General*, cit., p. 677. COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, cit. DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit. TOLA RÚA, M.A., “La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador” cit., p. 842.

A transcendencia de concederlle lexitimación ao denunciante cualificado é enorme, pois supón abrir a posibilidade dun auténtico control do exercicio da potestade sancionadora por parte deste⁹⁰.

Máis concretamente, estaríase dotando o denunciante cualificado da posibilidade de impugnar: a) o arquivo de actuacións; b) a decisión de non sancionar; c) a imposición dunha sanción menor ou de distinta natureza á prevista polo ordenamento xurídico⁹¹.

De non recoñecérselles a dita lexitimación aos terceiros afectados, produciríase unha redución do procedemento sancionador a un xogo entre dous (Administración e presunto infractor)⁹².

Estas críticas non podían deixar de producir o seu efecto, dado que existen claramente dous tipos de supostos nos cales, da imposición da sanción, podería derivar un interese lexítimo para o denunciante: a) cando deriva un beneficio ou a elusión dun prexuízo como consecuencia de contido da sanción; b) cando se é a persoa lesionada pola comisión da infracción⁹³.

A posición da xurisprudencia non foi a mesma respecto a estes dous aspectos. No que se refire ao primeiro, xa sabemos que se nega a posibilidade de que o denunciante poña por si só en marcha o procedemento. Non obstante, si que se lle recoñece a posibilidade de converterse en interesado para os demais efectos (participación no procedemento, interposición de recursos, etc.), non polo mero feito da denuncia, senón pola regra xeral que lles recoñece esa condición aos titulares de dereitos subxectivos ou intereses lexítimos que poidan verse afectados pola resolución que se dite no procedemento⁹⁴.

Esta tese é a que se impuxo xurisprudencialmente, de xeito que, para que o denunciante estea lexitimado, cómpre que teña a posibilidade de obter un beneficio ou evitar un prexuízo pola imposición da sanción⁹⁵.

O recoñecemento da condición de interesado, ao non provir do mero feito da denuncia, débese resolver caso por caso⁹⁶.

⁹⁰ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas"; cit. GALLARDO CASTILLO, M.J., "El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate"; cit.

⁹¹ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas"; cit.

⁹² GALLARDO CASTILLO, M.J., "El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate"; cit. DOMÍNGUEZ LUIS, C., "Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador"; cit. TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador" cit., p. 842.

⁹³ REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit., p. 71.

⁹⁴ GÓMEZ TOMILLO, M., e SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 806. BAUZÁ MARTORELL, F.J., "La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas", cit.

⁹⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., e SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 807. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMÍJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 490.

⁹⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., e SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 806. NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 137. DOMÍNGUEZ LUIS, C., "Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador"; cit. GÓRRIZ GÓMEZ, B., "Posición del denunciante en el proceso contencioso-administrativo", cit. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO,

Así o confirma a xurisprudencia, que sinala que “a resposta á cuestión da lexitimación activa do recorrente-denunciante debe ser casuística, de modo que non resulte aconsellable nin unha afirmación nin unha denegación indiferenciadas para todos os casos; debe entenderse que a existencia da lexitimación vén ligada á dun interese lexítimo da parte, á satisfacción do cal sirva o proceso, o que de partida sitúa a análise na busca e determinación dese interese”⁹⁷.

A proba da existencia desa situación de interese que lle outorga ao denunciante a lexitimación, “cando é cuestionado, é carga que incumbe á parte que o arroga para si”⁹⁸.

Isto supón xa, evidentemente, un paso, pois déixase de lado a tese tradicional na súa versión máis radical, que lle negaba ao denunciante a lexitimación en todo caso. Hoxe en día, é unha posición bastante asentada que o poderá ser na medida en que sexa titular de dereitos subxectivos ou intereses lexítimos afectados⁹⁹.

En tal sentido, sinala a xurisprudencia que a “clave (...) para a determinación de se existe ou non un interese lexítimo no proceso de impugnación dunha resolución ditada en expediente aberto a virtude de denuncia dun particular por unha hipotética responsabilidade debe situarse no dato de se a imposición dunha sanción pode producir un efecto positivo na esfera xurídica do denunciante ou pode eliminar unha carga ou gravame, nesa esfera, e será así, en cada caso, e en función do pretendido, como pode darse a contestación axeitada”¹⁰⁰.

A principal insuficiencia desta doutrina reside en que descoñece, non obstante, o outro suposto en que o denunciante pode resultar interesado, isto é, cando foi a vítima da infracción.

Para a xurisprudencia non é, efectivamente, suficiente para estar lexitimado co mero feito de que o denunciante sexa vítima da presunta infracción, senón que é necesario que a imposición da sanción xere un efecto positivo ou negativo no denunciante¹⁰¹.

O Tribunal Supremo fixou a seguinte doutrina ao respecto:

“O argumento crucial nesta materia é que o denunciante, mesmo cando se considere a si mesmo vítima da infracción denunciada, non ten un dereito subxectivo nin un interese lexítimo a que o denunciado sexa sancionado. O poder punitivo pertence unicamente á Administración que ten encomendada a correspondente potestade

M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 490. GALLARDO CASTILLO, M.J., “El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate”, cit.

⁹⁷ STS do 5 de novembro de 1999. Recurso n. 9537/1995. FX 4.

⁹⁸ STS do 5 de novembro de 1999. Recurso n. 9537/1995. FX 4.

⁹⁹ PEÑALVER I CABRÉ, A., *La defensa de los intereses colectivos en el contencioso administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016. Cito pola súa reprodución en Westlaw Insignis (BIB 2015/16866).

¹⁰⁰ STS do 5 de novembro de 1999. Recurso n. 9537/1995. FX 4.

¹⁰¹ GÓMEZ TOMILLO, M., e SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 807. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 491-492.

sancionadora (...) e, por conseguinte, só a Administración ten un interese tutelado polo ordenamento xurídico en que o infractor sexa sancionado”¹⁰².

Isto supón que non se outorga lexitimación para dar satisfacción ao interese moral de que o infractor sexa sancionado¹⁰³, posición que atopou apoio nunha parte da doutrina, que distingue entre a satisfacción moral, que é o que consideran estes autores que nega esta xurisprudencia, e o dano moral, que non se produce. De non se entender así, entenden que suporía recoñecer como interese o ánimo de vinganza¹⁰⁴.

En tal sentido tamén algunha xurisprudencia considera que a vítima da infracción obtén unha mera satisfacción persoal ou íntima, que non alcanza a dotalo de lexitimación. Sinala ao respecto o Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco o seguinte:

A “mera imposición dunha sanción e, polo tanto, o mero sometemento ao procedemento disciplinario non supoñen alteración na esfera xurídica do denunciante, é unha satisfacción persoal, íntima, non material. O agravio e a satisfacción a que alude o apelante non xustifica a lexitimación porque non se trata dun interese tutelable no procedemento sancionador”¹⁰⁵.

A conclusión está moi clara. En España non só non se ten dereito a que se cumbran as leis que che afectan, senón que nin sequera se che recoñece que esteas interesado en que se sancione os que te están a prexudicar incumpríndoas. A vítima dunha infracción administrativa non pode así invocar que se faga xustiza castigando o culpable. O noso ordenamento xurídico condénao a un camiño de resignación.

Esta cuestionable doutrina atopou resistencia nalgunhas sentenzas illadas, que outorgan lexitimación á vítima da infracción. Na xurisprudencia do Tribunal Supremo afirmouse o seguinte:

“Así, no caso da actuación ante a autoridade administrativa titular da potestade sancionadora ou disciplinaria, as posibilidades de actuación do particular esgótanse na denuncia da infracción cometida. Pola contra, é competencia exclusiva do órgano administrativo decidir sobre se se produciu realmente a conduta supostamente constitutiva de falta e en consecuencia se debe incoarse o expediente sancionador ou disciplinario. Só neste último caso o denunciante, se é precisamente o prexudicado pola conduta, pode intervir no procedemento administrativo”¹⁰⁶.

Trátase, non obstante, de meras excepcións a unha xurisprudencia consolidada que, con carácter xeral, lle segue negando lexitimación ao denunciante prexudicado pola infracción.

Esta doutrina produce indirectamente o efecto de modificar a situación do denunciante dependendo do tipo de sanción que prevexa a normativa aplicable, de maneira que, se é unha multa, é practicamente imposible estar lexitimado, mentres

¹⁰² STS do 5 de febreiro de 2018. Recurso de casación n. 2029/2016. FX 2.

¹⁰³ ESCRIBANO TESTAUT, P., “Comentario al art. 19 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2013. Cito pola súa reprodución en Westlaw Insignis (BIB 2013/1923).

¹⁰⁴ REQUENA LÓPEZ, T., “¿El ocazo de la concepción del inculpado como único interesado en el procedimiento?”, cit., p. 48.

¹⁰⁵ STSX do País Vasco do 15 de setembro. Recurso de apelación n. 111/2014. FX 4.

¹⁰⁶ STS do 20 de marzo de 1992. Recurso n. 193/1989. FX 2.

que si o estará se a sanción prevista comporta unha medida de restablecemento da legalidade¹⁰⁷.

Téndese a recoñecerlles lexitimación a aqueles que poden obter como consecuencia da sanción unha vantaxe de carácter competitivo¹⁰⁸.

O Tribunal Supremo fixou a seguinte doutrina ao respecto:

Non pode esquecerse que nunca se lles negou aos actores en vía administrativa lexitimación para as denuncias e impugnacións realizadas. Pero sobre todo debe apreciarse que, ademais dun interese xenérico na defensa da legalidade respecto á colexiación que non basta para que os actores ante o tribunal *a quo* estivesen lexitimados, sen dúbida a cuestión incide na competencia entre profesionais. Como se indicou ao expor as circunstancias en que se ditou o acto administrativo obxecto de recurso, os actores son ópticos con exercicio na mesma cidade onde actúa o profesional sobre a colexiación do cal se debate, e teñen abertos nela establecementos dedicados á mesma actividade¹⁰⁹.

Isto provoca a curiosa situación de que non estarían lexitimadas as vítimas da infracción, mentres que si o estarían outros suxeitos menos afectados pola infracción en moitos casos, como pode ser un competidor¹¹⁰.

Unha parte da doutrina tratou de xustificar esta desigualdade de trato en que no caso do competidor se dá unha relación permanente, que pode dar lugar a prexuízos continuados, mentres que no caso da vítima da infracción se trata dunha relación esporádica e puntual¹¹¹.

Outórgase lexitimación aos que quedan como consecuencia da infracción nunha mellor situación para obter unha vantaxe, como, por exemplo, unha indemnización ou un premio, por ser un presuposto para aplicar unha norma favorable ao administrado¹¹².

O Tribunal Supremo sinalou ao respecto que para “formular tal pretensión entendemos que si ten lexitimación. Advírtase que na demandante concorre a condición de parte no proceso en que as eventuais irregularidades se puidesen producir. Trátase, pois, dunha denunciante –agraviada–. (...) A norma obriga a ter en conta as circunstancias de cada caso concreto para, desde elas, apreciar a utilidade da acción contencioso-administrativa para conseguir un resultado que pode ser proveitoso para o recorrente na particular situación en que este se atopa. O que haberá que

¹⁰⁷ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 495.

¹⁰⁸ HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, cit., p. 212.

¹⁰⁹ STS do 16 de xullo de 2003. Recurso de casación n. 6245/1999. FX 3.

¹¹⁰ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 495.

¹¹¹ HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, cit., pp. 212-213.

¹¹² REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 497. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo I. Parte General*, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 517. HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, cit., p. 213.

ponderar será o que o actor pretenda en cada caso, a utilidade que lle pode producir a actuación, no suposto axuízado, do Servizo de Inspección do Consello Xeral do Poder Xudicial, en cumprimento das funcións que a Lei orgánica do poder xudicial encomenda (artigos 171 e 176), seguindo o procedemento que o lexislador trazou para a mellor prestación da función inspectora. Desde tal perspectiva, entendemos que a actora está lexitimada, pois o que impulsa e mobiliza a súa acción non é o puro e abstracto interese pola legalidade –que por si só non permitiría recoñecer a súa lexitimación–, senón a vontade de desencadear unha actuación administrativa –a do servizo de inspección– que comprobe as irregularidades que con insistencia vén denunciando, e que se a súa depuración lle correspondese ao CXPX, ademais de dar lugar, se é o caso, á correspondente responsabilidade disciplinaria, poderían tamén, de existir e ser recoñecidas por aquel, servir de fundamento á formulación de pretensións relacionadas coa responsabilidade do Estado prevista no artigo 121 da CE, aspecto este a o que si pode unirse un interese lexítimo en obter a anulación do acordo impugnado, coa consecuente prosecución das actuacións arquivadas”¹¹³.

Dáse maior facilidade para sancionar cando se trata de infraccións permanentes ou que continúan, porque se pensa que a sanción pode levar ao cesamento da infracción¹¹⁴, ben que a dita doutrina non se admite cando esa infracción non continúa.

En tal sentido, sinala o Tribunal Supremo o seguinte: “é certo que a vinculación que ten o actor co lugar onde se produciu a vertedura (...) serían datos suficientes para afirmar a súa lexitimación non para solicitar unha maior sanción, senón para pedir o cesamento da vertedura, como, en efecto, pide no suplico da súa demanda.

Non obstante, esa solicitude carece de sentido, porque a Administración, ao formular o prego de cargos, xa ordenou o cesamento das verteduras (...), non sendo, en consecuencia, unha pretensión hábil que poida manter a viabilidade do recurso contencioso-administrativo por enriba da falta de lexitimación”¹¹⁵.

Dáselle maior tolerancia á lexitimación cando se trata de intereses difusos ou colectivos¹¹⁶, aínda que a xurisprudencia tamén nega lexitimación aos que pretenden actuar como denunciante nos ámbitos onde entran en xogo este tipo de intereses.

O Tribunal Supremo sinalou, en tal sentido, que “o interese lexítimo en que a lexitimación activa consiste, artigo 19-1-a) da LXCA 29/98, se define como calquera vantaxe que derive para unha persoa do pronunciamento xudicial que solicita. E neste caso nin o demandante puxo de manifesto nin este tribunal descobre que vantaxe vai obter aquel do feito de que se lle imponha unha maior sanción á entidade xa sancionada, como non sexa a do puro interese a que a actuación da Administración sexa legal.

¹¹³ STS do 25 de outubro de 1996. Recurso contencioso-administrativo n. 637/1994. FX 4. No mesmo sentido, STS do 6 de febreiro de 2008. Recurso de casación n. 6/2003. FX 2.

¹¹⁴ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 500.

¹¹⁵ STS do 7 de maio de 2007. Recurso de casación n. 8001/2003. FX 5.

¹¹⁶ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 507-508.

Non obstante, este puro interese á legalidade non é unha vantaxe que afecte ao reduito dos seus propios intereses, e boa proba diso é que o ordenamento xurídico non concede unha acción pública en materia de protección do medio, nin sequera na recente Lei 27/2006, do 18 de xullo, que regula os dereitos de acceso á información, de participación pública e de acceso á xustiza en materia de medio ambiente, a cal, no seu artigo 22, só lles outorga acción popular ás persoas xurídicas sen ánimo de lucro e só cando cumpren os requisitos do seu artigo 23.

En consecuencia, carecen da necesaria forza de convicción os argumentos que en contra da falta de lexitimación activa expón profusamente a parte recorrente no seu escrito de casación, xa que nin o dereito xenérico ao medio ambiente axeitado que proclama o artigo 45-1 da Constitución española, nin a necesaria interpretación das normas procesuais conforme o principio *pro actione*, nin a profesión médica do demandante, nin, en fin, o valor prevalente de defensa do medio ambiente que a xurisprudencia proclama na adopción de medidas preventivas, poden outorgar ao demandante un interese nunha maior sanción¹¹⁷.

Igualmente, cabe a posibilidade de que se outorgue lexitimación ao denunciante pola lexislación específica.

Sinala o Tribunal Supremo ao respecto que, “aínda que a regra xeral no dereito español sexa, efectivamente, a de que o denunciante carece de lexitimación para discutir as resolucións administrativas ou xudiciais que se poidan ditar en reclamación cos feitos denunciados, é patente que o citado precepto da lei orgánica citada contén unha excepción á dita regra xeral.

(...)

É tan claro o texto do artigo que transcribimos que nos exime de ter que comentalo, pois trátase dunha regra de lexitimación específica en favor do denunciante, establecida por lei, que non contradí, pero exceptúa, esa doutrina xurisprudencial que cita a sentenza impugnada¹¹⁸.

A admisión da lexitimación ao denunciante en vía administrativa non supón necesariamente o seu outorgamento en vía xudicial¹¹⁹.

En calquera caso, este recoñecemento da lexitimación é unha solución limitada, pois debe terse en conta que non converte o eventual denunciante cualificado en interesado necesario, senón que o será tan só na medida en que asuma unha posición activa respecto ao procedemento solicitando a súa iniciación ou comparecencia nel¹²⁰.

Sinala ao respecto Rebollo Puig que, no noso dereito, a denuncia non é equivalente á comparecencia, posición que basea en varios argumentos: a) da denuncia non deriva directamente unha vontade de comparecencia; b) a denuncia non é unha instancia, polo que non inicia o procedemento; c) o procedemento sancionador só se inicia de

¹¹⁷ STS do 7 de maio de 2007. Recurso de casación n. 8001/2003. FX 4.

¹¹⁸ STS do 18 de decembro de 2004. Recurso de casación n. 3020/2001. FX 2. No mesmo sentido, STS do 7 de novembro de 2007. Recurso de casación n. 5103/2003. FX 2.

¹¹⁹ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 506-507.

¹²⁰ COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, cit.

oficio, nunca por instancia de parte; non é posible comparecer nun procedemento que aínda non se iniciou¹²¹.

Deste xeito, como vimos no seu momento, a solicitude de iniciación ou comparecencia, aínda que proveña dun denunciante cualificado, non impide que o procedemento se siga considerado iniciado de oficio.

Ten razón a doutrina que subliña o abuso que está a facer a Administración desta tese, que esquece as notables diferenzas entre os supostos en que o procedemento se inicia propiamente de oficio, porque se pon en marcha pola propia vontade da Administración, daqueles en que o fai, en realidade, por instancia de parte, pois xorde da acción do denunciante¹²².

Non é cuestión carente de transcendencia. Deixa totalmente indefenso o denunciante ante a inacción absoluta da Administración, pois, non habendo iniciación, non entra en xogo nin sequera a tutela que ao respecto ofrece o silencio administrativo¹²³.

O certo é que é unha brecha nos dereitos do cidadán-denunciante, pois as súas garantías artículanse baseándose no procedemento administrativo e, se se lle nega o dereito a este, queda indefenso.

6.2 Crítica á tese tradicional

A tese tradicional antes exposta, lonxe de ser pacificamente admitida, foi duramente cuestionada por unha parte da doutrina, en practicamente todos os seus aspectos, críticas ás que, sen ningunha dúbida, nos sumamos.

En primeiro lugar, debe terse en conta que estas críticas non poden entenderse, en sentido estrito, como a propugnación *lege ferenda* dunha nova normativa. En realidade, o lexislador, máis que dicir, gardou silencio, limitándose a repetir unhas sintéticas fórmulas que permitiron manter a anterior doutrina. Fóra diso, a tese que combatemos carece de calquera fundamento no dereito positivo que permita chegar ás súas conclusións¹²⁴. Máis ben o contrario, choca con moitas normas expresas e centrais do noso ordenamento xurídico.

Imos intentar sistematizar estas críticas en determinados apartados, pois hai moito do que queixarse. Toda unha serie de argumentos relevantes, pero que poden xerar o risco de perderse na enumeración acumulativa, véndose privados da súa forza máis poderosa, que está na súa síntese. E está na súa síntese precisamente porque, a longo prazo, a súa contradición non o é contra eses elementos concretos, senón contra os fundamentos esenciais que fan do noso país un Estado democrático de dereito. Non estamos a falar, polo tanto, dunha mera desconformidade respecto

¹²¹ REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit., p. 70.

¹²² COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit.

¹²³ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit. REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit., pp. 76-77. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 483.

¹²⁴ REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit., p. 69.

ao eventual acerto dunha normativa positiva, senón dunha contradición cos piares básicos sobre os que se sustenta o noso ordenamento xurídico.

Imos enfrontarnos conxuntamente á tese que lle nega lexitimación ao denunciante e á que mantén a existencia de discrecionalidade na Administración para sancionar ou non. Unha e outra, parécenos, son as dúas caras dunha mesma moeda, e levan, en última instancia, ao mesmo sitio.

Esa contradición dáse, así, en primeiro lugar, co principio de legalidade. Non se trata simplemente de considerar, como suxiren algúns autores, máis respectuosa co principio de legalidade a tese de que a Administración non ten discrecionalidade para decidir se sanciona ou non como consecuencia dunha denuncia¹²⁵. É que non hai outra solución posible. Darlle discrecionalidade á Administración supón converter o mandato do lexislador en papel mollado, obrigando para que sexa efectivo a que medie unha decisión da Administración¹²⁶, o que supón unha seria perturbación do principio de división de poderes.

Pódese falar de certa marxe de apreciación para atenuar o rigor das sancións en determinados supostos nos cales se poida dar un resultado inxusto por concorreren circunstancias excepcionais. Este elemento, coñecido desde sempre no dereito como equidade, é imprescindible para non caer, como di o célebre aforismo xurídico, no risco de que unha aplicación severa da lei dea lugar ás maiores inxustizas.

Agora ben, isto non pode supor outra cousa que unha discrecionalidade marxinal, utilizable só de xeito xustificado e estritamente excepcional en casos especiais. Non pode converterse, como aconteceu no noso dereito, nunha patrimonialización dunha potestade pública por parte da Administración.

Fronte a iso, teñen razón os que postulan que a Administración, dado o seu carácter instrumental e a súa posición institucional, non pode asumir posicións exclusivamente activas, polo cal non pode ter un dereito subxectivo a exercer a potestade disciplinaria¹²⁷. Trátase dunha potestade que é ao mesmo tempo un deber, que simplemente está obrigada a exercer cando se dan as circunstancias para iso.

Outra cousa supón deixar en mans da Administración a efectividade do dereito, pois dálle coartada para manter a existencia de condutas que infrinxen o ordenamento xurídico mediante a súa mera inactividade¹²⁸, decisión que pode tomar, ademais, desde a arbitrariedade, pois faise extremadamente difícil o control dos casos en que a Administración non sanciona de xeito inxustifico¹²⁹.

¹²⁵ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit. DOMÍNGUEZ LUIS, C., "Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit. REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit., p. 66. NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 138.

¹²⁶ LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., p. 95.

¹²⁷ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 400.

¹²⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte General*, cit., p. 677.

¹²⁹ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit. DOMÍNGUEZ LUIS, C., "Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit. REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit., p. 66.

Esta posición foi rebatida por algunha xurisprudencia con argumentos, en opinión do que isto escribe, simplemente estrambóticos, que entenden que non queda a actividade sen control pola actuación dos interesados no procedemento, polo que debemos entender tan só ao propio inculpado e a Administración, e os demais mecanismos do ordenamento xurídico. Sinala en tal sentido o Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco o seguinte:

Cando “o apelante alude a que, sen recoñecerlle lexitimación, o procedemento e a actividade administrativa sancionadora queda orfa de control, está a esquecer que non é así en absoluto. Serán os interesados no procedemento sancionador, os destinatarios da potestade desta natureza, os que se encarguen de velar, a través da intervención que as normas de procedemento lles recoñecen, por que efectúen tal control e, se é o caso, a xurisdición. Ademais, a falta de iniciativa da Administración á hora de perseguir actuacións sancionables administrativamente pode ser controlada a través dos instrumentos previstos para controlar o sometemento da Administración á lei, por exemplo a vía penal, a acción popular e o Ministerio Fiscal”¹³⁰.

Pura ficción científica. Calquera que saiba a realidade do noso dereito administrativo sabe que eses mecanismos entran en funcionamento só de xeito excepcional e só en determinados ámbitos. En concreto, é evidente que hai un gran número de conflitos xurídicos, de transcendencia económica limitada (que non quere dicir en moitos casos que teñan escasa transcendencia para a vida das persoas) que quedan fóra de control xurídico sen a participación da Administración na súa represión, pois o afectado non pode asumir razoablemente o custo que suporía a súa persecución xudicial.

Non se debe esquecer aquí que á Administración lle corresponde en moitos ámbitos un labor de supervisión da actividade privada¹³¹, cuxa desatención deixa desvalido o administrado que está chamado a protexer.

A iso débese engadir que, en moitos casos, a falta de tutela da Administración leva consigo necesariamente unha tutela insatisfactoria. Así, cando a Administración non sanciona o veciño molesto e a vítima se ve obrigada a pedir unha indemnización na vía civil polos danos e perdas sufridos, evidentemente xa ninguén lle quita o dano sufrido polos anos de molestias toleradas. De feito, se o indemnizan é porque o dano está xa producido.

Outro dos principios xurídicos básicos vexados é, obviamente, o principio de igualdade, xa que se lles vai dar un trato diferente a algúns administrados respecto a outros¹³², dando lugar a situacións contrarias á idea de xustiza e de dereito¹³³.

A isto engádese que non se pode invocar un trato desigual na ilegalidade, isto é, non podo pedir que non se me aplique a lei porque non se lles está a aplicar a outros.

¹³⁰ STSX do País Vasco do 15 de setembro. Recurso de apelación n. 111/2014. FX 4.

¹³¹ LOZANO CUTANDA, B., “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, cit., p. 101.

¹³² NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit. GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 399.

¹³³ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 399.

Isto determina que o único xeito de lograr a igualdade sexa dando lexitimación ao denunciante, para que poida intentar que se aplique a lei a todos os que a vulneran¹³⁴.

Con iso, ademais, déixase en dúbida a imaxe de obxectividade e imparcialidade que se supón que debe ofrecer a Administración, provocando situacións de arbitrariedade¹³⁵.

Asoma aquí un dos fantasmas máis letais que ameazan a vida xurídica e económica do noso país, o da corrupción¹³⁶. Evidentemente, por un lado, estase a dotar os funcionarios e autoridades públicas dunha coartada para eludir a aplicación das normas inconvenientes¹³⁷.

Doutra banda, xérase inseguridade, xa que non existe fiabilidade acerca de se a infracción das normas se vai traducir ou non nunha sanción¹³⁸.

Isto agrávase pola existencia dunha profusa normativa sancionadora, que fai que practicamente todos os administrados incorran nalgún tipo de infracción administrativa. Xérase, así, o inconveniente de deixar os cidadáns ao arbitrio da Administración, nas mans da cal queda case sempre a posibilidade de sancionalo se esa é a súa vontade¹³⁹, o que supón abrir a porta a que a potestade sancionadora sexa utilizada de xeito indebido pola propia Administración, para lograr dos administrados obxectivos distintos daqueles que a lei pretende¹⁴⁰.

Outro valor afectado é o da eficacia da Administración. Curiosamente, ademais, alegando precisamente motivos de eficacia. Non hai medios suficientes para controlar todas as infraccións cometidas, pois, solución á española, sanciónámolas só cando nos dá a gana.

No peor dos casos, se a falta de medios o impide, deberíanse eliminar as infraccións innecesarias, que ao mellor hai moitas. Non parece moi ético deixalas para que as cumpran algúns, o “parvo que cumpre a lei”, e deixalas de adorno, para os de sempre, isto é, para os listos que van por libre saltando todas as normas.

Este xeito de pensar estanos a facer moito dano, pois castígase con iso o bo cidadán, que sofre unha dobre afronta: a de ter que adaptarse a un sistema de sancións administrativas imposible, que sanciona practicamente por todo, ao mesmo tempo

¹³⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Comentario al art. 31 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Comentario a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Estudios y comentarios legislativos*, Aranzadi, Pamplona, 2012. Cito pola súa reprodución en Westlaw-Insights (BIB 2012/5103).

¹³⁵ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 399. REBOLLO PUIG, M., “Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit., p. 69. TOLA RÚA, M.A., “La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador”, cit., pp. 850-851.

¹³⁶ LOZANO CUTANDA, B., “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, cit., pp. 90-91.

¹³⁷ REBOLLO PUIG, M., “Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit., p. 69. TOLA RÚA, M.A., “La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador” cit., p. 851.

¹³⁸ REBOLLO PUIG, M., “Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit., p. 69. LOZANO CUTANDA, B., “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, cit., pp. 91-92.

¹³⁹ NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 134.

¹⁴⁰ HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, cit., p. 199. LOZANO CUTANDA, B., “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, cit., pp. 90-91.

que ve como outros, de menos talle moral, saltan as normas, importantes ou non, cando lles dá a gana.

De feito, incentiva o incumprimento da norma, dado que o cidadán toma conciencia de que é imposible evitar todas as infraccións e que ser sancionado ou non depende de circunstancias que quedan fóra do seu control, e en boa medida ao azar¹⁴¹.

Cando se sanciona alguén no noso país, non é doado pensar que é a inevitable man da xustiza que actúa. Máis ben a realidade lévanos a pensar que o sancionado está a facer o mesmo que fan moitos outros, coa única diferenza de que o pillaron e, non sempre, pola súa mala fortuna, senón tamén, en ocasións, porque se lle cruzou a persoa equivocada.

Ábrese así o risco de que a potestade sancionadora se utilice como un medio de persecución ou acoso a determinados administrados¹⁴².

Isto leva a que entre en xogo o verdadeiro problema da sanción rendible, que non é o establecemento de sancións máis reducidas que o beneficio obtido, senón que pague a pena arriscarse a ser sancionado, dada a aleatoriedade dunha posible sanción¹⁴³.

Fronte a iso, a nosa sociedade demanda cada vez máis que se reivindique a necesidade de cumprir as normas e de que estas estean deseñadas para que as cumpra todo o mundo.

Para iso é transcendental establecer a estrita obrigatoriedade de que se sancionen as infraccións, pois a falta de sanción fai que a infracción se poida ver privada do seu carácter disuasorio¹⁴⁴.

Establecer un sistema axeitado de denuncia pode producir un importante efecto preventivo, xa que se insire na mentalidade colectiva o perigo que pode comportar a infracción das normas, como consecuencia de existir unha canle axeitada e asentada pola que calquera cidadán pode facer chegar á autoridade competente a noticia da comisión da infracción¹⁴⁵.

Por outra banda, son cuestionables as xustificacións que postulan que se dea neste ámbito un tratamento distinto do que rexe no ámbito penal. En realidade, dada a hoxe asentada unidade do *ius puniendi* do Estado que se consagra no artigo 25 CE, non hai espazo para a diferenciación entre un e outro poder sancionador¹⁴⁶.

Non faltan, pois, os motivos para eliminar a vella doutrina. Agora ben, a partir de aquí hai que diferenciar dúas cuestións diferentes. O problema de dar a debida tutela á

¹⁴¹ NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 135.

¹⁴² LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., pp. 90-91.

¹⁴³ NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 135.

¹⁴⁴ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 399. REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit., pp. 68-69. LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., p. 90.

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., "La regulación de la denuncia de infracciones y delitos contra la integridad de los mercados de valores: el nuevo marco legal del «whistleblowing»", cit., LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., p. 89.

¹⁴⁶ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 400. REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit., pp. 76-77.

vítima da infracción, por un lado; e, por outro, a necesidade de articular unha acción pública en materia de dereito administrativo sancionador.

6.3 A protección da vítima da infracción

Se nos centramos neste aspecto, vemos que o verdadeiro problema non reside no feito de que non se recoñeza lexitimación ao denunciante polo mero feito de selo. O problema está máis ben en negarlles, en moitos casos, a persoas que deberían contar con auténtica lexitimación, de acordo coas regras xerais, a lexitimación que lles corresponde, impedíndolles con iso a debida e axeitada defensa dos seus dereitos¹⁴⁷.

En particular, coa doutrina tradicional renúnciase a considerar como dotada de lexitimación a vítima da infracción.

Esta negación constitúe unha clara vulneración do dereito á tutela xudicial efectiva consagrada no artigo 24 CE para a vítima da infracción, pois parece que é lexítimo que poida tratar de lograr que se lle imponha unha axeitada sanción á persoa que cometeu a infracción que a prexudicou¹⁴⁸.

Non obstante, non pareceu enténdelo así o Tribunal Constitucional, que ratificou nalgunha ocasión, para o noso profundo asombro, a compatibilidade desta doutrina co artigo 24 CE.

Sinala o Tribunal Constitucional o seguinte: “neste caso, como foi exposto con máis detemento nos antecedentes, quedou acreditado, en primeiro lugar, que o recorrente sufriu un accidente no seu lugar de traballo, do que derivou unha proposta de sanción da Inspección de Traballo por infracción da normativa de seguridade, que deu lugar á apertura dun procedemento sancionador finalmente arquivado ao considerarse que non concurría infracción ningunha. E, en segundo lugar, que o recorrente, en pretensión de que se revisase xudicialmente esta decisión de arquivo e de que se lle impuxese unha sanción á empresa, interpuxo unha demanda contencioso-administrativa que non foi admitida polas sentenzas agora impugnadas en amparo ao negarlle lexitimación activa, destacando que non podía derivar un interese lexítimo das eventuais accións indemnizatorias e de recarga de prestacións que puidese emprender contra a empresa, xa que a posibilidade do seu exercicio non se vía prexudicada pola decisión administrativa de arquivo.

Pois ben, como tamén sinalou o Ministerio Fiscal, non cabe apreciar a vulneración aducida do artigo 24.1 CE, posto que, en defecto dunha previsión legal que habilite a quen se considere vítima da infracción administrativa cometida por un terceiro para impugnar a decisión que no exercicio exclusivo da súa potestade sancionadora adopte a Administración, a argumentación vertida nas resolucións impugnadas para negarlle lexitimación activa ao recorrente non supón un entendemento rigorista

¹⁴⁷ DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit.

¹⁴⁸ REBOLLO PUIG, M., “Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit., pp. 67-68. DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit. TOLA RÚA, M.A., “La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador”, cit., p. 850. GALLARDO CASTILLO, M.J., “El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate”, cit.

nin desproporcionado da exixencia, prevista no artigo 19.1 a) da Lei da xurisdición contencioso-administrativa, de que concorra un interese lexítimo como requisito ineludible para ter lexitimación na orde xurisdiccional contencioso-administrativa.

En efecto, partindo da base de que o recorrente non nega que, con carácter xeral, só teñen interese lexítimo para impugnar xudicialmente as decisións administrativas ditadas nos expedientes sancionadores aquelas persoas contra as que se dirixa o exercicio da potestade sancionadora, non cabe descoñecer que, tal como se argumenta nas resolucións impugnadas, a decisión de arquivo adoptada pola Administración, a diferenza do que sucedía no caso da STC 143/2000, do 29 de maio, carecía dunha incidencia directa na esfera de intereses lexítimos do recorrente que o dotase de lexitimación activa para a súa impugnación en vía xudicial. Por un lado, o recorrente non se vía impedido de acudir aos tribunais civís para obter da empresa unha indemnización polos danos causados ou aos tribunais da orde social en pretensión de que a dita empresa aboase o pagamento da recarga de prestacións económicas previstas para os casos de accidente de traballo. Por outro, a decisión de arquivo do expediente sancionador tampouco despreza, por ser un mero pronunciamento administrativo, ningún tipo de efecto prexudicial sobre os órganos xudiciais civís ou sociais que deben pronunciarse sobre o exercicio das ditas accións, os cales manteñen a súa plenitude de xurisdición para decidir en cada caso, á marxe do concluído pola Administración, sobre a existencia dunha infracción da normativa de seguridade laboral para os efectos da acción concreta exercida.

En definitiva, o que o actor pretendía coa súa acción era a imposición dunha sanción administrativa, o exercicio dunha potestade exclusiva da Administración. A decisión xudicial de non admitir a demanda por falta de lexitimación activa ao carecer de interese lexítimo resultou da aplicación dunha norma legal que non prevé a intervención do suxeito pasivo da infracción e que foi interpretada sen incorrer en ningún defecto de motivación con relevancia constitucional¹⁴⁹.

Esta doutrina encobre unha clara deficiencia na tutela dos dereitos dos cidadáns. A denuncia convértese en realidade nunha vía indirecta, un remedio de mínimos e, como tal, imperfecto, para que un cidadán amparado pola legalidade trate de buscar unha tutela xurídica que lle é negada arbitrariamente polo ordenamento xurídico, que sen xustificación ningunha deixa a efectividade do dereito ao arbitrio da Administración. Isto trae consigo a consecuencia evidente de indefensión do cidadán ante a pasividade ou negligencia da Administración para facer valer o dereito.

6.4 Recoñecemento de acción pública

Aínda nos queda pendente un problema máis. Non de menor calibre, pois cabe cuestionar que sexa correcto privar de lexitimación o denunciante simple. Parece máis ben que, se este fixo o esforzo de comunicar as circunstancias das que se trate á Administración, ten, cando menos, o dereito a verificar a efectividade da súa acción¹⁵⁰.

¹⁴⁹ STC 48/2009, do 23 de febreiro. FX 3.

¹⁵⁰ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 400.

Esta tese vese reforzada pola idea de que é o campo do recoñecemento de acción un terreo en absoluto apto para a interpretación restritiva, senón que demanda máis ben un recoñecemento o máis amplo posible¹⁵¹.

De aquí derivaría, a maiores, negar en todo caso a existencia de discrecionalidade na iniciación do procedemento, porque debe darse preferencia ao principio de legalidade respecto ao de oportunidade¹⁵², o que suporía, en última instancia, o recoñecemento da acción pública, á cal se refire o artigo 125 da Constitución, no ámbito do dereito administrativo sancionador¹⁵³. Con iso consideraríanse lexitimadas non só as persoas afectadas no seu ámbito persoal, senón calquera persoa que poña en coñecemento da Administración a presunta comisión dunha infracción administrativa¹⁵⁴.

É esta, parécenos, a mellor solución.

Alguns autores sitúanse nunha postura máis matizada e móstranse tan só partidarios de recoñecer unha acción pública en determinados ámbitos do dereito administrativo sancionador, negando, non obstante, a adecuación dunha xeneralización da acción pública, que podería abrir o risco de multiplicar os supostos de exercicio retorcido desa acción¹⁵⁵.

Así, hai quen considera que se debería abrir unha acción deste tipo naqueles ámbitos en que o cidadán denuncia en defensa do patrimonio público¹⁵⁶. Tamén se sinalou a necesidade de abrir a acción pública os supostos en que se actúa en defensa de intereses colectivos ou difusos¹⁵⁷.

Non estamos de acordo. O mero feito de que a lexislación configure unha conduta como unha infracción administrativa comporta que nela está implícito un interese público, cuxa tutela calquera cidadán debería poder invocar. A doutrina actual supón pór o mundo ao revés.

A necesidade de buscar un interese propio, en definitiva, un interese privado afectado, para poder actuar plenamente no procedemento sancionador demostra unicamente a insuficiencia da tese vixente, que fai buscar unha solución de mínimos, para que polo menos cando estea afectado privadamente o cidadán poida intervir.

Agora ben, iso non pode ocultar que o principio democrático implica a participación do cidadán no exercicio das funcións públicas, o que exige que poida colaborar no establecemento das sancións administrativas polo mero feito de que o sexan,

¹⁵¹ DOMÍNGUEZ LUIS, C., "Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit.

¹⁵² DOMÍNGUEZ LUIS, C., "Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit.

¹⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., e FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 10.ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2006, p. 193. LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., p. 93.

¹⁵⁴ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, cit., p. 306.

¹⁵⁵ LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., p. 118.

¹⁵⁶ CASTILLO BLANCO, F., "Garantías del ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", cit.

¹⁵⁷ CASTILLO BLANCO, F., "Garantías del ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", cit. REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit., pp. 74-75. TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador", cit., p. 851. LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., p. 117.

xa que, se o son, é porque tutelan o interese público. Se non é así, o erro está na súa tipificación como tales.

Isto é así mesmo cando a sanción provén do control administrativo de actividades privadas. Cando o legislador establece esta fiscalización, non o fai para inmiscir a Administración en relacións privadas que non lle incumben, senón porque sen ese control público non queda ben asegurado o interese público, unha realidade, que confirma todos os días a vida social, que demostra a falta de aptitude doutras autoridades, en particular da acción xudicial, para dar tutela axeitada a estas relacións xurídicas. Só a intervención da Administración permite que se cumpran normativas que, de non mediar a súa autoridade, quedarían relegadas ao arbitrio dos cidadáns, pois non é nin eficaz nin razoable economicamente invocar a súa tutela en vía xudicial.

Isto determina a necesidade dunha acción pública que lle permita ao cidadán lograr un cumprimento que non debe estar obrigado a lograr polos seus medios privados, porque se erixiu pola autoridade da lei nunha cuestión de interese público, decisión que comporta implicitamente a conversión nunha tarefa pública que se logre o seu cumprimento.

7 Valoración final e conclusións: denuncia e interpretación do dereito pola Administración

A construción que lle nega a lexitimación ao denunciante é, parécenos, simplemente intolerable. Sempre o foi. Tiñan razón os primeiros comentaristas que sinalaron a súa contradición con elementos estruturais dun Estado democrático. Agora ben, o paso do tempo fai que sexa cada vez máis difícil de asumir.

O fondo da cuestión non é nin moito menos de natureza procedemental, como se quixo reconducir. É unha cuestión de fondo, que fai referencia á relación que actualmente debe rexer entre un cidadán e a súa Administración.

A Administración hoxe en día non é unha simple xestora dos asuntos públicos, senón tamén en moitas ocasións a autoridade que garante a satisfacción dun gran número de dereitos dos cidadáns, mediante o seu labor de control do cumprimento da lei, dereitos que, en moitos casos, polo menos para a inmensa maioría dos cidadáns, quedarían en nada sen a súa intervención, porque carece de medios para lograr o seu cumprimento.

Isto implica que neses ámbitos a Administración asume un papel de auténtica autoridade de aplicación do dereito, o que non é o mesmo que un simple xestor público. Aquí a Administración nin actúa politicamente nin xestiona asuntos públicos. Interpreta e aplica o dereito, tarefa que por definición debe ser allea a calquera intromisión de carácter político ou a criterios de mera oportunidade.

Se ao denunciante se lle nega a lexitimación, e se lle dá discrecionalidade á Administración para sancionar ou non, é porque non se toma en serio esa realidade. Esta doutrina parte da incorporación da potestade sancionadora ao instrumental de medios con que a Administración xestiona e desenvolve políticas públicas.

Regap



ESTUDOS

Esta conclusión obviamente non é correcta. A política pública neste ámbito remata cando acaba a configuración normativa das infraccións e sancións administrativas e comeza o momento da súa aplicación ao caso concreto. O propio nome “aplicación” xa o indica, é interpretación e aplicación de dereito, e ao dito réxime debe responder, o que leva consigo a plena vixencia do principio de legalidade e do resto das garantías con que a execución do ordenamento xurídico está revestida nun Estado democrático.

Bibliografía

- BASSOLS COMA, M., “Buen gobierno, ética pública y altos cargos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015.
- BAUZÁ MARTORELL, F.J., “La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Documentación administrativa*, n. 2, 2015. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10264&path%5B%5D=10761> (13 de abril de 2018).
- BELANDO GARÍN, B., “El denunciante en los procedimientos sancionadores de la Comisión Nacional del Mercado de Valores: la eventual existencia de interés legítimo. Comentario a la STS de 16 de marzo de 2016”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 6, 2017.
- CANO CAMPO, T., “La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa”, *Documentación administrativa*, n. 2, 2015.
- CASTILLO BLANCO, F., “Garantías del ciudadano al buen gobierno y a la buena administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 35, 2014.
- COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 41, 1995.
- DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n. 21, 2005.
- DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ESCRIBANO TESTAUT, P., “Comentario al art. 19 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2013.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., “La regulación de la denuncia de infracciones y delitos contra la integridad de los mercados de valores: el nuevo marco legal del «whistleblowing»”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 146, 2017.

- GALLARDO CASTILLO, M.J., “El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 179, 2016.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., e BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Derecho administrativo sancionador práctico. Vol. I. Práctica del procedimiento administrativo sancionador común*, Editorial Bosch, Barcelona, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., e FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 10.ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2006.
- GARRIDO FALLA, F., “El derecho a la prima en la multa por denuncia”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 48, 1949.
- GÓMEZ DE MERCADO, F. (coord.), *Procedimiento Administrativo Común y régimen jurídico*, 3.ª ed., Editorial Comares, Granada, 2016.
- GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Aranzadi. Pamplona, 1997.
- GÓMEZ TOMILLO, M., e SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, 3.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Comentario a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Estudios y comentarios legislativos*, Aranzadi, Pamplona, 2012.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Comentario al art. 31 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Comentario a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Estudios y comentarios legislativos*, Aranzadi, Pamplona, 2012.
- GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Posición del denunciante en el proceso contencioso-administrativo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 6, 2017.
- HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, n. 137, 1995.
- HUERGO LORA, A., “Sanciones urbanísticas”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n. 19, 2009.
- LOZANO CUTANDA, B., “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, *Revista de Administración Pública*, n. 161, 2003.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *El régimen jurídico del Nuevo procedimiento administrativo común*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- MOLTÓ DARNER, J.M., “El simple denunciante no es parte en el procedimiento administrativo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 3, 1991.
- NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 4.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo I. Parte General*, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004.
- PEÑALVER I CABRÉ, A., *La defensa de los intereses colectivos en el contencioso administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

- REBOLLO PUIG, M., “Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, *Poder Judicial*, n. 29. 1993.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., “Panorámica del Derecho Administrativo Sancionador en España”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 7, n. 1, 2005.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., e BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- REQUENA LÓPEZ, T., “¿El ocaso de la concepción del inculcado como único interesado en el procedimiento?”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 26, 1996.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte General*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- TOLA RÚA, M.A., “La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador”, *Actualidad Administrativa*, n. 31, 1999.

A adquisición de material bibliográfico e de libros científicos como negocios xurídicos non excluídos da LCSP 2017

La adquisición de material bibliográfico y de libros científicos como negocios jurídicos no excluidos de la LCSP 2017

The acquisition of bibliographical material and scientific books as legal businesses not excluded from the LCSP 2017



Regap



ESTUDIOS

JAIME PINTOS SANTIAGO

Avogado-consultor experto en contratación pública
Director do Título Propio de Especialista en Contratos Públicos da UDIMA

Funcionario de carreira en excedencia
www.jaimepintos.com

Recibido: 21/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.17>

Resumo: A cuestión formulada céntrase en se a contraprestación económica aboada pola adquisición de material bibliográfico e a adquisición de libros científicos entra ou non dentro do ámbito de aplicación obxectivo da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 (en diante, LCSP). Isto é, se lle é aplicable ou non a LCSP.

Palabras clave: LCSP, negocios excluídos, contrato subministracións, libros científicos, material bibliográfico, bibliotecas, compras públicas.

Resumen: La cuestión planteada se centra en si la contraprestación económica abonada por la adquisición de material bibliográfico y la adquisición de libros científicos entra o no dentro del ámbito de aplicación objetivo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Esto es, si le es aplicable o no la LCSP.

Palabras clave: LCSP, negocios excluidos, contrato suministros, libros científicos, material bibliográfico, bibliotecas, compras públicas.

Abstract: The question raised focuses on the economic consideration and the acquisition of bibliographic material and the acquisition of book books, are included in the site of the objective application of Law 9/2017, of November 8, Public Sector Contracts, whereby the European Parliament and Council Directives 2014/23/EU and 2014/24/EU, of 26 February 2014 (hereinafter LCSP) are transposed into the Spanish legal order. That is, if it is applicable or not to the LCSP.

Key words: LCSP, excluded businesses, contract supplies, scientific books, bibliographic material, libraries, public purchases.

SUMARIO: 1 Análise normativa da cuestión. 1.1 Análise normativa inicial. 1.2 Afondamento na análise normativa. 1.3 Análise da doutrina científica. 2 No fondo da cuestión. 3 Conclusión. 4 Recomendacións.

1 Análise normativa da cuestión

1.1 Análise normativa inicial

O artigo 2 da LCSP delimitanos o ámbito obxectivo da lei ao dicirnos no seu apartado primeiro que “*Son contratos do sector público e, en consecuencia, están sometidos a esta lei na forma e termos previstos nela os contratos onerosos, calquera que sexa a súa natureza xurídica, que celebren as entidades enumeradas no artigo 3*” e, como novidade da nova lei, que “*Se entenderá que un contrato ten carácter oneroso nos casos en que o contratista obteña algún tipo de beneficio económico, xa sexa de forma directa ou indirecta*”.

De conformidade co artigo 3 da LCSP, que regula o seu ámbito subxectivo, defínese quen ten, para os efectos de aplicación da lei, a consideración de administracións públicas, poderes adxudicadores non Administración pública e o que se denomina resto do sector público, isto é, a quen se lle aplica a norma.

Os negocios e contratos excluídos regúlanse nos artigos 4 e seguintes da LCSP. O artigo 4 recolle o réxime aplicable aos negocios xurídicos excluídos: “*As relacións xurídicas, negocios e contratos citados nesta sección quedan excluídos do ámbito desta lei, e rexeranse polas súas normas especiais, aplicándose os principios desta lei para resolver as dúbidas e lagoas que puidesen presentarse*”.

Este precepto non atopa, pola súa vez, referencias no Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas (en diante, RXLCAP).

As concordancias internas do artigo 4 na nova LCSP atopámolos nos seguintes preceptos: “*Artigo 5: Negocios xurídicos excluídos no ámbito da defensa e da seguridade. Artigo 6: Convenios e encomendas de xestión. Artigo 7: Negocios xurídicos e contratos excluídos no ámbito internacional. Artigo 8: Negocios e contratos excluídos no ámbito da investigación, o desenvolvemento e a innovación. Artigo 9: Relacións xurídicas, negocios e contratos excluídos no ámbito do dominio público e no ámbito patrimonial. Artigo 10: Negocios e contratos excluídos no ámbito financeiro. Artigo 11: Outros negocios ou contratos excluídos. Artigo 19.2: Delimitación xeral (contratos suxeitos a regulación harmonizada). Artigo 22: Contratos de servizos suxeitos a unha regulación harmonizada: limiar). Artigo 30: Execución directa de prestacións pola Administración pública coa colaboración de empresarios particulares ou a través de medios propios non personificados. Artigo 31: Potestade de autoorganización e sistemas de cooperación pública vertical e horizontal. Artigo 32: Encargos dos poderes adxudicadores a medios propios personificados. Artigo 33: Encargos de entidades pertencentes ao sector público que non teñan a*

consideración de poder adxudicador a medios propios personificados. Artigo 182: Bases do concurso (de proxectos)”¹.

E as concordancias con outras normas referéncianse en cada un dos artigos seguintes ao artigo 4, relativos aos distintos negocios e contratos excluídos.

A conclusión derivada desta primeira análise normativa é que en ningún destes preceptos aparece como negocio xurídico excluído da LCSP a adquisición de libros científicos ou a adquisición de material bibliográfico.

Pola súa parte e retomando o artigo 2 da LCSP, atopamos concordancias deste artigo co artigo 1 do RXLCAP e tamén concordancias dentro do propio texto da LCSP, por citar só as que veñen ao caso: artigo 12: Cualificación dos contratos. Artigo 19: Delimitación xeral dos contratos suxeitos a unha regulación harmonizada. Artigo 24: Réxime xurídico aplicable aos contratos do sector público. Artigo 25: Contratos administrativos. Tamén é concordante o artigo 16 LCSP ao definir os contratos de subministración; considera como tales “os que teñen por obxecto a adquisición, o arrendamento financeiro, ou o arrendamento, con ou sen opción de compra, de produtos ou bens mobles”, para precisar expresamente no seu apartado segundo que “non terán a consideración de contrato de subministración os contratos relativos a propiedades incorporais ou valores negociables”².

Pois ben, de todos os preceptos analizados non se pode, *a priori*, da súa simple lectura dilucidar nin inferir a exclusión da adquisición de material bibliográfico ou libros científicos da aplicación da actual LCSP. Tampouco atopamos visos desa exclusión despois da análise das concordancias coa Directiva 2014/24/UE (Directiva clásica de contratación pública, aludida ao inicio).

É dicir, en toda a análise normativa realizada non se atoparon argumentos xurídicos de peso (nin sen el) que nos permitan soste a exclusión dos negocios xurídicos (compras) aquí analizados, a saber, adquisición de material bibliográfico e libros científicos.

1.2 Afondamento na análise normativa

Malia o anterior, non podemos obviar unha corrente doutrinal de carácter científico e non vinculante que se posiciona na posible exclusión da aplicación da LCSP destas adquisicións de libros científicos. Neste sentido, a base xurídica que fundamenta esta posición parte do último inciso do mencionado artigo 16 da LCSP, cando, ao definir os contratos de subministracións, establece que “non terán a consideración de contrato de subministración os contratos relativos a propiedades incorporais ou valores negociables”, exclusión que manteñen *ex* artigo 9 desta norma, como logo veremos.

¹ Véxase en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, Martínez Fernández, J.M. (dir.), 4.ª ed. (2 tomos), Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, Madrid, 2017, comentario do artigo 4 realizado por De la Morena Sánchez, J., e Pintos Santiago, J., pp. 74 e 75.

² Véxase en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, cit., comentario do artigo 2, realizado por De la Morena Sánchez, J., e Pintos Santiago, J., pp. 59 e 60.

O artigo 9 regula as relacións xurídicas, negocios e contratos excluídos no ámbito do dominio público e no ámbito patrimonial.

Pero analicemos, pois, antes para máis abastamento as concordancias destes dous preceptos, en busca de referencias que nos permitan e outorguen unha maior seguridade xurídica á hora de considerar excluída da LCSP a adquisición de libros científicos e do material bibliográfico.

O artigo 16 da LCSP atopa referencias no RXLCAP no libro II, título III, “Do contrato de subministración”, así como as seguintes concordancias internas na nova lei: “Artigo 2: *Ámbito de aplicación*. Artigo 3: *Ámbito subxectivo*. Artigo 5: *Negocios xurídicos e contratos excluídos no ámbito da defensa e da seguridade*. Artigo 7: *Negocios xurídicos e contratos excluídos no ámbito internacional*. Artigo 9: *Relacións xurídicas, negocios e contratos excluídos no ámbito do dominio público e no ámbito patrimonial*. Artigo 12: *Cualificación dos contratos*. Artigo 18: *Contratos mixtos*. Artigo 19: *Delimitación xeral (Contratos suxeitos a unha regulación harmonizada)*. Artigo 21: *Contratos de subministración suxeitos a unha regulación harmonizada: limiar*. Artigo 25: *Contratos administrativos*. Artigo 27: *Xurisdición competente (apartado 1. Contencioso-administrativo)*. Artigo 29: *Prazo de duración dos contratos e de execución da prestación*. Artigo 32: *Encargos dos poderes adxudicadores a medios propios personificados*. Artigo 33: *Encargos de entidades pertencentes ao sector público que non teñan a consideración de poder adxudicador a medios propios personificados*. Artigo 44: *Recurso especial en materia de contratación: actos recorribles*. Artigo 75: *Integración da solvencia con medios externos*. Artigo 76: *Concreción das condicións de solvencia*. Artigo 87: *Acreditación da solvencia económica e financeira*. Artigo 89: *Solvencia técnica nos contratos de subministración*. Artigo 99: *Obxecto do contrato*. Artigo 101: *Valor estimado*. Artigo 103: *Procedencia e límites (Revisión de prezos nos contratos das entidades do sector público)*. Artigo 107: *Exixencia da garantía definitiva*. Libro segundo, título II, capítulo IV: *Do contrato de subministración. Disposición adicional vixésimo segunda: Contratos de subministración con empresas estranxeiras. Disposición adicional trixésimo cuarta: Contratos de subministracións e servizos en función das necesidades*. ANEXO II: *Lista de produtos considerados no artigo 21.1.a), no que se refire aos contratos de subministración adxudicados polos órganos de contratación no sector da defensa*”.³

Con respecto a outras normas, as concordancias principais que do artigo 16 da LCSP atopamos son as que seguen: 2014/24/UE (Contratación pública): “Artigo 1: *Obxecto e ámbito de aplicación*. Artigo 2: *Definicións (apartados 5, 8, 14 e 15)*. Artigo 3: *Contratación mixta*. Artigo 4: *Importes dos limiares (letras b) e c)*. Artigo 5: *Métodos de cálculo do valor estimado da contratación*. Artigo 9: *Contratos públicos adxudicados e concursos de proxectos organizados conforme normas internacionais (Exclusións)*. Artigo 17: *Contratos públicos e concursos de proxectos que impliquen aspectos de seguridade ou defensa que se adxudiquen ou organicen segundo normas internacionais*. Artigo 42: *Especificacións técnicas*. Artigo 43: *Etiquetas*. Artigo 45: *Variantes*. Artigo 62: *Normas de*

³ Véxase en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, cit., comentario do artigo 2 realizado por De la Morena Sánchez, J., e Pintos Santiago, J., pp. 123 e 124.

aseguramento da calidade e normas de xestión ambiental. Artigo 68: Cálculo do custo do ciclo de vida. Real decreto 806/2014, do 19 de setembro, sobre organización e instrumentos operativos das tecnoloxías da información e as comunicacións na Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos”⁴.

Pola súa parte, o artigo 9 da LCSP non atopa referencia no RXLCAP. As concordancias internas na nova LCSP son: Artigo 14: Contratos de concesión de obra pública. Artigo 16: Contrato de subministración (apartado 2). Artigo 34: Liberdade de pactos (apartado 2). Artigo 166: Supostos de aplicación do procedemento negociado sen publicidade (letra a) 2.º). Artigo 255: Dereitos do concesionario (de obras. Letras c) e d). Artigo 256: Obrigas do concesionario (de obras. Letra f). Artigo 270: Incorporación a títulos negociables dos dereitos de crédito do concesionario (de obra). Disposición adicional segunda: Competencias en materia de contratación nas entidades locais (apartados 9 e 10). Disposición adicional terceira: Normas específicas de contratación pública nas entidades locais (apartado 9). Disposición adicional sétima: Bens integrantes do Patrimonio Histórico Español⁵.

E as principais concordancias noutras normas atopámolos en: Directiva 2014/23/UE (Contratos de concesión): Artigo 10: Exclusiones aplicables ás concesións adjudicadas por poderes adjudicadores e entidades adjudicadoras (apartado 8 a). Directiva 2014/24/UE (Contratación pública): Artigo 10: Exclusiones específicas relativas aos contratos de servizos (apartado a). Real decreto 55/2017, do 3 de febreiro, polo que se desenvolve a Lei 2/2015, do 30 de marzo, de desindexación da economía española: Artigo 6: Supostos en que pode aprobarse un réxime de revisión periódica e predeterminada de valores monetarios en función de prezos individuais ou índices específicos de prezos (Apartado 2). Lei 16/1985, do 25 de xuño, do Patrimonio Histórico Español (Real decreto 111/1986, do 10 de xaneiro, de desenvolvemento parcial da dita lei)⁶.

Por último e neste intento de análise normativa suficientemente completa para avaliar a cuestión obxecto de estudo, analizáronse comparativamente tamén estes preceptos (arts. 2, 4, 9 e 16 da LCSP) cos seus homónimos na lexislación anterior, isto é, o Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público (en diante, TRLCSP).

O artigo 2 da LCSP atopa a súa referencia do TRLCSP tamén no artigo do mesmo numeral (2), cuxas novidades principais, para os efectos do que nos ocupa neste traballo, xa foron citadas (definición de onerosidade).

O artigo 4 da LCSP concorda coa introdución do apartado 1 e co apartado 2 do artigo 4 do TRLCSP, nos cales se advirte principalmente o cambio do verbo “regular” por “rexer”, de efecto xurídico similar en canto a determinar as normas a que deben

⁴ Véxase en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, cit., comentario do artigo 2 realizado por De la Morena Sánchez, J., e Pintos Santiago, J., pp. 123 e 124.

⁵ Véxase en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, cit., comentario do artigo 9 realizado por De la Morena Sánchez, J., e Pintos Santiago, J., p. 97.

⁶ Véxase en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, cit., comentario do artigo 9 realizado por De la Morena Sánchez, J., e Pintos Santiago, J., p. 97.

someterse as relacións xurídicas, negocios e contratos excluídos do ámbito da Lei de contratos ou o que hai que facer nos ditos casos.

O artigo 9 da LCSP atopa a súa referencia no TRLCSP no artigo 4 o) e p). Os cambios que se producen son os seguintes, aínda que ningún, como se pode comprobar, afecta á cuestión obxecto de estudo e análise de dilucidación neste traballo:

- Cámbiase o adverbio “non” poderán incluírse prestacións..., polo adverbio “só” poderán incluírse prestacións... O cambio de adverbio é radical en canto á inclusión ou non das prestacións correspondentes, polo que sería desexable precisar correctamente a intención xurídica ou, polo menos, aproximarse ao precepto das directivas, que unicamente exclúe a “adquisición ou o arrendamento (...) de terreos, edificios xa existentes ou outros bens inmobles, ou relativos a dereitos sobre estes bens”.
- Cámbiase o condicional “ou se non”, pola locución adverbial “pola súa vez”, que modifica radicalmente o sentido do precepto.
- Suprímese o inciso final do apartado p) do artigo 4 TRLCSP.

O artigo 16 da LCSP atopa a súa referencia no TRLCSP, tamén no mesmo numeral, artigo 9. Os cambios que se producen son os seguintes, os cales si denotan unha relevancia, enténdese que moi importante, para a cuestión obxecto de estudo neste traballo, relevancia que, xa poñemos de manifesto, non consiste en ningunha novidade, senón xustamente todo o contrario: en idéntica regulación con respecto á normativa anterior:

- Suprímese o inciso final deste apartado 3 a) do TRLCSP “*Non obstante, a adxudicación destes contratos efectuarase de acordo coas normas previstas no capítulo II do título II do libro III para os acordos marco celebrados cun único empresario*”.
- No apartado 3.b), sobre adquisición e arrendamento de equipos e sistemas de telecomunicacións ou para o tratamento da información, os seus dispositivos e programas, e a cesión de dereitos de uso destes últimos, prevense a consideración deste tipo de contratos como de subministración, calquera que sexa a modalidade de posta á disposición.
- Engádese un novo apartado d) referente á consideración de contrato de subministración na adquisición de enerxía, tanto primaria como transformada (ou secundaria).

Como xa se adiantou e queda posto de manifesto, o inciso do actual artigo 16 da LCSP “*non terán a consideración de contrato de subministración os contratos relativos a propiedades incorporais ou valores negociables*” non resulta ningunha novidade normativa e é transcrito exactamente igual que estaba na anterior lexislación. Polo tanto, este é un elemento normativo que neste momento do estudo se quere volver remarcar: non houbo cambios normativos con respecto á regulación anterior, xustamente na parte do precepto que se sostén como fundamento ex artigo 9 da LCSP para excluír os libros científicos da aplicación da LCSP.

1.3 Análise da doutrina científica

Pero volvamos á análise en maior profundidade da doutrina científica que sostén a posible exclusión destas compras da aplicación da LCSP. Conforme a doutrina científica que avoga pola exclusión das adquisicións de libros científicos da LCSP, fundaméntase no que segue⁷:

O artigo 10 do Real decreto lexislativo 1/1996, do 12 de abril, polo que se aproba o texto refundido da Lei de propiedade intelectual, considera que son obxecto de propiedade intelectual todas as creacións orixinais literarias, artísticas ou científicas expresadas por calquera medio ou soporte, tanxible ou intanxible, actualmente coñecido ou que se invente no futuro, comprendéndose entre elas, “os libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos e alocucións, conferencias, informes forenses, explicacións de cátedra e calquera outras obras da mesma natureza” (letra a) do apartado 1).

Continúa argumentando que, ao ser a propiedade intelectual un ben incorporeal (que, como resalta a resolución do TACRC 220/2013, do 12 de xuño de 2013, se desprega nun conxunto de dereitos de diferente signo), a compra de libros científicos polos poderes adjudicadores sería un negocio xurídico que estaría formalmente excluído das previsións da LCSP 2017, ao non ter consideración de contrato público ex artigo 9 desta norma.

Así mesmo, di que a afectación a dereitos protexidos pola normativa sobre propiedade intelectual implica que as condicións persoalísimas sexan determinantes para a selección da prestación de creación, ata o punto de que, en moitas ocasións, a publicación en cuestión xa pode vir amparada por unha protección intelectual previa (tese doutoral, artigos ou traballos de investigación). Baseándose nesta argumentación, a adquisición de coñecemento de libros científicos queda á marxe das regras e procedementos da contratación pública, aínda que en opinión de quen subscribe e en contra deste argumento concreto non esquezamos que non se está a contratar expresamente esa investigación, tese ou artigos, non se está a contratar a realización dun libro científico ou un material bibliográfico concreto, non se está a contratar a realización e adquisición específica dunha propiedade incorporeal, senón comprando unha subministración cun provedor que é certo que vende un produto protexido pola propiedade intelectual, pero un produto de mercado que está ao alcance de calquera que o desexe comprar a través dunha sorte plural de distribuidores autorizados que poden actuar en prezo de mercado e en concorrència competitiva. Está a mercar un libro no formato que sexa, xa feito, xa realizado e á venda no mercado, non compra a realización dun estudo concreto, feito á medida, por exemplo. Por outro lado, non esquezamos que a propia LCSP fai numerosas alusións á compra pública de prestacións de carácter intelectual, así como á propiedade intelectual (mesmo industrial) sen por iso, todo o contrario, consideralos excluídos do ámbito de aplicación da LCSP –véxanse preámbulo, artigos 122, 143, 145, 159, 160, 168, 177,

⁷ MORENO MOLINA, J.A., *Adquisiciones de libros científicos excluidas de la LCSP 2017*, Dispoñible na Web do Observatorio de Contratación Pública (ObCP). Dispoñible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/id.355/releategoria.121/reletemenu.3/chk.e97f8d050e5d4c2179e4d4dbed955a03d> (7 de novembro de 2018).

308 e disposición adicional cuadraxésimo primeira–, co que con esta mesma argumentación poderíamos considerar excluídas da aplicación da LCSP outras moitas prestacións e contratacións.

Sostén tamén a doutrina que, se se acode á Lei 10/2007, do 22 de xuño, da lectura, do libro e das bibliotecas, se pode atopar no seu artigo 2 unha definición de libro como “*obra científica, artística, literaria ou de calquera outra índole que constitúe unha publicación unitaria nun ou varios volumes e que pode aparecer impresa ou en calquera outro soporte susceptible de lectura. Enténdense incluídos na definición de libro, para os efectos desta lei, os libros electrónicos e os libros que se publiquen ou se difundan por Internet ou noutro soporte que poida aparecer no futuro, os materiais complementarios de carácter impreso, visual, audiovisual ou sonoro que sexan editados conxuntamente co libro e que participen do carácter unitario deste, así como calquera outra manifestación editorial*”. (Quérese facer mención neste punto concreto a que a Lei 10/2007, do 22 de xuño, da lectura, do libro e das bibliotecas, non é unha das normas que se citan na LCSP entre as concordancias con outras normas que se citan en cada un dos artigos seguintes ao artigo 4, relativos aos distintos negocios e contratos excluídos, é dicir, a norma que regula os contratos do sector público non cita expresamente entre as normas que exclúe do seu ámbito de aplicación, como si o fai respecto doutras normas, a citada Lei 10/2007).

Segue dicindo a doutrina que o artigo 9 da Lei 10/2007 establece que toda persoa que edita, importa ou reimporta libros está obrigada a establecer un prezo fixo de venda ao público ou de transacción ao consumidor final dos libros que se editen, importen ou reimporten, todo iso con independencia do lugar en que se realice a venda ou do procedemento ou operador económico a través do cal se efectúa a transacción. Co fin de garantir unha axeitada información, o editor ou importador quedará así mesmo obrigado a indicar nos libros por el editados ou importados o prezo fixo (poderíase dicir que como case calquera outro ben de mercado, aínda que, e malia ser isto así, é igualmente certo que as distintas distribuidoras aplican descontos que adoitan variar dependendo non só do punto de venda, senón tamén da forma en que se leve a cabo a distribución da adquisición bibliográfica).

Como excepcións ao prezo fixo, o artigo 11 da Lei 10/2007 admite que se poidan aplicar prezos inferiores ao de venda ao público cando o consumidor final sexan bibliotecas, arquivos, museos, centros escolares, universidades ou institucións ou centros cuxo fin fundacional sexa científico ou de investigación (posibilidades de desconto variadas que xa se puxeron de manifesto no parágrafo anterior e que ademais se dan en moitos outros produtos, obras e servizos, como calquera ben de mercado).

Esta mesma doutrina sostén, á vez, que sería recomendable a homologación da compra de libros científicos sen restrición de provedores, tal como admite a Sentenza do TXUE do 2 de xuño de 2016, no asunto C-410/14, Dr. Falk Pharma GmbH e DAK-Gesundheit, ECLI: EU: C:2016:399, que entende que non constitúe un contrato público para os efectos das directivas de contratos públicos un sistema de acordos, como o que é obxecto do litixio principal, mediante o cal unha entidade pública pretende adquirir bens no mercado contratando, ao longo de toda a vixencia

do dito sistema, con todo operador económico que se comprometa a subministrar os bens de que se trate en condicións preestablecidas, sen levar a cabo unha selección entre os operadores interesados e permitíndolles adherirse ao devandito sistema durante toda a vixencia deste. Aplicando deste xeito un criterio de racionalidade de xestión e axeitada trazabilidade, pode aconsellar a implantación dun sistema de homologación aberto a calquera provedor da Unión Europea que cumpra os requisitos que se considere oportuno establecer, como o prazo de entrega, a facturación ou os descontos [opinión que me parece do máis acertada, para respectar así a exigencia de publicidade comunitaria nos contratos de contía inferior aos limiares SARH, se o contrato ten un “interese transfronteirizo” (STUE do 16 de abril de 2015; do 2 de xuño de 2016), entendendo que a compra de material bibliográfico e libros científicos ten ese interese.

2 No fondo da cuestión

Chegados a este punto, toca facer o correspondente pronunciamento de opinión xurídica e motivada ao respecto, máis alá do xa comentado ata o momento.

1. Non se atopa no conxunto dos textos normativos analizados un pronunciamento explícito e suficientemente preciso que permita entender excluídos da LCSP con todas as salvagardas xurídicas que iso require a adquisición de libros científicos ou de material bibliográfico, xa sexa por universidades públicas, bibliotecas públicas ou similares. Ningún dos preceptos analizados así nolo di expresamente.

2. Na investigación levada a cabo non se atoparon tampouco pronunciamentos vinculantes derivados dos distintos órganos existentes con competencias para iso que permitan afirmar categoricamente a dita exclusión.

3. Existe doutrina científica non vinculante que se manifestou ao respecto desa exclusión baseándose nos argumentos transcritos neste estudo. Os argumentos que sostén foron transcritos e foron obxecto de avaliación baixo o prisma xurídico de quen subscribe.

4. Esta doutrina científica non vinculante avoga, así mesmo, por utilizar sistemas de racionalización da compra pública. Exigencia de planificación estratéxica derivada xa *ex lege* da LCSP a impor importantes límites e restricións á contratación menor (arts. 118, 28 e 29 e resto de concordantes) e, polo tanto, non aplicable exclusivamente ás adquisicións bibliográficas e de libros científicos, senón con carácter xeral á racionalización de calquera compra periódica de obra, servizo ou subministracións. Isto lévanos á conclusión de que a propia doutrina, malia esa exclusión “*formal*” (teor literal), sostén e defende unha contratación sometida aos principios xerais da contratación pública, denotando deste xeito a necesidade de aplicación dese bo criterio que é o sempiterno respecto aos principios xerais da contratación pública no seu seo.

Este é un punto onde temos que facer unha parada importante para o correcto entendemento da cuestión que nos preocupa. Cabe dicir que o que se aplica de maneira que cubra as dúbidas interpretativas e lagoas que poidan presentar as distintas

normativas reguladoras dos negocios xurídicos excluídos son os “principios”; así pois, os principios xerais da contratación pública.

Os principios xerais do dereito da Unión Europea merecen unha mención especial debido á importancia vertebral e transversal que teñen en todo o dereito da Unión Europea. Non se pode obviar e polo tanto deixar pasar, para unha completa comprensión do dereito, unha referencia ao que son e supoñen os principios xerais dentro do ordenamento xurídico europeo e tamén, como non, dentro de calquera ordenamento xurídico propio dun Estado social e democrático de dereito⁸.

Os principios xerais son o fundamento das normas, e na súa orixe representan a idea de principalidade que lles confire preferencia fronte ao resto de fontes do dereito. Teñen os seus alicerces no respecto do ser humano ou na natureza das cousas⁹, do que deriva a obrigatoria e permanente observancia de todo principio xeral do dereito¹⁰.

Por iso, os principios xerais do dereito revisten unha importancia fundamental en todo dereito e en toda rama do dereito, como a da contratación pública, xa que eles tenden a facilitar a inxerencia das normas e disposicións do seu dereito positivo a cada caso en particular, satisfán as lagoas que nestes sempre existen, e axudan a atopar novas solucións aos novos e variados problemas que a realidade e o mundo actual nos presenta para acadar os valores superiores que sempre deben informalos, e que constitúen directa ou indirectamente o Estado social e constitucional de dereito¹¹.

O TXUE, na súa misión de garante do respecto do dereito na interpretación e aplicación dos tratados, formula con moita frecuencia categorías xerais (principios) que unhas veces teñen o carácter de desenvolvemento de categorías xa contempladas normativamente, e outras, as máis, implican unha construción *ex novo* ante o silencio normativo ao respecto. Para o desenvolvemento deste labor creativo, o tribunal acode con normalidade aos dereitos dos distintos Estados membros da Unión Europea. En efecto, é doutrina reiterada polo máximo órgano xudicial europeo a que sinala que, no exercicio dos poderes que lles confiren as directivas comunitarias, os Estados membros deben respectar os principios xerais do dereito que forman parte do ordenamento xurídico comunitario (véxanse, neste sentido, as sentenzas do 8 de xuño de 2000, Schlosstrasse, C 396/98, Rec. p. I 4279, apartado 44, e do 26 de abril de 2005, Goed Wonen, C 376/02, Rec. p. I 3445, apartado 32).

Entre os moitos pronunciamentos e sentenzas ao respecto do TXUE, recollemos algunhas delas:

- Deben respectarse minimamente os principios de publicidade e concorrencia, mesmo comunitaria se o contrato ten “interese transfronteirizo”: STXCE do 18 de decembro de 2007, asunto C-220/06, Correos; STXUE do 16 de abril de

⁸ Sobre principios xerais, pode consultarse PINTOS SANTIAGO, J., *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, Editorial INAP, Colección Monografías, Madrid, 2017, 378 pp.

⁹ CASSAGNE, J.C., *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 29 e 30.

¹⁰ DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del derecho*, Bosch, Madrid, 1979, p. 149.

¹¹ LICO, M.A., “Principios generales del Derecho aplicables al Derecho administrativos y principios generales del Derecho surtidos del Derecho administrativo”, *Revista de Derecho administrativo*, n. 83, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, outubro-2012, p. 1532.

2015, asunto C-278/14 (FX 20); STXUE do 2 de xuño de 2016, entendendo quen subscribe que a compra de material bibliográfico e de libros científicos posúe ese interese.

- Cabe “certa marxe de apreciación para adoptar medidas co obxecto de garantir o respecto dos ditos principios”: STXCE do 18 de decembro de 2007, asunto C-220/06, Correos; STXUE do 16 de abril de 2015, asunto C-278/14 (FX 20). O que conclúe que a certa marxe de apreciación é en favor da aplicación dos principios xerais e non da súa inobservancia, o cal acontecería de plano se subtraemos a compra de material bibliográfico e de libros científicos da aplicación dos procedementos e principios máis rigoristas que marca a contratación pública.
- Exixencia de publicidade comunitaria nos contratos de contía inferior aos límites SARH se o contrato ten un “interese transfronteirizo”: STXUE do 16 de abril de 2015, asunto C-278/14; STXUE do 2 de xuño de 2016.

O dereito da contratación pública non é, polo tanto, unha rama nin unha materia allea aos principios xerais do dereito, polo que todos eles son aplicables, por conseguinte, ao ámbito da contratación pública e aos procedementos administrativos de adxudicación derivados das compras públicas.

Así, os poderes adxudicadores dos Estados membros deben cumprir as normas e principios do TFUE en todas as adxudicacións de contratos públicos. Estes principios inclúen a libre circulación de mercadorías, o dereito de establecemento, a libre prestación de servizos, a non discriminación e a igualdade de trato, a transparencia, a proporcionalidade¹², o recoñecemento mutuo¹³, a publicidade e a concorrencia competitiva.

A importancia que hoxe revisten os principios xerais deriva, entre outras razóns, da inseguridade xurídica que xera a enorme corrente modificadora das normas e a dispersión lexislativa que iso supón, de forma que moitas veces se tornan no instrumento idóneo para resolver o caso concreto. De aí deriva tamén a importancia da súa positivización no dereito escrito, a prol desa maior seguridade xurídica, e de aí deriva o acerto de utilízalos polo lexislador e os aplicadores da norma como resolutorios das dúbidas e lagoas que se poidan formular noutros textos legais reguladores dos negocios excluídos da Lei de contratos do sector público.

Por iso e como engadido aos argumentos ata agora xa manifestados, en opinión de quen subscribe este traballo, estes principios son os que no caso concreto que nos ocupa nos orientan tamén cara á non exclusión da LCSP da adquisición de libros científicos e material bibliográfico.

5. Outro elemento destacable e obxectivo é a non modificación da LCSP con respecto á normativa anterior, no aspecto concreto que sería obxecto de aplicación e argumento para excluír estas compras da aplicación da LCSP.

¹² Sentenza TXUE do 11 de xullo de 1989, asunto 265/87, apartado 21.

¹³ Principios recollidos na Comunicación interpretativa da Comisión Europea sobre o dereito comunitario aplicable na adxudicación de contratos non cubertos ou só parcialmente cubertos polas directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02).

É dicir, a expresión do artigo 16 da LCSP “*non terán a consideración de contrato de subministración os contratos relativos a propiedades incorporais ou valores negociables*” non sufriu no seu teor literal variación ningunha na LCSP en relación co TRLCSP. Tampouco a tivo o artigo 9 para entender excluídas estas adquisicións. É dicir, non houbo cambios no teor literal e tampouco se pode considerar, á vista da análise normativa que se realiza neste traballo, un cambio de orientación por parte do lexislador en canto á non inclusión de compra ou adquisición de material bibliográfico e libros científicos no ámbito obxectivo de aplicación da LCSP.

Da propia redacción do artigo 16 LCSP son varios os casos que poden subsumirse na noción do contrato de subministracións¹⁴, que é a que agora nos interesa, ou polo menos nunha noción ampla desta, iso tendo en conta de que o dito contrato non encerra unha soa figura xurídica, senón que adoita presentarse como un contrato mixto, combinando máis ou menos intensamente os elementos derivados doutras clases de contratos¹⁵. Este podería ser precisamente o caso da adquisición de material bibliográfico e libros científicos.

Non obstante, á marxe das discusións que xiran arredor do concepto do contrato de subministracións, ben podemos dicir que a súa noción abrangue sempre a compra ou adquisición de toda clase de bens mobles por parte da Administración¹⁶, mesmo aínda que tal contrato leve consigo de xeito accesorio obras de colocación ou de instalación, na medida en que o peso específico desta actuación (o seu valor poderíamos pensar) sexa inferior ao valor dos bens mobles adquiridos ou a prover a Administración¹⁷.

Desta forma, a noción do contrato administrativo de subministracións pivota sobre a xenérica adquisición de bens mobles¹⁸, por exemplo material bibliográfico; e os que tradicionalmente foron denominadas subministracións propias, relacionadas con satisfacción de necesidades duradeiras mediante a realización de entregas sucesivas de bens mobles cuxa contía se vai determinar en función das necesidades do adquirente sobrevidas na fase de execución do contrato¹⁹, pasaron a ser un suposto máis ou unha manifestación típica do devandito contrato.

¹⁴ Pode verse LICO, M.A., e PINTOS SANTIAGO, J., “Algunas ideas sobre el contrato administrativo de suministros en el Derecho administrativo argentino a propósito del Derecho comparado”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n. 142, Editorial Wolters Kluwer-La Ley, marzo-abril de 2016, pp. 90-98. Estudo froito do cal son as reflexións que seguen a continuación neste traballo ao respecto da conceptualización do contrato de subministración.

¹⁵ VILLAR PALASÍ, J.L., e VILLAR EZCURRA, J.L., *Principios de Derecho Administrativo. Contratación Administrativa*, Tomo III, Editorial Universidade de Madrid, Facultade de Dereito, Sección Publicacións, Madrid, 1983, p. 360.

¹⁶ GILAVERT CERVERA, M.Á., *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Editorial Thomson-Aranzadi, Madrid, 2002, p. 1483; BENÍTEZ LÓPEZ, M., *Contrato Administrativo de Suministro y Centralización de las Compras Públicas*, Editorial Atelier, Madrid, 2000, p. 73; etc.

¹⁷ HERVÁS MÁZ, J., “El Contrato de Suministros”, *La Contratación de las Administraciones Públicas Ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 722-723.

¹⁸ GILAVERT CERVERA, M.Á., *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1483.

¹⁹ RIVERO YSERN, J.L., *El Contrato Administrativo de Suministro*, Edicións do Instituto García Oviedo, Universidade de Sevilla, Madrid, 1976, p. 77.

Recordemos que, para este autor, o contrato de subministración é aquel acordo de vontades en virtude do cal unha das partes, subministrante, se compromete a asegurarlle á outra, subministrado, a satisfacción dunha necesidade duradeira, mediante entregas sucesivas de bens mobles, cuxa contía se vai determinar en función das necesidades do adquirente sobrevidas na fase de execución do contrato.

Baseándose no antes dito, podemos xa adiantarnos a definir o contrato de subministracións como o contrato administrativo por medio do cal a Administración pública obtén a provisión de cousas mobles co alcance que enunciámos, a cambio dun prezo certo, cuxas entregas se poden realizar dunha soa vez ou en períodos sucesivos²⁰, e que se atopa sometido, como todo contrato administrativo, a todo un sistema de dereito administrativo, cuxo obxectivo e finalidade primordial é tratar de lograr un equilibrio xusto entre as prerrogativas outorgadas á Administración para a defensa dos intereses xerais da comunidade e os dereitos e liberdades dos particulares²¹.

Precisamente, tendo en conta o antes sinalado, a doutrina española fálanos da existencia de seis clases de contratos de subministracións: 1. Subministracións de contía determinada ou “pechados”: os relativos a bens definidos de antemán, tanto nas súas características e prezos unitarios como na súa contía e gastos totais; 2. Subministracións de contía indeterminada ou “abertos”: aqueles cuxo obxecto consista na entrega sucesiva de bens, mediante prezos unitarios, sen que inicialmente estea definida a súa contía total, quedando esta supeditada ás necesidades da Administración durante o período de vixencia do contrato; 3. Subministracións con fabricación: aqueles contratos en que o ben a subministrar debe ser elaborado de acordo con determinadas características fixadas previamente pola Administración; 4. Subministracións con instalación: aqueles contratos en que o contratista se compromete a realizar, como parte do mesmo obxecto contractual, determinadas obras accesorias de instalación e montaxe dos bens a subministrar; 5. Subministracións menores: subministracións cuxa contía sexa inferior na actualidade a 15.000 euros de valor estimado; e 6. Subministracións de equipos e sistemas informáticos: a lei asimila o contrato de subministración non só á adquisición de equipos e sistemas para o tratamento da información, senón, á vez, ao seu arrendamento e á cesión do dereito de uso dos programas informáticos, e mesmo lle confire a consideración de subministración ao mantemento dos equipos e programas, cando se contrate conxuntamente coa adquisición ou o arrendamento principal²².

Finalmente, e en certo xeito seguindo a idea de pensamento antes mencionada, é de destacar que a nova Directiva N.º 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello do 26 de febreiro de 2014 sobre “contratación pública” e pola que se derroga a Directiva N.º 2004/18/CE, define o contrato de subministracións como o contrato cuxo obxecto sexa a compra, o arrendamento financeiro, o arrendamento ou a venda a prazos, con ou sen opción de compra, de produtos, aclarando, pola súa vez, que o contrato de subministracións poderá incluír, de forma accesorio, operacións de colocación e instalación.

Polo tanto, a nota esencial da figura do contrato de subministracións non vai ser o da entrega sucesiva de bens, nin tampouco a indefinición da contía dos bens a

²⁰ SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Clásicos Jurídicos Uruguayos, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, p. 105.

²¹ Para aprofundar neste tema, ver o traballo de BARRA, R.C., *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, en especial as súas pp. 168-218.

²² VELÁZQUEZ CURBELO, F., *Manual Práctico de Contratación Administrativa*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 27-28.

entregar, nin as denominadas adquisicións en masa de bens, senón a adquisición de bens mobles por vía contractual, xa implique venda ou arrendamento, ou calquera outro negocio que envolva a adquisición destes bens pola Administración, xa se realice mediante tracto sucesivo ou en tracto único, mesmo aínda que leve consigo de xeito accesorio, e como se viu, obras de colocación ou de instalación respecto destes e de contía menor respecto dos produtos a subministrar á Administración.

En efecto, para que se estea en presenza dun contrato administrativo de subministracións non é preciso, de ningún xeito, que a prestación a cargo do contratante se ache constituída por entregas sucesivas ou continuadas, como nalgún momento soubo soste a doutrina²³; basta cunha entrega única. Por conseguinte, o contrato administrativo de subministracións non require, indispensablemente, que as prestacións do contratista sexan de tracto sucesivo, xa que pode existir tal contrato aínda que o seu cumprimento se opere e esgote instantaneamente, cunha soa prestación ou entrega²⁴.

Non obstante, o que necesaria e indubidablemente require este contrato, como xa quedou oportunamente indicado, é que este se refira ou centre sempre na provisión ou entrega de cousas mobles²⁵, co alcance e a extensión que a esa locución lle dá o noso Código civil, posto que o contrato polo cal se transfire o dominio dun inmovible non sería subministración, senón compravenda, suxeita por conseguinte a outro réxime xurídico²⁶.

En definitiva, crese poder afirmar hoxe en día, a falta dun pronunciamento vinculante e que outorgue seguridade xurídica, que a compra de material bibliográfico, incluídos os libros científicos, é e obedece ao réxime xurídico aplicable aos contratos de subministracións recollidos na LCSP ou, dito doutro xeito, se antes estas compras de material bibliográfico e libros de científicos non eran negocios xurídicos excluídos da aplicación das normas de contratación pública (nin sequera se facía esta formulación teórica e práctica), por que agora si han de selo se a LCSP de 2017 non tivo cambios ao respecto no seu teor literal, nin no seu sentido interpretativo, incluído o teleolóxico ou finalista. Pola aplicación dos límites á contratación menor? Non procede.

Procede a planificación, programación e racionalización da compra pública respectando os procedementos e principios xerais de aplicación á contratación pública.

Xa que logo, en opinión de quen subscribe, non se atopan argumentos xurídicos suficientes para manter a afirmación de que estas adquisicións están excluídas do ámbito de aplicación da LCSP, todo iso sen prexuízo do pronunciamento vinculante ou interpretativo que poida darse nun futuro polos órganos que teñen atribuída a dita competencia, pronunciamento que ata a data non se produciu.

²³ RIVERO YSERN, J.L., *El Contrato Administrativo de Suministro*, cit., pp. 77 e ss.

²⁴ MARIENHOFF, M.S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III - B, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 667.

²⁵ Ben se dixo que o común denominador de todas estas caracterizacións é o intercambio da cousa ou ben por prezo, e a cualificación do obxecto como de carácter mobiliario (DELPIAZZO, C.E., *Contratación Administrativa*, Universidade de Montevideo, Facultade de Dereito, Montevideo, 1999, p. 323).

²⁶ MARIENHOFF, M.S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 665.

3 Conclusión

As compras de material bibliográfico por un suxeito comprador incluído no ámbito de aplicación subxectiva da LCSP, incluídos os libros científicos, son e obedecen neste momento ao réxime xurídico aplicable aos contratos de subministracións recollidos na LCSP, de maneira que non son negocios ou contratos excluídos da aplicación desta normativa.

4 Recomendacións

Primeira. Ser cauto e garantista na aplicación dos principios e procedementos máis rigoristas que recolle a LCSP e resto de normativa de contratación administrativa e non deixar de aplicar aos negocios xurídicos obxecto de análise neste estudo (adquisición de material bibliográfico e libros científicos) a LCSP e resto de normativa concordante, polo menos ata que haxa un pronunciamento vinculante realizado por un órgano con competencia que sexa suficientemente garantista das responsabilidades que derivan da xestión dos fondos públicos e dos contratos administrativos para as persoas e órganos que as teñen encomendadas, todo iso en virtude e aplicación da doutrina e xurisprudencia comunitaria e nacional.

Segunda. Traballar no seo das organizacións cara á racionalización da compra pública a través da implantación de sistemas dinámicos de adquisición, creando unha categoría específica de adquisicións bibliográficas dentro dun sistema orientado á compra de subministracións, de maneira que permita abastecerse destes fondos bibliográficos sen a problemática derivada da contratación menor, entre eles os límites temporais, de contía, provedor, fraccionamento do obxecto do contrato, etc., e con pleno respecto aos procedementos e principios que esta recolle.

Terceira. Mentres non se instaure un procedemento de contratación a través dun sistema dinámico de adquisición de subministracións que permita satisfacer esta necesidade, empregar os procedementos aberto, aberto simplificado (art. 159 LCSP) e aberto simplificado abreviado (art. 159.6 LCSP) para a realización destas compras e adquisicións públicas.

Bibliografía

- AA.VV., *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, Martínez Fernández, J.M., e Bocos Redondo, P. (dirs.), 4.^a ed. (2 tomos), Editorial Wolters Kluwer-LALEY, Madrid, 2017.
- BARRA, R.C., *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980.
- BENÍTEZ LÓPEZ, M., *Contrato Administrativo de Suministro y Centralización de las Compras Públicas*, Editorial Atelier, Madrid, 2000.

regap



ESTUDIOS

- CASSAGNE, J.C., *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del derecho*, Bosch, Madrid, 1979.
- DELPIAZZO, C.E., *Contratación Administrativa*, Universidade de Montevideo, Facultade de Dereito, Montevideo, 1999.
- GILAVERT CERVERA, M.Á., *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Editorial Thomson-Aranzadi, Madrid, 2002.
- HERVÁS MÁZ, J., “El Contrato de Suministros”, *La Contratación de las Administraciones Públicas Ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2008,
- LICO, M.A., “Principios generales del Derecho aplicables al Derecho administrativo y principios generales del Derecho surgidos del Derecho administrativo”, *Revista de Derecho Administrativo*, n. 83, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, outubro-2012.
- LICO, M.A., e PINTOS SANTIAGO, J., “Algunas ideas sobre el contrato administrativo de suministros en el Derecho administrativo argentino a propósito del Derecho comparado”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n. 142, Editorial Wolters Kluwer-La Ley, marzo-abril de 2016.
- MARIENHOFF, M.S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III - B, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- MORENO MOLINA, J.A., *Adquisiciones de libros científicos excluidas de la LCSP 2017*, Disponible na web do Observatorio de Contratación Pública (ObCP). Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.355/relicategoria.121/reلمenu.3/chk.e97f8d050e5d4c2179e4ddb955a03d> (7 de novembro de 2018).
- PINTOS SANTIAGO, J., *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, Editorial INAP, Colección Monografías, Madrid, 2017.
- RIVERO YSERN, J.L., *El Contrato Administrativo de Suministro*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidade de Sevilla, Madrid, 1976.
- SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Clásicos Jurídicos Uruguayos, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.
- VELÁZQUEZ CURBELO, F., *Manual Práctico de Contratación Administrativa*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- VILLAR PALASÍ, J.L., e VILLAR EZCURRA, J.L., *Principios de Derecho Administrativo. Contratación Administrativa*, Tomo III, Editorial Universidade de Madrid, Facultade de Dereito, Sección Publicacións, Madrid, 1983.

Anexo 1. Lexislación

Real decreto lexislativo 1/1996, do 12 de abril, polo que se aproba o texto refundido da Lei de propiedade intelectual.

Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas.

Lei 10/2007, do 22 de xuño, da lectura, do libro e das bibliotecas.

Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público.

Directiva N.º 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello do 26 de febreiro de 2014 sobre “contratación pública” e pola que se derroga a Directiva N.º 2004/18/CE.

Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014.

Anexo 2. Xurisprudencia

TXUE

STXUE do 11 de xullo de 1989, asunto C-265/87.

Sentenza do 8 de xuño de 2000, asunto C-396/98, Schlosstrasse.

Sentenza do 26 de abril de 2005, asunto C-376/02, Goed Wonen.

Sentenza do 18 de decembro de 2007, asunto C-220/06, Correos.

Sentenza do 16 de abril de 2015, asunto C-278/14.

Sentencia do 2 de xuño de 2016, asunto -C410/14, Dr Falk Pharma GmbH e DAK-Gesundheit.

Resolucións de tribunais administrativos

Resolución do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais 220/2013, do 12 de xuño de 2013.

Anexo 3. Siglas

FX: Fundamento xurídico.

LCSP: Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014.

RXLCAP: Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas.

SARH: Suxeito a regulación harmonizada.

STXCE: Sentenza do Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea.

STXUE: Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

TFUE: Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

TXUE: Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

TRLSP: Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público.

Regap



ESTUDOS

Regap

Comentarios e crónicas

2

A casación ante o Tribunal Federal Contencioso-Administrativo alemán

La casación ante el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo alemán

The appeal on points of law before the German Federal Administrative Court



FRANK JOSEF FISCHER

Magister Artium en Ciencias Políticas, Dereito e Informática
Universidade de Passau
Máster en Dereito das Administracións e Institucións Públicas
Universidade de Santiago de Compostela
fjf285@me.com

Recibido: 08/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.35>

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Resumo: Este texto resume os aspectos máis relevantes da casación na xurisdición contenciosa alemá (*Revision*), incluído o recurso de queixa contra a inadmisión, despois dunha breve mirada aos órganos desta orde xurisdiccional.

Palabras clave: Casación, contencioso-administrativa, Alemaña.

Resumen: Este texto resume los aspectos más relevantes de la casación en la jurisdicción contenciosa alemana (*Revision*), incluido el recurso de queja contra la inadmisión, después de una breve mirada a los órganos de este orden jurisdiccional.

Palabras clave: Casación, contencioso-administrativa, Alemania.

Abstract: The text sums up the most relevant aspects of the contentious administrative cassation appeal, or appeal on points of law (*Revision*) in Germany, including the appeal against refusal of leave to appeal (*Nichtzulassungsbeschwerde*), preceded by a brief look at Germany's three-level administrative court system.

Key words: Appeal on points of law, administrative, Germany.

SUMARIO: 1 Os órganos xurisdiccionais contencioso-administrativos alemáns. 1.1 Os tribunais contencioso-administrativos (VG). 1.2 Os tribunais superiores contencioso-administrativos (OVG/VGH). 1.3 O Tribunal Federal Contencioso-Administrativo (BVerwG). 1.4 O Senado Común dos cinco tribunais federais (GmS-OGB). 2 A casación (*Revision*). 2.1 Introducción. 2.2 Comprobación de admisibilidade e fundamentación do recurso de queixa polo BVerwG. 2.2.1 Admisibilidade do recurso de queixa contra a inadmisión. 2.2.2 Fundamentación do recurso de queixa contra a inadmisión. 2.2.2.1 Relevancia fundamental do asunto, § 132 II Nr. 1 VwGO (*Grundsatzrüge*). 2.2.2.2 Apartamento, § 132 II Nr. 2 VwGO

(*Divergenzrüge*). 2.2.2.3 Vicio de procedemento, § 132 II Nr. 3 VwGO (*Verfahrensrüge*). 2.2.3 Resolución. 2.3 O procedemento de casación. 2.3.1 Admisibilidade da casación, § 143 VwGO. 2.3.2 Fundamentación da casación. 2.3.2.1 Delimitación da potestade de control do Tribunal Federal. 2.3.2.2 Vulneración de "dereito revisable". 2.3.2.3 Sentenza *baseada* nunha vulneración de dereito revisable. 2.3.3 O contido da resolución do tribunal de casación, § 144.

1 Os órganos xurisdicionais contencioso-administrativos alemáns

Os tribunais da orde xurisdiccional contencioso-administrativa están organizados en tres niveis segundo o artigo 2 da Lei da xurisdición contencioso-administrativa alemá (§ 2 *Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO¹): os tribunais contencioso-administrativos (*Verwaltungsgerichte*, VG) e os tribunais superiores contencioso-administrativos (*Oberverwaltungsgerichte*, OVG ou *Verwaltungsgerichtshöfe*, VGH) ambos os dous nos estados federados (*Länder*) e o Tribunal Federal Contencioso-Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*, BVerwG) a nivel federal (*Bund*).

1.1 Os tribunais contencioso-administrativos (VG)

A competencia en primeira instancia, para a maioría dos asuntos xurídico-públicos non constitucionais, é dos tribunais contencioso-administrativos (VG). O seu establecemento corresponde á lexislación dos estados federados. Os 51 *Verwaltungsgerichte* que existen actualmente en Alemaña divídense en seccións ou cámaras (*Kammern*), que se compoñen de tres xuíces profesionais e dous xuíces honoríficos² ou leigos³, salvo que decida un único xuíz (§ 5 VwGO). Por regra xeral, a sección (*Kammer*) transfire a un dos seus xuíces os asuntos que non presenten especiais dificultades fácticas ou xurídicas e non teñan relevancia fundamental (§ 6 VwGO).

1.2 Os tribunais superiores contencioso-administrativos (OVG/VGH)

Cada estado federado (*Land*) dispón dun tribunal superior contencioso-administrativo, coa excepción de Berlín e Brandeburgo, que comparten un tribunal desde o ano 2005. Na súa maioría denomínanse *Oberverwaltungsgericht* (OVG). En Baden-Württemberg, Baviera e Hessen reciben o nome de *Verwaltungsgerichtshof* (VGH), sen diferenciarse en canto á atribución de competencias. Dos quince tribunais, nove

¹ Os artigos ou parágrafos (*Paragraphen*) da Lei de xurisdición contencioso-administrativa alemá (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO) teñen como símbolo o signo "§". Os artigos que se citan neste texto pertencen á VwGO se non se sinala o nome doutra lei.

² Para as posturas históricas a favor e en contra da institución, véxase GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., "Sistema General de la impugnación de la actuación administrativa en el derecho alemán", Rosado Pacheco, S. (coord.), *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 147 e ss.

³ Ser xuíz honorífico ou leigo (*ehrenamtlicher Richter*) non require formación xurídica. A súa participación no proceso ten como fin fortalecer a confianza da sociedade na xurisprudencia e a de achegar experiencia non xurídica ás resolucións xudiciais. Atópase regulado nos §§ 19ff. VwGO.

teñen a súa sede nunha cidade diferente á capital do estado federado. Deste xeito, a separación de poderes atopa a súa expresión tamén nunha separación xeográfica entre o tribunal e o goberno e parlamento rexionais. As seccións dos tribunais superiores contencioso-administrativos chámanse senados (*Senate*) e compóñense de tres xuíces, aínda que a lei permite que os estados federados establezan na súa lexislación unha composición de cinco xuíces, dos cales dous poden ser xuíces honoríficos. Mesmo cabe a posibilidade de compor senados de sete xuíces, dos cales dous serán honoríficos, para os asuntos en que o OVG decide en primeira instancia. Aínda que a súa principal función sexa a de instancia dos recursos de apelación e de queixa, tamén lles corresponde a decisión sobre a validez de estatutos urbanísticos e outras normas de dereito do estado federado con rango inferior á lei (§ 47 I), a decisión sobre demandas contra prohibicións de asociacións (§ 48 II), así como a decisión en primeira instancia sobre asuntos de grande envergadura técnica (como, p. ex., en materia de plantas nucleares, plantas de incineración de residuos, construción de aeroportos, etc., § 48 I).

1.3 O Tribunal Federal Contencioso-Administrativo (BVerwG)

A diferenza do modelo español, cun único Tribunal Supremo na cúspide do poder xudicial e articulado en salas, o primeiro parágrafo do artigo 95 da Constitución alemá (*Grundgesetz*, GG) contén o mandato de instituír cinco tribunais supremos (*oberste Gerichtshöfe*), un para cada orde xurisdiccional: para a orde xurisdiccional ordinaria (civil e penal) o Bundesgerichtshof (BGH) con sede en Karlsruhe, para a orde xurisdiccional financeira o Bundesfinanzhof (BFH) en Múnic, para o laboral o Bundesarbeitsgericht (BAG) con sede en Erfurt, para o social o Bundessozialgericht (BSG) en Kassel e, por último, para a orde xurisdiccional contencioso-administrativa o Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) con sede en Leipzig. Este dispón actualmente de 55 xuíces que exercen as súas funcións en trece seccións (*Senate*) das cales dez delas se dedican aos recursos de casación (*Revision*), dúas son seccións militares e unha está dedicada a resolver nos casos en que unha Administración pública se negue a presentar determinados expedientes ao tribunal. Nas seccións de casación (*Revisionsenate*) deciden cinco ou seis xuíces. Adicionalmente, a Lei de xurisdición contencioso-administrativa alemá regula a creación dunha sección conxunta ou gran senado (*Großer Senat*), cuxa función é resolver se un *Senat* ten a intención de apartarse dunha resolución doutro, ou da sección conxunta (§ 11 II).

1.4 O Senado Común dos cinco Tribunais Federais (GmS-OGB)

Outro órgano distinto é o Senado Común dos cinco Tribunais Federais (*Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*, GmS-OGB), con sede en Karlsruhe, igual que o BGH. O seu labor é decidir cando un dos cinco tribunais federais ten a intención de apartarse dunha resolución doutro tribunal federal ou do senado común, é dicir “salvaguardar a unidade da xurisprudencia”, como sinala a Constitución no seu artigo

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

95 III GG. Non se trata dun tribunal, senón dun órgano de intermediación entre os tribunais federais.

2 A casación (*Revision*)

2.1 Introducción

A casación ante o Tribunal Federal Contencioso-Administrativo (BVerwG) é de especial transcendencia. Como última instancia na xurisdición contenciosa, a súa función é o control de sentenzas do OVG/VGH, e excepcionalmente na casación de salto de sentenzas do VG, unicamente no seu aspecto xurídico. Deste xeito serve tanto para a protección xurídica dos cidadáns como para vincular o executivo e o poder xudicial á lei e ao dereito (artigo 20 III GG) e especialmente contribúe a manter a unidade da xurisprudencia e ao desenvolvemento do dereito⁴.

A casación require, en calquera caso, a súa admisión previa. Para esta, o § 132 prevé dúas formas: o OVG/VGH pódela incluír na súa sentenza ou o BVerwG pode admitir a casación no recurso de queixa do recorrente contra a inadmisión. O § 135 engade outra vía para aqueles casos en que o asunto non chega ao OVG porque unha lei federal exclúe o recurso de apelación⁵. Aquí o Tribunal Contencioso-Administrativo (VG) pode admitir a casación ou, no caso contrario, cabe de novo o recurso de queixa contra a inadmisión ante o BVerwG. Se o OVG admite a casación, o BVerwG examinará se esta é admisible e fundada. Non obstante, na maioría dos casos o OVG non admite a casación mediante unha resolución que non require motivación⁶. Entón o BVerwG valorará primeiro se o recurso de queixa contra a inadmisión é, pola súa vez, admisible e fundado.

2.2 Comprobación de admisibilidade e fundamentación do recurso de queixa polo BVerwG

2.2.1 Admisibilidade do recurso de queixa contra a inadmisión

O primeiro requisito do § 133 I é que a casación non fose admitida. Equipáranse á falta de admisión os casos de falta de resolución ao respecto⁷. Os lexitimados para presentar a queixa son as partes da instancia inferior⁸. É o BVerwG o que ten a competencia exclusiva para o recurso de queixa contra a inadmisión (§ 49 Nr. 3). Non obstante, o escrito do recurso ha de ser presentado de forma escrita (ou electrónica, § 55 a) por un avogado ante o tribunal cuxa resolución se pretenda impugnar, §

⁴ GEIS, M.E., e THIRMEYER, St., "Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess", *JuS*, 2013, S. 799; KOPP, F.O., e SCHENKE, W.-R., *VwGO*, 24. Aufl, 2018, § 132 Rdnr. 1.

⁵ Para exemplos de exclusión da apelación, véxase KOPP, F.O., e SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., §135 Rdnr. 1.

⁶ KUHLA, W., e HÜTTENBRINK, J., *Der Verwaltungsprozess*, 1995, S. 184, Rdnr. 57.

⁷ KOPP, F.O., e SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., §1 33 Rdnr. 2.

⁸ *Ibidem*, § 133 Rdnr. 3.

133 II. O mesmo precepto concede para presentar a queixa un prazo dun mes desde a notificación da sentenza íntegra. A falta dunha correcta indicación dos recursos procedentes, o prazo será dun ano, como indica o § 58. A interposición do recurso de queixa impide que a sentenza se converta en firme (§ 133 IV VwGO). No escrito, ademais, debe identificarse a sentenza impugnada. Porén, non é necesario nomear a razón ou o motivo para recorrer neste momento⁹. Para a motivación da queixa, o prazo é de dous meses desde a notificación da sentenza (§ 133 III S.1). A dita motivación debe conter unha razón concreta para a admisión¹⁰. O recorrente debe detallar a relevancia fundamental do asunto, é dicir, expor que unha determinada cuestión de dereito federal require ser aclarada e, pola súa vez, a razón pola que cabe esperar que esta aclaración resulte da casación¹¹. Para este efecto, o recorrente debe afondar nos motivos da sentenza impugnada e mostrar que a queixa se basea na súa profunda análise¹². Para cumprir este requisito, non é suficiente presentar un escrito extenso se este se presenta nunha forma “pouco clara”, “mal estruturada” e mesturando “cuestións irrelevantes”¹³. Se o tribunal *a quo* non estima o recurso, resolverao o BVerwG. Se este o rexeita, a sentenza adquire firmeza (§ 133 V S. 3 VwGO).

2.2.2 Fundamentación do recurso de queixa contra a inadmisión

Para que a queixa se considere fundada, segundo o § 133 III S. 3, ten que darse un dos tres supostos de admisión do § 132 II, detallados a continuación. Do exame destes requisitos hai que separar estritamente a predición sobre as posibilidades de que a casación sexa estimada. Estas non deben entrar na decisión sobre a admisión¹⁴.

2.2.2.1 Relevancia fundamental do asunto, § 132 II Nr. 1 VwGO (*Grundsatzrüge*)

Co primeiro modo do recurso alégase a relevancia ou significado fundamental do asunto¹⁵. O recorrente ha de sinalar con exactitude a cuestión xurídica a aclarar e razoar por que é considerada de carácter fundamental¹⁶. Tamén debe indicar por que desta cuestión xurídica depende a resolución e por que cabe agardar a súa aclaración no recurso de casación¹⁷. Adicionalmente debe detallarse por que se considera errónea a opinión xurídica do tribunal na cal se basea a sentenza¹⁸. Para argumentar o carácter fundamental (*grundsätzlich*) da respectiva cuestión xurídica, hai que indicar

⁹ *Ibidem*, § 133 Rdnr. 5.

¹⁰ *Ibidem*, § 130 Rdnr. 14.

¹¹ GEIS, M.E., e THIRMAYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, cit., S. 800, apuntan á xurisprudencia consolidada desde BVerwGE 13, 90 (91) tamén en: *NJW* 1962, 218.

¹² KOPP, F.O., e SCHENKE, W. -R., *VwGO*, cit., § 133 Rdnr. 14.

¹³ BVerwG, *NJW* 1996, 1554, caso dun recurso de queixa extenso (678 pp.) e inadmisíbel por falta de claridade.

¹⁴ Sentenza do Tribunal Constitucional alemán, BVerfG, *NVwZ* 1993, 358.

¹⁵ O § 132 II Nr. 1: “grundsätzliche Bedeutung”.

¹⁶ *NJW* 1994, 144, *NVwZ* 1984, 103; 2011, 434; KOPP, F.O., e SCHENKE, W. -R., *VwGO*, cit., 133, 15.

¹⁷ DVBI 1993, 50; *NVwZ* 2011, 430; 2011, 435; KOPP, F.O., e SCHENKE, W. -R., *VwGO*, cit.

¹⁸ *NJW* 1993, 2825.



por que o seu alcance supera o caso concreto, así como a razón pola que se precisa a aclaración por parte do alto tribunal para manter a unidade da xurisprudencia ou para un significativo desenvolvemento do dereito¹⁹.

2.2.2.2 Apartamento, § 132 II Nr. 2 VwGO (*Divergenzrüge*)

A función principal da admisión por apartamento é manter a unidade da xurisprudencia e, en consecuencia, a seguridade xurídica. Ao mesmo tempo permite un “desenvolvemento ordenado do dereito”²⁰. O punto de referencia son, ou ben as resolucións do BVerwG – caso en que o apartamento dunha das seccións ou senados é suficiente –, ou do Senado Común dos Tribunais Federais (GmS-OGB, véxase arriba 1.4), ou do Tribunal Constitucional (BVerfG). A resolución impugnada debe estar baseada neste apartamento. O recorrente non só ten que identificar a resolución impugnada, senón que tamén debe confrontar a *ratio decidendi* (*Rechtssatz*) das dúas resolucións contradictorias. Para iso, debe indicar con exactitude tanto o argumento xurídico abstracto en que se basea a resolución impugnada como aquel en que se basea a resolución da que esta se aparta. Ademais, debe sinalarse en que consiste a discrepancia²¹. Esta confrontación é imprescindible²². Na práctica, a maioría dos recursos de queixa por apartamento fracasan por basearse soamente no argumento de que o OVG/VGH tería que ter chegado a un resultado diferente se tivese considerado os principios xurídicos establecidos na xurisprudencia dos máis altos tribunais alemáns²³.

Unha queixa por apartamento baseada na aplicación errónea dunha norma procesual contén ao mesmo tempo unha queixa por vicio de procedemento no sentido do § 132 II Nr. 3 VwGO. Se non cumpriren os requisitos dunha queixa por apartamento, debe ser tratada como se dunha queixa por vicio de procedemento se tratase²⁴.

2.2.2.3 Vicio de procedemento, § 132 II Nr. 3 VwGO (*Verfahrensrüge*)

Para que o recurso de queixa teña éxito segundo o suposto do § 132 II Nr. 3, o recorrente debe indicar os feitos que dan por resultado o vicio de procedemento. Ademais, debe alegar en que medida a sentenza pode estar baseada neste vicio e como podería ter sido máis favorable para o recorrente de non se ter dado o dito vicio²⁵.

A sentenza sempre se considerará baseada no vicio se se dá un dos seis chamados “motivos absolutos de revisión” enumerados no § 138: (1) O tribunal que coñeceu do asunto non estaba composto debidamente; (2) Na resolución participou un xuíz que estaba excluído por lei do exercicio da súa función ou que estaba recusado; (3)

¹⁹ KOPP, F.O., e SCHENKE, W. -R., *VwGO*, cit., § 133 Rdnr. 15; BayVBl 1986, 51; NVwZ-RR 1993, 276.

²⁰ KOPP, F.O., e SCHENKE, W. -R., *VwGO*, cit., § 132 Rdnr. 14.

²¹ KOPP, F.O., e SCHENKE, W. -R., *VwGO*, cit., § 133, Rdnr. 16.

²² EYERMANN, E., *et. al.*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 14. Aufl., München 2014, § 133, Rdnr. 31; BVerwG NVwZ-RR1996, 712 (713).

²³ EYERMANN, E., *et. al.*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., § 133, Rdnr. 32.

²⁴ BVerwG NVwZ2001, 918.

²⁵ KOPP, F.O., e SCHENKE, W. -R., *VwGO*, cit., § 133 Rdnr. 17.

Privóuselle a unha parte do seu dereito a ser oído; (4) Unha parte non estaba representada no proceso segundo a lei, agás que consentise a celebración do xuízo de forma expresa ou tácita; (5) A sentenza ditouse despois dun xuízo oral no cal se vulneraron as normas sobre a publicidade do proceso; e, por último, (6) A resolución non estaba motivada.

2.2.3 Resolución

A resolución do recurso de queixa correspóndelle en primeiro lugar ao tribunal cuxa resolución se ve recorrida. Se este non estima o recurso admitindo a casación, entón será o BVerwG o que resolve por auto, como o prevé o § 133 V 1. O tribunal *a quo* debe presentar o recurso de queixa ante o BVerwG obrigatoriamente, aínda que sexa manifestamente inadmisíbel²⁶. Sempre que o BVerwG non estime a queixa, a resolución impugnada adquire firmeza (§ 133 V 3). Se se admite a casación, o procedemento de admisión continuará como casación (§ 139 II).

2.3 O procedemento de casación

Se a casación é admitida, ben polo OVG/VGH ou, a través do recurso de queixa contra a inadmisión polo BVerwG, este procederá a valorar a admisibilidade (*Zulässigkeit*) e a fundamentación (*Begründetheit*) da casación.

2.3.1 Admisibilidade da casación, § 143 VwGO

Os requisitos de admisibilidade da casación están regulados no § 139. A competencia para a casación correspóndelle en exclusiva ao BVerwG segundo o § 49 Nr. 1 e Nr. 2. A casación é un recurso procedente contra sentenzas e autos do OVG/VGH e, en caso da casación de salto, do VG²⁷. Os lexitimados son soamente as partes da instancia inferior en canto teñan un interese lexítimo (*Beschwer*). Segundo o § 139 I, a casación debe presentarse de forma escrita ante o tribunal *a quo* ou ante o BVerwG nun prazo dun mes desde a notificación do auto ou da sentenza íntegra, identificándoa. O prazo para a motivación da casación é de dous meses (§ 139 III 1). Este prazo pode ser prorrogado sempre que a solicitude se presente antes da súa fin (§139 III 3). A motivación debe conter unha petición concreta e nomear a norma xurídica vulnerada. No caso de reclamar un vicio de procedemento, a motivación debe nomear os feitos dos que resulta o vicio (§139 III 4), salvo que se alegue unha ou varias das razóns absolutas de casación do § 138 (arriba 2.2.2.3)²⁸. O recorrente debe sinalar os feitos de forma tan clara e concluínte que o BVerwG, presupondo que os feitos sexan certos, poida proceder a unha valoración sen investigacións adicionais²⁹.

²⁶ BVerwG, *NJW* 1963, 554.

²⁷ KOPP, F.O., e SCHENKE, W. -R., *VwGO*, cit., § 132, Rdnr. 3.

²⁸ *Ibidem* § 139, Rdnr. 14.

²⁹ *Ibidem* § 139, Rdnr. 15.

2.3.2 Fundamentación da casación

A casación considerárase fundada se cumpre dous requisitos. En primeiro lugar, e como expresión da casación como un recurso de control de dereito e non dos feitos, segundo o § 137 I Nr. 1, a casación soamente pode apoiarse en que a sentenza obxecto de recurso se basea na vulneración de “dereito revisable”, é dicir, dereito federal ou, excepcionalmente, dun precepto dunha lei de procedemento administrativo dun estado federado se o texto desta é idéntico a aquel da lei federal (§ 137 I Nr. 2). En segundo lugar, por razóns de economía procesual³⁰, hai que comprobar que a sentenza que vulnera dereito non resulta correcta por outras razóns (como, p. ex., no caso da desestimación dunha demanda incorrectamente valorada como infundada que, non obstante, resulta inadmisíbel), § 144 IV.

2.3.2.1 Delimitación da potestade de control do Tribunal Federal

De acordo co segundo apartado do § 137, o BVerwG está vinculado polos feitos establecidos na sentenza impugnada. Nin o tribunal pode investigar feitos novos³¹, nin as partes poden alegalos, ou sería irrelevante se o fixesen³². Exceptúanse os casos en que o recorrente aduce motivos de casación precisamente respecto destas constatacións da instancia anterior.

O § 137 III contén a delimitación da potestade de control do BVerwG no marco da súa valoración da fundamentación da casación. En principio, o Tribunal Federal examinará a sentenza impugnada integramente e sen estar limitado polos motivos que levaron á admisión da casación. Non obstante, nos casos de casación por vicio de procedemento, o control ha de limitarse aos vicios alegados (§ 137 III S.1), salvo que estas alegacións conteñan motivos relacionados coa vulneración de dereito material no sentido do § 132 II Nr. 1 e Nr. 2 (relevancia fundamental e apartado, véxase arriba 2.2.2.1. e 2.2.2.2). En tal caso, o BVerwG debe proceder ao control de vulneración de todo dereito material³³. Unha *reformatio in peius* como resultado da casación queda excluída pola remisión ao artigo correspondente da regulación da apelación (§§ 141, 129).

2.3.2.2 Vulneración de “dereito revisable”

A revisión soamente pode basearse na vulneración de “dereito revisable”, § 137 I. Esta expresión fai referencia a todas as normas de dereito federal, é dicir a constitución, as leis federais, normas de dereito da Unión Europea e ata o dereito consuetudinario ou principios xerais de dereito³⁴, sempre que sexan do ámbito do dereito federal³⁵. Non

³⁰ KOPP, F.O., e SCHENKE, W. -R., *VwGO*, cit., § 144, Rdnr. 4.

³¹ GEIS, M.E., e THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, cit., S. 801.

³² KOPP, F.O., e SCHENKE, W. -R., *VwGO*, cit., § 137, Rdnr. 24; BVerwGE 78, 152.

³³ KOPP, F.O., e SCHENKE, W. -R., *VwGO*, cit., § 137, Rdnr. 35.

³⁴ Véxase, para unha lista extensa de “dereito revisable”: KOPP, F.O., e SCHENKE, W. -R., *VwGO*, cit., § 137, Rdnr. 5 ff.

³⁵ GEIS, M.E., e THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, cit., S. 801.

está incluído o dereito dos estados federados, coa excepción de preceptos dunha lei de procedemento administrativo cuxo texto sexa idéntico á lei federal (§ 137 I Nr. 2).

O requisito da “vulneración” refírese a que na sentenza non se aplicou, ou non se aplicou correctamente, o dereito aos feitos constatados e como resultado infrinxíronse dereitos do recorrente. A aplicación incorrecta pode resultar particularmente por erros na interpretación e concreción do contido da norma a aplicar ou por erros de subsunción no momento de aplicar a norma, correctamente interpretada, ás circunstancias do caso concreto³⁶.

2.3.2.3 Sentenza *baseada* nunha vulneración de dereito revisable

Finalmente, para que a casación sexa estimada, a sentenza impugnada debe estar *baseada* na vulneración de dereito revisable. Este requisito de causalidade implica que polo menos exista a posibilidade de que o tribunal podería ter chegado a un resultado máis favorable para o recorrente se a vulneración non tivese existido³⁷, ou que non se pode eliminar a vulneración sen que a corrección da resolución resulte cuestionable desde o punto de vista da instancia anterior³⁸. Se se dese un dos seis supostos de motivos absolutos de casación do § 138, arriba mencionados (2.2.2.3.), presúmese *iuris et de iure* que a sentenza está baseada nunha vulneración de dereito revisable.

2.3.3 O contido da resolución do tribunal de casación, § 144

Se a casación é inadmisíble, o BVerwG desestímaa mediante auto (*Beschluss*), § 144 I. Se se trata dunha casación admisible pero infundada (*unbegründet*), tamén será desestimada, § 144 II. O mesmo resulta naqueles casos en que existe unha vulneración de dereito, pero a resolución é correcta por outros motivos, § 144 IV.

Ante unha casación admisible e fundada, o § 144 III prevé dúas posibles decisións: o BVerwG pode resolver o asunto el mesmo ou ben anular a sentenza impugnada e devolver o asunto para un novo xuízo e unha nova resolución á instancia anterior. Segundo a xurisprudencia do GmS-OGB³⁹ (véxase arriba 1.4.), a regra debe ser a decisión do asunto polo BVerwG. A devolución debe quedar limitada aos asuntos en que non se pode ditar sentenza porque no contexto da interpretación xurídica do tribunal de casación falta a necesaria comprobación dalgúns feitos⁴⁰. Se o BVerwG devolve o asunto, o tribunal que o recibe está vinculado polas valoracións xurídicas do BVerwG, segundo o § 144 VI. E se o asunto volve ocupar o tribunal federal unha segunda vez a consecuencia da devolución, el mesmo tamén estará vinculado pola súa propia opinión xurídica.

³⁶ EYERMANN, E., *et. al.*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., § 137, Rdnr. 35 ff.

³⁷ KOPP, F.O., e SCHENKE, W. -R., *VwGO*, cit., § 137, Rdnr. 23; BVerwGE 14, 342.

³⁸ BVerwG, *NVwZ* 1994, 1095 (1096).

³⁹ GmS-OGB *NJW* 1976, 1682 (1683).

⁴⁰ GEIS, M.E., e THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, cit., S. 802.

O efecto vinculante das sentenzas do BVerwG non vai máis alá do caso concreto decidido. A súa función de precedente non corresponde á tradición xurídica alemá⁴¹. Os tribunais contencioso-administrativos son libres de valorar a cuestión xurídica de forma diferente se se llesolve presentar en xuízos posteriores. Non obstante, o presidente do BVerwG considera que os tribunais o farán soamente se “cren que teñen argumentos mellores ou novos”⁴², e así a cuestión poderá ser levada novamente ante o BVerwG para que este teña oportunidade de reconsiderar a súa xurisprudencia. Pola contra “seguirán o precedente do alto tribunal e aforraranlles ás partes o custoso camiño polas instancias”. Tampouco as administracións públicas están vinculadas legalmente á xurisprudencia, pero existe na práctica un efecto fáctico de precedente. Desta forma, a xurisprudencia establece criterios a seguir, os cales, non obstante, sempre están abertos a argumentos mellores. Rennert denomíno un “modelo de diálogo, orientado a unha constante comprobación e evolución continua da xurisprudencia”⁴³, estimando un requisito indispensable para o dito diálogo a motivación minuciosa das sentenzas.

Bibliografía

- BAUR, F., “Der Gedanke der ‘Einheitlichkeit der Rechtsprechung’ im geltenden Prozeßrecht”, *Juristenzeitung*, 1958.
- EYERMANN, E. et al., *Verwaltungsgerichtsordnung*, 14. Aufl., München 2014.
- GEIS, M.E., e THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, *JuS*, 2013.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “Sistema General de la impugnación de la actuación administrativa en el derecho alemán”, Rosado Pacheco, S. (coord.), *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2007.
- KOPP, F.O., e SCHENKE, W.-R., *VwGO*, 24. Aufl, 2018.
- KUHLA, W., e HÜTTENBRINK, J., *Der Verwaltungsprozess*, 1995.
- RENNERT, K., “Die Auswirkungen der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts auf die verfassungsmäßige Ordnung und den Grundrechtsschutz”, S. 6, https://www.bverwg.de/user/data/media/rede_20160330_VortragTaiwan_Auswirkungen_Entscheidungen.pdf (15 de xuño de 2019).

⁴¹ BAUR, F., “Der Gedanke der ‘Einheitlichkeit der Rechtsprechung’ im geltenden Prozeßrecht”, *Juristenzeitung*, 1958, 326ff.

⁴² RENNERT, K., “Die Auswirkungen der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts auf die verfassungsmäßige Ordnung und den Grundrechtsschutz”, S. 6, https://www.bverwg.de/user/data/media/rede_20160330_VortragTaiwan_Auswirkungen_Entscheidungen.pdf (15 de xuño de 2019).

⁴³ *Ibidem*.

As políticas de fomento das administracións públicas ante a despoboación e o reto demográfico. Especial referencia á Administración local¹

Las políticas de fomento de las administraciones públicas ante la despoblación y el reto demográfico. Especial referencia a la Administración local

Development policies that are being carried out from out public administrations, in particular those related to local entities

57 Regap

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

JUAN MARQUINA FUENTES

Vicesecretario xeral da Deputación Provincial de Ourense
Secretario do Consorcio Provincial de Ourense para a Prestación do
Servizo contra Incendios e Salvamento
juanmarquina@depourense.es

Recibido: 03/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.31>

Resumo: Esta nota pretende difundir algunhas das políticas de fomento que se están a levar a cabo desde as nosas administracións públicas, con referencia especial ás entidades locais, para facer fronte á despoboación e á crise demográfica, que afecta a determinadas zonas do noso país. Formulado o debate nos ditos termos, expóranse algunhas das políticas de fomento máis relevantes e realízase unha valoración destas, finalizando cunha breve reflexión sobre o estado actual desta cuestión, que pode cualificarse xa como un auténtico reto para as pequenas e medianas entidades locais, e para moitas das deputacións provinciais.

Palabras clave: Despoboación, reto demográfico, rural, Administración local.

Resumen: Esta nota pretende difundir algunas de las políticas de fomento que se están llevando a cabo desde nuestras administraciones públicas, con referencia especial a las entidades locales, para hacer frente a la despoblación y a la crisis demográfica, que afecta a determinadas zonas de nuestro país. Planteado el debate en dichos términos, se expondrán algunas de las políticas de fomento más relevantes y se realizará una valoración de las mismas, finalizando con una breve reflexión sobre el estado actual de esta cuestión, que puede calificarse ya como un auténtico reto para las pequeñas y medianas entidades locales, y para muchas de las diputaciones provinciales.

¹ Traballo realizado no marco do proxecto de investigación: Instrumentos xurídicos para a loita contra a despoboación no ámbito rural (DESPORU), Ref.: RTI2018-099804-a-100. Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades, Axencia Estatal de Investigación. Goberno de España.

Palabras clave: Despoblación, reto demográfico, rural, Administración local.

Abstract: The present note intends to disclose some of the development policies that are being carried out from out public administrations, in particular those related to local entities, to fight against depopulation and demographic crisis affecting certain areas of our country. Being this the situation, the most relevant development policies shall be proposed and analysed, ending with a brief consideration about the current situation, which can be already be classified as a true challenge for small- and middle-sized entities and many provincial councils.

Key words: Depopulation, demographic challenge, rural, local Administration.

SUMARIO: 1 A política de fomento e o réxime xurídico das subvencións nas entidades locais. 2 As administracións públicas ante a despoboación e o reto demográfico. 3 Políticas de fomento nas entidades locais contra a despoboación e o reto demográfico: exemplos. 4 Conclusións.

1 A política de fomento e o réxime xurídico das subvencións nas entidades locais

No plano teórico, e dentro da tradicional clasificación tripartita que facía o profesor Jordana de Pozas da actuación administrativa, a saber, actividade de servizo público, de policía ou de fomento, esta última era definida como “*a acción da Administración encamiñada a protexer ou promover aquelas actividades, establecementos ou riquezas debidas aos particulares e que satisfán necesidades públicas ou se estiman de utilidade xeral, sen usar da coacción nin crear servizos públicos*”.

Dentro desta actividade de fomento e, pola súa vez, dentro dos instrumentos de carácter económico para materializar a dita actividade, a figura da “subvención pública” é seguramente a máis común e relevante.

No ámbito dun estado política e administrativamente descentralizado como o noso, a ordenación dun réxime xurídico común na relación subvencional constitúe unha finalidade nuclear que se inspira directamente no artigo 149.1.18.^a da Constitución española, ao teor da cal o Estado ten a competencia exclusiva sobre as bases do réxime xurídico das administracións públicas e sobre o procedemento administrativo común, todo iso sen prexuízo das competencias de autogoberno que posúen as comunidades autónomas e da autonomía local, constitucionalmente garantida (*por todas SSTC 4/1981, 32/1981, 214/1989 ou 111/2016 e SSTS 20.01.2005, 26.07.2006 ou 14.11.2016*).

Sen ánimo de ser exhaustivos, debemos citar como principais normas estatais reguladoras do réxime xurídico da actividade subvencional das nosas entidades locais a *Lei 38/2003, do 17 de novembro, xeral de subvencións*; o *Real decreto 887/2006, do 21 de xullo, polo que se aproba o Regulamento da Lei xeral de subvencións*; a *Lei orgánica 2/2012, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira*; o *Real decreto legislativo 2/2004, polo que se aproba o Texto refundido da Lei reguladora das facendas*

locais; e o Decreto do 17 de xuño de 1955 polo que se aproba o Regulamento de servizos das corporacións locais².

Na Comunidade Autónoma de Galicia debemos igualmente citar a *Lei 9/2007 de subvencións de Galicia*, que integra dentro do seu ámbito de aplicación expresamente as entidades locais de Galicia, incluídos os organismos e entes dependentes destas. Non sucede o mesmo co *Decreto 11/2009, polo que se aproba o Regulamento da Lei autonómica*, que indica expresamente que as súas disposicións non son de aplicación ás entidades locais (en diante, EELL) de Galicia e aos organismos e ás entidades vinculadas ou dependentes delas. Completaría o marco xurídico autonómico o *Decreto 193/2011*, ben que este ten como obxecto simplificar o procedemento de concesión de subvencións ás entidades locais galegas, unificando os procedementos de concesión, xestión e xustificación das subvencións, é dicir, aplícase ás EELL galegas cando son beneficiarias e non cando son a Administración concedente.

Dentro da potestade regulamentaria ou de autoorganización que as EELL teñen recoñecida polo artigo 4 da Lei reguladora das bases de réxime local, encaixa a previsión do artigo 17.2 da Lei 38/2003, xeral de subvencións, e que establece que as bases reguladoras das subvencións das corporacións locais se deberán aprobar no marco das bases de execución do orzamento, a través dunha ordenanza xeral de subvencións ou mediante unha ordenanza específica para as distintas modalidades de subvencións.

Na definición legal de “subvención”, recollida tanto na lei estatal como na autonómica, descríbese esta figura como toda disposición en diñeiro realizada por calquera dos suxeitos do artigo 3 (onde se inclúen as EELL e os seus organismos dependentes), a favor de persoas públicas ou privadas, cando cumpra os seguintes requisitos: que a entrega se realice sen contraprestación, estea suxeita ao cumprimento dun determinado obxectivo, execución dun proxecto, realización dunha actividade, adopción dun comportamento singular, xa realizados ou por realizar, ou a concorrencia dunha situación, o beneficiario cumpra as obrigas fixadas e o seu obxecto sexa o fomento dunha actividade de utilidade pública ou interese social ou promoción dun fin público.

Vemos, pois, que se configura como un acto de disposición e translativo de dominio, e cuxo acto de concesión pode ser unilateral (resolución ou acordo administrativo) ou bilateral (convenio de colaboración), sen que iso altere a natureza da subvención.

Volvendo á clasificación tripartita inicial da actividade administrativa, a actividade de fomento é quizais a que maior compoñente de discrecionalidade ten en canto ao seu obxecto. Non queremos dicir con isto que as administracións públicas (en diante, AAPP) en xeral, e as EELL en particular, poidan outorgar subvencións de forma arbitraria ou discrecional. Ao contrario, os gobernos locais, con total respecto aos procedementos e requisitos establecidos na normativa indicada, e dentro do ámbito das súas respectivas competencias, poden, en función de criterios de estrita

² Este decreto preconstitucional dedica o seu título II á acción de fomento, cun capítulo único relativo ás subvencións, o cal, aínda que sorprendentemente non foi derogado de forma expresa, na nosa opinión atopábase derogado tacitamente pola lexislación posterior aprobada en materia de subvencións, tanto estatal como autonómica.

“oportunidade”, decidir que actividades de utilidade pública ou interese social ou que promoción de que fin público queren fomentar.

Noutras palabras, dentro das súas respectivas competencias, as EELL deciden que política ou políticas de fomento queren realizar en cada momento (fomento do deporte, fomento da cultura ou contra a violencia, por exemplo), ponderando sempre os conceptos de “utilidade pública”, “interese social” e/ou “interese xeral”, e logo de planificación a través do preceptivo Plan Estratéxico de Subvencións³.

2 As administracións públicas ante a despoboación e o reto demográfico

Nos últimos anos os diferentes gobernos do noso país, nos seus distintos niveis, parece que por fin están a asumir como un auténtico reto a análise e a busca de solucións para dous problemas que, na nosa opinión, son dúas caras da mesma moeda, a saber, a regresión demográfica e a despoboación do medio rural.

No ámbito do Goberno de España, a *Estratexia Nacional fronte ao Reto Demográfico*, xurdida dun acordo adoptado na VI Conferencia de Presidentes Autonómicos celebrada o 17 de xaneiro de 2017, asume o compromiso de elaborar unha estratexia de natureza global e transversal que trate de dar unha resposta conxunta e de futuro aos tres grandes desafíos demográficos detectados: *o progresivo envellecemento poboacional, o despoboamento territorial e os efectos da poboación flotante*.

A dita estratexia reconece e asume, como non pode ser doutra forma, que a súa elaboración debe realizarse coa colaboración e cooperación de comunidades autónomas e entidades locais.

Así, recentemente, en marzo de 2019, o Consello de Ministros aprobou un acordo sobre as directrices xerais da Estratexia Nacional fronte ao Reto Demográfico, elaboradas polo Comisionado do Goberno fronte ao Reto Demográfico, adscrito ao Ministerio de Política Territorial e Función Pública. Esas directrices propoñen unha estratexia de carácter global e transversal, desde unha perspectiva multidisciplinaria e coa participación de todos os departamentos a través do traballo dun grupo interministerial, incorporando unha perspectiva demográfica na análise das actuacións sectoriais.

Todos os ministerios incorporan ás directrices da estratexia máis de 80 medidas, referidas á xente nova, mulleres, atención á poboación rural, emprendedores, turismo, implantación da Administración no territorio ou actividade económica.

Estas directrices establecen unha serie de obxectivos transversais, que podemos sintetizar do seguinte xeito:

³ Debemos ter presente o carácter obrigatorio e previo á tramitación de calquera subvención deste instrumento de planificación, tal como establece o artigo 8 da LXS e a interpretación que dese precepto realizou a xurisprudencia do TS (por todas, as SSTs 26.06.2012, 04.12.2012, 28.01.2013 e 16.04.2012), e onde se sinala que “... o Plan Estratéxico ten carácter previo ao establecemento de calquera subvención, constituíndo un requisito esencial cuxo cumprimento exige que sexa formalizado externamente e cun contido que o faga identificable como tal por reflectir polo menos aquilo ao que alude o apartado 1 do artigo 8...” En consecuencia, a aprobación dun plan estratéxico resulta, na nosa opinión, unha necesidade ineludible para posibilitar a concesión de subvencións por parte das EELL.

- Garantir unha plena conectividade territorial, cunha axeitada cobertura de internet de banda ancha e de telefonía móbil en todo o territorio.
- Asegurar unha apropiada prestación de servizos básicos a toda a poboación en condicións de equidade, adaptada ás características de cada territorio.
- Incorporar o impacto e a perspectiva demográfica na elaboración de leis, plans e programas de investimento.
- Avanzar na simplificación normativa e administrativa para os pequenos municipios, co fin de facilitar a xestión dos concellos.
- Eliminar os estereotipos e pór en valor a imaxe e a reputación dos territorios máis afectados polos riscos demográficos.
- Mellorar os mecanismos para unha maior colaboración público-privada, potenciando a incorporación dos factores demográficos na responsabilidade social do sector privado.
- Aliñar as liñas de acción e os propósitos da estratexia co cumprimento dos Obxectivos de Desenvolvemento Sustentable e da Axenda 2030.

O traballo realizado desde o Comisionado do Goberno fronte ao Reto Demográfico para a elaboración da Estratexia Nacional fronte ao Reto Demográfico guiouse polo cumprimento do acordo da Conferencia de Presidentes, tanto no obxecto do acordo como na súa metodoloxía de traballo e contido.

Na súa metodoloxía, a elaboración da estratexia realizouse coa colaboración das comunidades autónomas, cidades con estatuto de autonomía e entidades locais. Por iso, constituíuse en setembro de 2018 un grupo institucional con comunidades autónomas e representantes da Federación Española de Municipios e Provincias. Así mesmo, constituíuse o grupo de traballo específico sobre Reto Demográfico no marco da Comisión Nacional de Administración Local, que abre unha interlocución directa con representantes de concellos e de deputacións provinciais.

Paralelamente, a Comisión de despoboación constituída no seo da FEMP elaborou e publicou en abril de 2017 un Documento de Acción, comprensivo dunha lista de medidas para loitar contra a despoboación en España. Ese documento recolle os datos dun informe anterior emitido pola propia FEMP («Poboación e despoboación en España 2016»)⁴, o cal revela que a metade de todos municipios españois se atopan xa en risco de extinción; en 14 provincias españolas, máis do 80 % de todos os seus municipios non pasan de 1.000 habitantes; en apenas década e media, 358 municipios pasaron a engrosar a lista de localidades que non superan os 100 empadroados (xa son un total de 1.286 municipios nesta situación); e durante o último ano certificado polo INE, 36 provincias perderon poboación por unha dinámica de regresión demográfica que segue cebándose maioritariamente nas áreas rurais.

O dito documento de propostas elaborado no seo da FEMP é froito de meses de debate e análise dentro da Comisión de Despoboación, e considérase que debe ser un punto de partida para a interlocución co Goberno, as comunidades autónomas e a sociedade civil, e incide en que municipios e deputacións provinciais deben ser

⁴ Poboación e Despoboación en España 2016 (Documento de traballo da Comisión de Despoboación da FEMP. Xaneiro de 2017).

partícipes directos na estratexia estatal para a loita contra a regresión demográfica e, en particular e moi especialmente, para frear o fenómeno da despoboación do medio rural.

Ese documento contén, estruturada por áreas, unha lista de 80 medidas prácticas para frear o deserto demográfico que ameaza media España, 2 delas no plano de organización institucional para implicar de forma coordinada todas as administracións públicas ás que incumbe pór en práctica as accións previstas; e 78 medidas específicas, agrupadas en seis liñas estratéxicas: economía e emprego; servizos públicos e sociais; infraestruturas; comunicacións e transporte; medidas en materia de vivenda; incentivos demográficos; e medidas de apoio ao medio rural en materia de cultura, identidade e comunicación.

No ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, por medio do Decreto 104/2016, do 28 de xullo, creouse e regulouse o Observatorio Galego de Dinamización Demográfica (DOG n. 152, do 11 de agosto de 2016), o cal se configura como un órgano colexiado de asesoramento, colaboración institucional e participación social en materia de demografía, adscrito á consellaría competente en materia de benestar social. Na súa composición prevese a presenza, como vogal, dunha persoa en representación da FEGAMP.

A principios deste ano 2019 realizáronse os primeiros trámites do que será, se hai maioría suficiente no Parlamento de Galicia, a futura lei de impulso demográfico de Galicia. Nesta liña, o recente Consello de Goberno da Xunta de Galicia, do 27 de xuño de 2019, acordou autorizar o inicio da tramitación do anteproxecto da que se denominará *Lei de apoio á natalidade e impulso demográfico de Galicia*. Partindo da análise recollida no *Informe Galicia: perspectivas demográficas*, realizado no seo do Observatorio Galego de Dinamización Demográfica, o texto proposto, como explica a nota publicada ao respecto pola Xunta de Galicia, nace con vocación de consenso e permanencia, e responde ao obxectivo común de facer de Galicia un mellor lugar para formar unha familia.

Proximamente, a dita lei autonómica someterase ao trámite de exposición pública antes de remitirse ao Parlamento ao longo do segundo período de sesións. Os principios e medidas que prevé divídense en oito bloques, relacionados con distintas áreas de intervención: a organización e coordinación das administracións públicas, os criterios xerais de actuación, medidas de apoio ás familias, fomento da conciliación, apoio á xuventude, impulso do retorno dos galegos no exterior e atracción de nova poboación, equilibrio territorial e envellecemento activo.

Sen ánimo de ser exhaustivos, si nos gustaría destacar do anteproxecto, pola súa relación coa Administración local, as previsións referidas á posta en marcha da Comisión de Impulso Demográfico entre a Xunta, concellos e deputacións, a imposición ás administracións públicas de que teñan en conta o envellecemento e o desequilibrio de xénero da poboación no medio rural e costeiro non urbano no deseño das políticas e os servizos públicos, ou a redacción e aprobación, nun prazo máximo dun ano desde a súa aprobación, dunha estratexia de impulso demográfico feita en coordinación cos concellos.

Por último, debemos ter presente que a principios deste ano 2019 e no ámbito da UE, o Parlamento Europeo aprobou o informe que fixa a súa posición sobre o novo Regulamento do FEDER e do Fondo de Cohesión, e cuxo texto avala que as rexións afectadas por desafíos demográficos reciban máis fondos europeos para afrontalos. Deste xeito, a Comisión de Desenvolvemento Rexional acordou establecer unha partida específica do 5 % dos fondos FEDER en cada Estado para zonas en crise demográfica.

3 Políticas de fomento nas entidades locais contra a despoboación e o reto demográfico: exemplos

Como sinala o Documento de Acción elaborado no seo da FEMP anteriormente citado, municipios e deputacións provinciais deben ser partícipes directos na estratexia estatal para a loita contra a regresión demográfica e, en particular e moi especialmente, para frear o fenómeno da despoboación do medio rural.

Nos últimos anos, algunhas das EELL que integran a Administración local xa fixeron uso dos seus fondos propios, ou de fondos comunitarios, para implementar algunhas políticas públicas de fomento, tendentes a loitar contra a despoboación e o reto demográfico.

Nesta liña, e co financiamento logrado por algunhas deputacións e concellos a través do Fondo Social Europeo, a través do Ministerio de Política Territorial e Función Pública, empezáronse a executar proxectos destinados ás persoas novas non ocupadas e non integradas nos sistemas de educación ou formación, co obxectivo de contribuír a mitigar o problema de despoboación das zonas rurais e lograr fixar a poboación nova nos municipios con menor número de habitantes (Programa Operativo de Emprego Xuvenil do Fondo Social Europeo, axudas EMP-POEX, sendo beneficiarias no ano 2018, entre outras, as deputacións de Granada, Ourense ou Albacete, ou os concellos de Aín na provincia de Castelló, Alcalá de Guadaíra na provincia de Sevilla ou Los Realejos en Tenerife).

Igualmente, cada vez son máis as EELL que establecen liñas de axudas económicas por nacemento ou adopción de fillos ou fillas, ou polo fomento da natalidade en xeral, con diferentes limiares, importes e requisitos coa marxe que lles permite a súa autonomía local e potestade de autoorganización. Entre estas, podemos citar as das deputacións de Palencia, Málaga, Soria, Ourense ou Zamora, ou as dos concellos de Valencia de Don Juan (León), Boborás (Ourense), Campezo (Áraba), La Bañeza (Zamora) ou Venta de Baños (Palencia).

Como exemplos de proxectos máis integrais e ambiciosos podemos citar, entre outros, os emprendidos pola Deputación de Zaragoza, con convocatorias de subvencións para as pemes, autónomos, asociacións, fundacións, organizacións empresariais e sindicais para loitar contra a despoboación, a través do apoio a proxectos relacionados coa agricultura, a actividade hostaleira, as novas tecnoloxías da información e a comunicación, o turismo activo, o transporte, a agroindustria, etc.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Outro exemplo témolo no Programa Repoblem da Deputación de Castelló, cuxo obxectivo é combater a despoboación nos contornos rurais da provincia, e que comprende liñas de traballo como axudas á natalidade, as unidades de respiro familiar de apoio á conciliación laboral e familiar ou o servizo de transporte rural, ou a implantación en municipios rurais de tendas multiservizo.

Pola súa banda, a Deputación de Cáceres ten en marcha unha serie de axudas ao reto demográfico, como son o Plan Activa, para o emprego, infraestruturas, gasto corrente, cultura, deporte, ou os proxectos Deputación Desenvolve, Deputación Emprime e Deputación Rehabilita, cos obxectivos de xerar emprego e fixar poboación.

Nunha liña similar, a Deputación de Segovia vén desenvolvendo iniciativas dirixidas a loitar contra a despoboación, implantando un amplo programa de servizos claves para manter poboación e facilitando a integración e a adaptación de novas iniciativas ao territorio, marcando como reto facer da provincia un referente da calidade de vida, fomentando un desenvolvemento sustentable que implique a xeración de emprego de calidade e permita fixar poboación e mellorar a situación de mozos e mulleres no territorio.

Outro suposto é o da Deputación de Ourense, que neste ano 2019 comezou a implantar nas convocatorias e bases reguladoras dos seus programas de cooperación cos concellos o criterio da perspectiva de reto demográfico, clasificando os concellos en graos en función da súa inclusión ou non en área urbana, a súa poboación, a súa perda ou incremento de poboación, a súa densidade e taxa de natalidade, e actuando os ditos graos como ponderadores das axudas concedidas en programas relativos á prestación de servizos sociais, atención á infancia, fomento da natalidade ou fomento do emprego.

Pechando o capítulo das deputacións provinciais, merece igualmente mención a liña de axudas da Deputación de Cuenca para a posta en marcha de casas niño dedicadas á atención de nenos e nenas de ata tres anos en municipios inferiores a 20.000 habitantes, que buscan apoiar a conciliación da vida familiar, laboral e social, así como o fomento das fórmulas do autoemprego e de economía social.

No eido municipal, é evidente que as iniciativas foron menores, tanto en contía como en alcance, cuestión lóxica se partimos do razoamento de que os concellos que sofren perda de poboación adoitan ser os de menos recursos.

Así, a maioría de liñas de fomento redúcense ás xa citadas de fomento de natalidade, aínda que existen outras experiencias en axudas á adquisición ou rehabilitación de vivendas, á conciliación familiar, ao emprego ou ao emprendemento.

Sen prexuízo do indicado, debemos citar o Plan estratéxico contra a despoboación 2019-2022 do Concello de San Esteban del Valle (Ávila), cuxo obxectivo xeral é reducir a perda de poboación a través da mellora do benestar e as condicións de vida dos seus habitantes e o fomento da participación da cidadanía na busca de solucións, promovendo o desenvolvemento agropecuario sustentable, a produción agropecuaria ecolóxica e de calidade e a comercialización dos produtos locais.

Nunha liña similar sitúase o Plan estratéxico de loita contra a despoboación do Concello de Medina del Campo (Valladolid), que ten como principais liñas de

actuación seis aspectos: a actividade económica, a vivenda, a mellora dos equipamentos e servizos básicos da contorna, a mobilidade tendo en conta a situación estratéxica da localidade con respecto á capital e a posta en valor do empadramento no municipio de residencia.

Unha última mención, polo seu carácter innovador, merece a iniciativa dos concellos sorianos de Valdeavellano e El Hueco, que promoveron un proxecto para crear o primeiro ecosistema europeo tecnosocial enfocado á loita contra a despoboación, e cuxa intención é converter Espacio Valdeavellano en dinamizador da bisbarra, potenciando este centro como referente nacional e internacional en novas tecnoloxías, coa vista posta na loita contra a despoboación e a mellora da calidade de vida no medio rural e mantendo sempre o enfoque no reto de frear a despoboación.

4 Conclusións

Do panorama anteriormente exposto podemos extraer unha serie de cuestións a modo de conclusión.

A primeira, e seguramente a principal, é que parece que por fin os gobernos, nos seus distintos niveis, tomaron conciencia da importancia de promover políticas públicas que intenten facer fronte ao fenómeno da regresión demográfica (reto demográfico) e a despoboación de determinadas zonas, especialmente as rurais.

Xa se fala con claridade, nos diferentes foros políticos e sociais, do chamado “ba-leirado” dunha parte do territorio español, e que pode traer como efecto o dun grave problema de desequilibrio socio-territorial e económico, e cuxos principais síntomas recoñecidos son os do descenso xeneralizado da natalidade, a perda continuada de poboación, a baixa densidade en zonas rurais e as aglomeracións nas zonas urbanas, e o envellecemento da poboación.

Podemos afirmar xa, sen medo a equivocarnos, que existe un consenso case xeneralizado na incorporación do impacto demográfico na elaboración da maior parte das políticas públicas, e en que cómpre que desde todos os gobernos se adopten medidas tendentes a garantir a igualdade de oportunidades e o libre exercicio dos dereitos de cidadanía en todo o territorio. Neste punto, é evidente que fronte a este reto as entidades que integran a Administración local teñen moito que achegar e moito que dicir, sen perder de vista que é fundamental a colaboración e a coordinación de todas as administracións públicas.

Como expuxemos, moitas das nosas EELL xa puxeron mans á obra, pero pensamos que as medidas ata agora implementadas son residuais e de pouco calado, salvo excepcións. En todo caso, parece que xa non hai volta atrás e que o camiño xa se iniciou, e tanto o Estado como as comunidades autónomas afectadas van na mesma liña.

Nos próximos anos poderemos comprobar se as políticas que hoxe se planifican obteñen os resultados desexados, e se o despoboamento e a regresión demográfica que hoxe parecen fenómenos imparables poden, polo menos, minimizarse.

Faise necesario, na nosa opinión, que as entidades locais afectadas vexan incrementado o seu financiamento para adoptar este tipo de políticas, que deben ir



dirixidas a intentar atallar a raíz do problema e a intentar garantir que a elección do lugar e o xeito de vida da cidadanía, especialmente dos máis novos, non se vexa condicionada pola situación xeográfica, ou, polo menos, na menor medida posible.

E é que non debemos esquecer que a maioría dos nosos avós e dos nosos pais, e en moitos casos nós mesmos, vimos de pequenas poboacións, e que os enclaves rurais e as concentracións urbanas son dúas realidades que se retroalimentan e que non se entende a unha sen a outra.

Fontes consultadas

http://www.mptfp.es/portal/reto_demografico/Estrategia_Nacional.html

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/Paginas/enlaces/290319-enlace-reto.aspx>

<https://www.xunta.gal/hemeroteca/-/nova/063699/xunta-paso-mais-reto-demografico-coa-constitucion-observatorio-galego>

<http://www.parlamentodegalicia.es/>

<https://transparencia.xunta.gal/portada>

http://www.femp.es/sites/default/files/multimedia/documento_de_accion_comision_de_despoblacion_9-05-17.pdf

<https://www.diputaciondepalencia.es/>

<http://www.depourense.es/index.php/es>

<http://www.malaga.es/diputacion/>

<http://www.dipsoria.es/>

<http://www.diputaciondezamora.es/>

<http://www.valenciadedonjuan.es/>

<http://boboras.gal/>

<http://www.campezo.eus/>

<http://www.aytobaneza.es/>

<https://ventadebanos.es/>

<http://www.dpz.es/>

<https://www.dipcás.es/es/>

<https://www.dip-caceres.es/>

<https://www.dipucuenca.es/>

<http://www.sanestebandelvalle.es/images/Despoblaci%C3%B3n/Plan%20estrat%C3%A9gico%20contra%20la%20despoblaci%C3%B3n.pdf>

http://empleomedina.com/wp-content/uploads/Despoblaci%C3%B3nPlan_Estrategico.pdf

<https://www.elhueco.org/tag/valdeavellano-de-tera/>

Limitaciones medioambientales
a la ocupación del espacio urbano
y la protección del derecho
penal: un estudio de caso

**Limitações ambientais à
ocupação do espaço urbano
e a proteção do direito
penal: um estudo de caso**

Environmental limitations
on the occupation of urban
space and the protection of
criminal law: a case study

57 Regap

ROGÉRIO GESTA LEAL

Professor Catedrático
Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil)
gestaleal@gmail.com

Recibido: 26/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.27>

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Resumen: El presente trabajo consiste en un estudio de caso cuyo objetivo es tratar el controvertido tema de las limitaciones medioambientales impuestas a la ocupación del espacio urbano brasileño, y de cómo el derecho penal ha contribuido a la protección sostenible del medio ambiente. Subsidiariamente se intenta determinar, a partir del caso concreto, si es posible hablar de derecho adquirido en materia de actos administrativos realizados para analizar y viabilizar la promoción inmobiliaria. Con este objetivo, se ha utilizado un enfoque de investigación bibliográfica basada en doctrina, jurisprudencia, artículos, revistas y legislación. El método de trabajo utilizado fue el deductivo, partiendo de un análisis del derecho de propiedad, su alcance y sus limitaciones a la luz del texto constitucional y las normas infraconstitucionales, compatibilizando tal derecho con las normas de derecho medioambiental, para determinar así el papel del derecho penal en la protección del medio ambiente en un caso concreto. Dicho estudio ha concluido que las irregularidades existentes en la concesión de licencias medioambientales pueden dar lugar a delitos que deben ser castigados.

Palabras clave: Derecho penal, medio ambiente, derecho medioambiental, urbanización, espacio urbano.

Resumo: O presente estudo consiste em um estudo de caso que tem por objetivo tratar do controvertido tema das limitações ambientais opostas à ocupação do espaço urbano brasileiro, e de como o Direito Penal tem contribuído para a proteção do meio ambiente sustentável. Subsidiariamente busca determinar, à luz do caso concreto, se é possível falar em direito adquirido em matéria de atos administrativos constituídos para analisar e viabilizar empreendimento imobiliário. Para tanto, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica em doutrina, jurisprudências, artigos, revistas e legislação. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo de uma análise acerca do direito de propriedade, seu alcance e suas limitações à luz do texto constitucional e normas infraconstitucionais, compatibilizando

tal direito às normas de direito ambiental, para assim determinar o papel do Direito Penal na proteção ambiental em um caso concreto. Tal estudo concluiu que as irregularidades presentes na concessão de licenças ambientais são capazes de configurar crimes que devem ser punidos.

Palavras-Chave: Direito penal, meio ambiente, direito ambiental, loteamento, espaço urbano.

Abstract: The present study consists of a case study whose objective is to treat with the controversial theme of environmental limitations opposed to the occupation of the Brazilian urban space, and how the Criminal Law has contributed to the protection of the sustainable environment. Subsidiarity it seeks to determine, in the light of the specific case, whether it is possible to speak in right acquired in matters of administrative acts constituted to analyze and make feasible real estate development. For this, the technique used was the bibliographic research in doctrine, jurisprudence, articles, journals and special legislation. The method of approach used was the deductive one, starting from an analysis about the right of property, its scope and its limitations in the light of the constitutional text and ordinary norms, making compatible this right to the norms of environmental law, in order to determine the role of the Criminal Law in environmental protection in a concrete case. This study concluded that the irregularities present in the environmental licensing are capable of configuring crimes that should be punished.

Key words: Criminal law, environment, environmental law, allotment, urban space.

SUMARIO: 1 Notas introdutórias. 2 Direito de propriedade e meio ambiente: reflexos no espaço urbano brasileiro. 3 No que o direito penal pode contribuir à proteção ambiental: um estudo de caso.

1 Notas introdutórias

Trata o presente texto do controvertido tema das limitações ambientais que se tem oposto à ocupação do espaço urbano brasileiro, e de como o Direito Penal tem contribuído para a proteção deste bem jurídico constitucional que é o meio ambiente sustentável.

Em primeiro plano vamos situar o debate em seus contornos contemporâneos, verificando em que medida e com que argumentos –já cedidos– o meio ambiente configura bem jurídico de proteção constitucional, e quais as implicações disto para a ocupação do espaço urbano, para em seguida avaliarmos, a partir do estudo de caso concreto judicial, como pode o Direito Penal brasileiro contribuir neste particular.

2 Direito de propriedade e meio ambiente: reflexos no espaço urbano brasileiro

O tema em questão está diretamente associado à propriedade (pública e privada) e suas regulações normativo-impositivas e, neste sentido, sob a ótica dogmático-jurídica mais tradicional, é inerente a esta um conteúdo positivo, circunscrito pelos chamados limites positivos que fixam o elenco de poderes e faculdades do titular do direito, e o alcance do respectivo exercício, indicando até onde aquele pode ir na realização de tais poderes e faculdades. De outra banda, há também um conteúdo negativo, circunscrito pelas limitações que estabelecem até onde podem ocorrer ingerências e tangenciamentos de terceiros em relação ao direito alheio, quais os poderes e faculdades de que não dispõe seu titular, e aonde esse não pode ir no exercício

do direito. A legislação, ao estabelecer limitações, pode impor ao titular do direito um “fazer” (conservar o prédio urbano), um “não-fazer” (não usar nocivamente a propriedade imobilizada em detrimento dos vizinhos), ou um “suportar” (o vizinho pode entrar no terreno limítrofe para reparar um muro divisório)¹.

Os limites positivos e negativos, expressos no próprio conteúdo do direito, e as limitações ao seu exercício, estabelecidas pelas regras jurídicas, formam um estatuto de direito mínimo e atendem ao princípio de sua relatividade, não podendo ser absoluto um direito como o de propriedade, eis que seu conteúdo e exercício têm de possibilitar a coexistência com outros direitos, assegurando o respeito recíproco dos mesmos. O exercício do direito, assim, está, conseqüentemente, também limitado, devendo ser regular, pois o excesso, o abuso danoso, é caracterizado como ato ilícito. O poder ou a faculdade inscrevem-se no conteúdo do direito, mas, se o exercício é irregular e danoso, há ilicitude.

A Carta Política de 1988 ainda ampliou esta discussão reconhecendo a propriedade como direito fundamental, mas atribuindo-lhe função social! Mas o que significa esta função social em termos conceituais e pragmáticos, afinal?

Queremos dizer, preliminarmente e em consonância com Rios², que o dever intrínseco, consubstanciado na função social da propriedade, não se confunde ou se resume, de modo algum, com técnicas jurídicas limitativas do exercício dos direitos, isto porque está-se diante de elemento essencial definidor do próprio direito subjetivo à propriedade. As limitações, portanto, a despeito de que importantes em tal definição, implicam mera abstenção do titular do direito: os deveres, diversamente, caracterizam-se como encargos ínsitos ao próprio direito, orientando e determinando seu exercício, de modo positivo.

Realidade conjugada que é, por ser direito subjetivo, a propriedade só se compreende de forma adequada na presença de sua função social. Configura-se, nesse passo, como poder-dever (no caso, poder-função), sendo seu titular verdadeiro devedor para com a sociedade de comportamentos positivos, sintonizados com os ditames da ordem jurídica como um todo. Suas obrigações, em face disto, não se confundem com limitações ao direito (como os direitos de vizinhança). Enquanto essas são circunstâncias externas limitadoras do exercício do direito, a função social é elemento estrutural do conteúdo do instituto da propriedade³.

Assim é que a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nessa matéria, significa poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde também a interesse coletivo e não exclusivamente interesse do próprio dominus; tal não implica que seja impossível a harmonização entre um

¹ Ver meu livro LEAL, R.G., *Direito Urbanístico*, Renovar, Rio de Janeiro, 2000, bem como LEAL, R.G., *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998. Ver também no particular o trabalho de SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2013.

² RIOS, R.R., “A propriedade e sua função social na constituição da república de 1988”, *Doutrina Jurídica Brasileira*, Plenum, Porto Alegre, 2006.

³ Ver o texto de BRENDA, E., “Função da Garantia da Propriedade na Constituição Moderna”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.

e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica⁴.

Importante destacar também que, quando o sistema jurídico brasileiro fala do meio ambiente, o faz pela via de dispositivos de natureza principiológica e regratória, alguns inscritos no art. 225, da Constituição Federal de 1988, bem como em outros comandos dispersos tanto na Carta Política como na legislação infraconstitucional, que orientam a interpretação e aplicação da legislação e também da política ambiental, dentre os quais posso destacar os seguintes: o princípio da prevenção, o princípio do poluidor-pagador ou princípio da responsabilização, e o princípio da cooperação ou da participação⁵. Estes princípios, só para dizer o mínimo, estão condensados, ao lado de outros, nas disposições normativas federais, estaduais e municipais brasileiras atinentes à espécie.

Decorre daqui a tese de que a política ambiental não prescinde apenas da atuação do poder público, mas de ações solidariamente responsáveis que envolvam tanto o Estado quanto a coletividade, pois:

*[...] os administradores, de meros beneficiários do exercício da função ambiental pelo Estado que eram passam a ocupar a posição de destinatários do dever poder de desenvolver comportamentos positivos, visando àqueles fins. Assim, o traço que distingue a função ambiental pública das demais funções estatais é a não exclusividade do seu exercício pelo Estado.*⁶

De outro lado, qualquer política ambiental tem de levar em conta: 1) a adoção de medidas preventivo-antecipatórias em vez de medidas repressivo-mediadoras; 2) o controle da poluição na fonte, ou seja, na origem (especial e temporal); 3) quanto à polícia do ambiente, esta deve ser exercida no sentido de obrigar o poluidor a corrigir e recuperar o ambiente⁷.

Mas de que meio ambiente trata o sistema jurídico brasileiro? É comum se afirmar que o conceito de meio ambiente nos últimos anos tem obtido ampliação significativa, inclusive em termos de espécies distintas mas integradas, tais como meio ambiente natural e meio ambiente artificial, que, por seu vez, se subdivide em meio ambiente artificial ou urbano, meio ambiente cultural, meio ambiente do trabalho, dentre outras classificações que poderiam ser agregadas. Nesta direção, o meio ambiente artificial diz com a criação humana material e intelectual, o patrimônio histórico e o meio ambiente do trabalho humano – onde são tutelados bens atinentes à saúde e à segurança do trabalhador –, cabendo ao empregador, – por meio do método preventivo e de maneira objetiva –, arcar com o risco inerente às atividades desenvolvidas pelo empregado.

⁴ Ver o texto de TESTA, V., *Disciplina Urbanistica*, Giuffrè, Milano, 2009. Na mesma direção o texto de SPADACCINI, G., *Urbanistica, Edilizia, Espropriazione negli Ordinamenti Statale e Regionale*, Editrice Stamperia Nazionale, Roma, 2012.

⁵ Como quer DERANI, C., *Direito ambiental econômico*, Max Limonada, São Paulo, 2002, pp. 164 e ss.

⁶ GRAU, E.R., *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, Malheiros, São Paulo, 2004, p. 119.

⁷ CANOTILHO, J., "Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais", *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 9, Coimbra, 1993, p. 47.

Já no que tange à relação do meio ambiente com a ordem econômica, importa observar o que está disposto no art.170, da Constituição Federal, modificado pelos termos da Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003, no sentido de que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, o estabelecido no inciso VI, a saber: *defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.*⁸

Nada mais coerente do que esta modificação impressa pela Emenda Constitucional referida, em face da prioridade que a ordem econômica dá ao asseguramento a todos de existência digna, o que não existe sem um meio ambiente ecologicamente equilibrado, possibilitando a sadia qualidade de vida de todos.⁹

Por estas razões é que o próprio conceito de dano ambiental também restou ampliado, para atender os multifacetados caracteres do conceito de meio ambiente referidos. Assim é que a doutrina insiste com o fato de que *dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação – alteração adversa ou in pejus – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida.*¹⁰ De outro lado, os recursos ambientais sob a perspectiva normativa, consoante os termos do art. 3º, inc. V, da Lei Federal n. 6.938/1981, são: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

É também a própria Constituição que dá indicadores à densificação material/pragmática do conceito de função social da propriedade no país, ao menos normativamente, quando, por exemplo, trata do adequado ordenamento territorial (art. 30, inc. VIII); dos monumentos, das paisagens naturais notáveis e dos sítios arqueológicos (art. 23, inc. III); do meio ambiente (arts. 23, inc. VI; 170, inc. VI e 225); das florestas, da fauna e da flora (art. 23, inc. VII); do bem-estar dos habitantes das cidades (art. 182, caput); da ordenação da cidade (art. 182, § 2º); do adequado aproveitamento do solo urbano (art. 182, § 4º), e mesmo quanto à forma de aquisição da propriedade, fazendo referência expressa à moradia da população de baixa renda (art. 183); da proteção dos chamados bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira do patrimônio cultural brasileiro, por meio de tombamento e desapropriação, consoante disposição expressa do art. 216, § 1º.

De igual sorte o sistema jurídico brasileiro conta hoje com universo bastante significativo de legislação infraconstitucional delimitando diversos condicionamentos ao direito de propriedade e, por isto, priorizando determinados interesses e valores

⁸ Faço uma abordagem ampliada desta discussão em meu livro LEAL, R.G., *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*, cit.

⁹ Portanto, destoando da orientação economicista de COASE, R.H., "The problem of social cost", *Journal of Law and Economics*, n. 3(1), 1960, p. 16. para quem, por mais que se fixasse legalmente o direito de um condomínio exigir medidas ambientalistas de uma fábrica que estivesse poluindo o ambiente vivido, se os custos de remoção do domínio fossem inferiores aos custos de tais medidas, a fábrica deveria pagar aos condôminos para que se mudassem, ao invés de reduzir seus níveis de poluição.

¹⁰ MILARÉ, E., *Direito do ambiente*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, pp. 421-2. Ver também o excelente texto de BACHELET, M., *Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão*, Instituto Piaget, Lisboa, 2004.

que confortam esta ideia de função social da propriedade. Dentre estes dispositivos, podemos citar a Lei Federal n. 6.766/79, de natureza urbanística, que impõe ao proprietário de gleba deveres para o parcelamento do solo urbano; a Lei Federal n. 6.803/80, que estabelece diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, assim como a Lei Federal n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, criando mecanismos de controle do uso da propriedade por particulares a fim de preservar o meio ambiente; o Decreto-lei Federal n. 25/37, que protege o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico, bem como os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana; de igual sorte temos normatização repressiva prevendo o confisco de instrumentos do crime, hipótese radical de extinção da propriedade de determinados bens, nos termos do Código Penal, art. 91, inc. II, e Lei Federal n. 6.368/76, art. 34, § 2º¹¹.

Estas limitações, por sua vez, além de postas pelo plexo normativo de cada sistema jurídico, têm tido no Poder Executivo e Legislativo protagonismos diferidos, eis que gestores do espaço urbano privilegiado, em face mesmo da dinâmica das demandas que a este título exsurgem cotidianamente. É através do poder de polícia do primeiro, tendo em vista sempre o interesse comunitário, que a Administração tem participado da disciplina e da fiscalização do exercício de direitos neste particular, tanto individuais como sociais.

E no que diz em especial ao tema do meio ambiente, o sistema jurídico brasileiro trata da matéria a partir de dispositivos de natureza principiológica e regratória, alguns inscritos no art. 225, da Constituição Federal de 1988, bem como em outros comandos dispersos tanto na Carta Política, como na legislação infraconstitucional, que orientam a interpretação e aplicação da legislação e também da política ambiental, dentre os quais podemos destacar os seguintes: o princípio da prevenção, o princípio do poluidor-pagador ou princípio da responsabilização, e o princípio da cooperação ou da participação¹², os quais, só para dizer o mínimo, estão condensados, ao lado de outros, nas disposições normativas federais, estaduais e municipais brasileiras atinentes à espécie.

É este universo normativo que impõem que qualquer política ambiental tem de levar em conta: 1) a adoção de medidas preventivo-antecipatórias em vez de medidas repressivo-mediadoras; 2) o controle da poluição na fonte, ou seja, na origem (especial e temporal); quanto à polícia do ambiente esta deve ser exercida no sentido de obrigar o poluidor a corrigir e recuperar o ambiente.¹³

¹¹ Ver o texto de SILVA, J.A., *Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 2010. Também o texto de FIGUEIREDO, L.V., *Disciplina Urbanística da Propriedade*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

¹² Como quer DERANI, C., *Direito ambiental econômico*, cit., pp. 164 e ss.

¹³ CANOTILHO, J., "Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais", cit.

Daí que Paulo Affonso Leme Machado define o dano ambiental como aquele sofrido pelo conjunto do meio natural ou por um de seus componentes, levado em conta como patrimônio coletivo, independentemente de suas repercussões sobre pessoas e bens. É a lesão (alteração, prejuízo de um fator ambiental ou ecológico, ar, água, solo, floresta, clima etc.), que gera uma modificação –para pior– da condição de equilíbrio ecológico do ecossistema local ou abrangente.¹⁴

Decorre disto as preocupações com a questão, por exemplo, da sustentabilidade, aqui entendida fundamentalmente nas suas dimensões: (a) social, verdadeira finalidade do desenvolvimento; (b) a cultural; (c) do meio ambiente, e a (d) econômica.

Neste particular, é preciso atentar para o fato de que a estas questões estão associadas tantas outras, como a distribuição territorial equilibrada de assentamentos humanos e atividades, afigurando-se a sustentabilidade econômica não como condição prévia para as anteriores, mas variável que tem de ser mensurada contingencialmente tendo em conta as demais sustentabilidades; estão presentes aqui também questões relativas à existência ou falta de governabilidade política e a geração de políticas públicas curativas e preventivas das sustentabilidades referidas.¹⁵

Por tais razões que Henrique Leff insiste no fato de que *o princípio de sustentabilidade surge como uma resposta à fratura da razão modernizadora e como uma condição para construir uma nova racionalidade produtiva, fundada no potencial ecológico e em novos sentidos de civilização a partir da diversidade cultural do gênero humano.*¹⁶ Da mesma forma o magistrado federal Zenildo Bodnar refere que esta sustentabilidade deve ser entendida como imperativo ético tridimensional: *implementado em solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações, e em sintonia com natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e com os elementos abióticos que lhe dão sustentação.*¹⁷

Em face destes elementos a doutrina especializada brasileira tem se referido à importância de um outro princípio, o da precaução, como um dos principais orientadores das políticas ambientais, além de ser elemento estruturante do direito ambiental.

No Direito Positivo Brasileiro, o Princípio da Precaução tem seu fundamento na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), mais especificadamente no seu artigo 4º, I e IV, que expressa a necessidade de haver um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização dos recursos naturais, e também introduz a avaliação do impacto ambiental como requisito para a instalação da atividade industrial.

A Constituição Federal vigente, da mesma forma, incorporou o Princípio da Precaução em seu artigo 225, § 1º, V, ao asseverar que *todos têm direito ao meio*

¹⁴ MACHADO, P.L., *Curso de Direito Ambiental*, Malheiros, São Paulo, 2002, p. 118. Ver igualmente o trabalho de FREITAS, V.P. (org.), *Direito ambiental em evolução*, Juruá, Curitiba, 1998.

¹⁵ Ver o texto de SACHS, I., *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, Garamond, Rio de Janeiro, 2002.

¹⁶ LEFF, H., *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*, Editora Vozes, Petrópolis, 2005, p. 31.

¹⁷ BODNAR, Z., *Reflexões iniciais sobre a Jurisdição Ambiental e a Sustentabilidade*. P.06. Texto virtual, enviado pelo autor em 15/04/2009. No mesmo texto ainda adverte o autor: *A sustentabilidade deve ser compreendida e operacionalizada numa tríplice dimensão: ecológica, econômica e social. Deve representar não apenas a garantia da manutenção futura dos bens ambientais, mas também a melhora das condições gerais de vida para as futuras gerações. Esta é uma imposição peremptória do princípio da equidade intergeracional.*

ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Tais perspectivas estão a impor ao Estado e à coletividade uma nova postura e comportamento em relação às questões ambientais, pois tais princípios exigem que sejam adotadas medidas ambientais que, num primeiro momento, obstem o início de uma atividade potencialmente e/ou lesiva ao meio ambiente, atuando também quando o dano ambiental já está concretizado, para que os efeitos danosos sejam minimizados ou cessados.

Assim, conforme Antunes¹⁸, a precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo.

Esta nova dimensão do direito ambiental com seus elementos normativos postos tem inaugurado ações administrativas e judiciais preventivas que não se limitam à eliminação dos efeitos lesivos ao meio ambiente, mas antecipam e previnem a ocorrência de uma atividade potencialmente danosa.

*Precaução é cuidado. O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade.*¹⁹

A partir da ideia de precaução, consagra-se o critério da probabilidade na tomada de decisões que envolvam a questão ambiental, em detrimento do critério da certeza. Ou seja, enquanto que ao demandado incumbe o dever de demonstrar, efetivamente, que a atividade desenvolvida não é lesiva ao meio ambiente, exigindo-se, portanto, certeza absoluta da inofensividade de sua prática, ao demandante cabe demonstrar que há probabilidade da ocorrência do dano.

No manejo deste sistema jurídico, entretanto, importa ter presente alguns critérios de aplicação das normas (regras e princípios), por procedimentos racionais e controláveis, dentre os quais quero destacar o da ponderação dos interesses envolvidos. Tem-se, então, na dicção de Suzana Toledo, que:

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é,

¹⁸ ANTUNES, P.B., *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pp. 79 e ss. Da mesma forma MACHADO, P.L., *Direito ambiental brasileiro*, cit. p. 57.

¹⁹ DERANI, C., *Direito ambiental econômico*, cit., p. 167.

*atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo.*²⁰

Há uma abordagem interessante neste sentido, e mais estrita, de Virgílio da Silva, no sentido de que a proporcionalidade e a razoabilidade são instrumentos diferentes, seja por sua origem histórica ou modo de operação, e esta diferenciação deve ser levada em consideração, na medida em que a aplicação de um ou de outro método traduzem consequências distintas. A regra da proporcionalidade, enquanto desdobramento lógico da estrutura dos direitos fundamentais, deveria ser aplicada de forma estruturada, a partir do exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, em sua visão, ela exigiria um rigor argumentativo muito maior que o da razoabilidade, em que simplesmente se verificaria a compatibilidade entre meios e fins da medida estatal.²¹

Virgílio, fazendo uma adequada crítica a determinadas posições do próprio Supremo Tribunal Federal, lembra que a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico e não sistemático. *Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula 'a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional'. (...) Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.*²²

Em face destes princípios é que a doutrina especializada brasileira tem se referido à importância especialmente da precaução, como um dos principais orientadores das políticas ambientais, além de ser elemento estruturante do direito ambiental. No Direito Positivo Brasileiro, o Princípio da Precaução tem seu fundamento infraconstitucional na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), mais especificadamente no seu artigo 4º, I e IV, que expressa a necessidade de haver equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização dos recursos naturais, e também introduz a avaliação do impacto ambiental como requisito para a instalação da atividade industrial.

Tais perspectivas estão a impor ao Estado e à coletividade nova postura e comportamento em relação às questões ambientais, pois se está a exigir agora que sejam adotadas medidas ambientais as quais, num primeiro momento, obstem o início de atividade potencialmente e/ou lesiva ao meio ambiente, atuando também quando o dano ambiental já está concretizado, para que os efeitos danosos sejam minimizados ou cessados.

Assim, conforme Antunes²³, a precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve

²⁰ BARROS, S.T., *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília jurídica, Brasília, 2000, p. 172.

²¹ In AFONSO DA SILVA, V., "O Proporcional e o Razoável", *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, pp. 23-50; AFONSO DA SILVA, V., "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, 2003, pp. 607-630.

²² AFONSO DA SILVA, V., "O Proporcional e o Razoável", cit., p. 31.

²³ ANTUNES, P.B., *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*, cit.

atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo.

Esta nova dimensão do direito ambiental com seus elementos normativos postos tem inaugurado ações administrativas e judiciais preventivas que não se limitam à eliminação dos efeitos lesivos ao meio ambiente, mas antecipam e previnem a ocorrência de atividade potencialmente danosa.

Precaução é cuidado. O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo assecuramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade.²⁴

A partir da ideia de precaução, consagra-se o critério da probabilidade na tomada de decisões que envolvam a questão ambiental, em detrimento do critério da certeza. Ou seja, enquanto que ao demandado incumbe o dever de demonstrar, efetivamente, que a atividade desenvolvida não é lesiva ao meio ambiente, exigindo-se, portanto, certeza absoluta da inofensividade de sua prática, ao demandante cabe demonstrar que há probabilidade da ocorrência do dano.

No manejo deste sistema jurídico, entretanto, importa ter presente alguns critérios de aplicação das normas (regras e princípios), por procedimentos racionais e controláveis, dentre os quais quero destacar o da ponderação dos interesses envolvidos. Tem-se, então, na dicção de Barros²⁵ que:

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo.

É com base neste racionalismo objetivo que Canotilho²⁶ assevera que “as ideias de ponderação (*Abwägung*) ou de balanceamento (*Balancing*), surgem em todo o lado onde haja necessidade de encontrar o direito para resolver casos de tensão (*Ossenbühl*) entre bens juridicamente protegidos”.

Aqui é que o enquadramento sistêmico-constitucional ganha fôlego na solução do caso concreto, mediado pela interpretação do operador do direito, para dar relevo à ideia de que:

No momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo

²⁴ DERANI, C., *Direito ambiental econômico*, Max Limonada, São Paulo, 2010, p. 167.

²⁵ BARROS, S.T., *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, cit., p. 172.

²⁶ CANOTILHO, J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, p. 1174.

menos, em relação de tensão) num determinado caso. ... A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.²⁷

Veja-se que na relação Estado e Sociedade deve-se garantir tanto a liberdade individual do cidadão quanto a integridade do meio ambiente, estabelecendo diretrizes e instrumentos que possibilitem a “apropriação” e a “transformação” da natureza com vistas à sua proteção e manutenção do equilíbrio ecológico²⁸. Nesta direção, já a Declaração do Rio de Janeiro adotou, em seu dispositivo n. 16, o Princípio do Poluidor-Pagador, ao afirmar que:

As autoridades nacionais devem procurar assegurar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o critério de quem contamina, deve, em princípio, arcar com os custos da contaminação, levando-se em conta o interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais²⁹.

Além disso, o Princípio do Poluidor-Pagador foi recepcionado pela Constituição Federal no seu art. 225, parágrafo 3º, que prescreve: As atividades e condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

No plano internacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio da Recomendação C (72), 128, de 28 de maio de 1972, incorporou formalmente o Princípio do Poluidor-Pagador. Mais tarde, por força do Ato Único Europeu, os ordenamentos jurídicos de todos países da comunidade europeia, e também o Conselho da Europa, aceitaram-no.³⁰

Tendo este princípio caráter econômico destacado, porque imputa ao poluidor os custos decorrentes da atividade poluente, para a otimização dos seus resultados positivos na proteção do meio ambiente é preciso que ele seja operado com bom senso econômico, jurídico e político, haja vista que implica custos às medidas de prevenção e controle da poluição para estimular a utilização racional dos recursos ambientais escassos e para evitar distorções ao comércio e aos investimentos internacionais. Quero dizer com isto que, na prática, os custos de controle da poluição que surgem devido à regulamentação ambiental devem ser suportados pelo poluidor e por todos aqueles que estão vinculados diretamente a ele, pois a sociedade não deve arcar diretamente e sozinha com as obrigações decorrentes da proteção do ambiente.

²⁷ CANOTILHO, J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1179.

²⁸ MIRRA, A.L.V., “Princípios fundamentais do direito ambiental”, Oliveira Júnior, J.A e Leite, J.R.M. (orgs.), *Cidadania coletiva*, Paralelo, Florianópolis, 1996.

²⁹ ANTUNES, P.B., *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*, cit., p. 31.

³⁰ Conforme ARAGÃO, M.A.S., *O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*, Coimbra, São Paulo, 1997, p. 27. O objetivo do princípio do poluidor pagador é fazer não apenas com que os custos das medidas de proteção do meio ambiente (as externalidades ambientais) sejam suportados pelos agentes que as originaram, mas também que haja a correção e/ou eliminação das fontes potencialmente poluidoras. Resumidamente, o Princípio do Poluidor-Pagador tem três funções primordiais: a de prevenção, reparação e a de internalização e redistribuição dos custos ambientais.

Diante de tais argumentos, pode parecer que o Direito Penal em nada contribui para a proteção ambiental no Brasil, eis que tarefa exponencial do Direito Administrativo e do Direito Civil. Ledo engano, basta vermos o desenvolvimento da legislação penal em prol do meio ambiente enquanto direito fundamental.

E é o que passamos a ver, mas a partir do enfrentamento de caso concreto judicial apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

3 No que o direito penal pode contribuir à proteção ambiental: um estudo de caso

O caso concreto que vamos abordar refere-se a um Mandado de Segurança impetrado por pessoa jurídica que tem como atividade principal desenvolver empreendimentos imobiliários, notadamente loteamentos residenciais, na cidade de Sapucaia do Sul, no Rio Grande do Sul³¹. Tal medida judicial foi interposta contra decisão proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal daquela cidade, que determinou a imposição de medidas cautelares alternativas à prisão, quais sejam, suspensão de quaisquer atividades para implantação do Loteamento Guaspari; suspensão das licenças prévia (n. 004/2015-SEMA-SL) e de instalação (n. 042/2015-SEMA-SL), bem como proibição de comunicação ao público ou a interessados, de propostas, reservas de lotes ou contratos referentes ao empreendimento, enquanto vigentes as suspensões acima mencionadas.

Sustenta o autor do *mandamus*, em suma, que o loteamento foi implantado legalmente, de acordo com a Lei Orgânica de Sapucaia do Sul (Lei n. 3.377/2012), com prévia concessão das licenças prévias n. 004/2015-SEMA-SL e de instalação n. 042/2015-SEMA-S, de modo que a decisão que suspendeu as atividades relacionadas à implantação e comercialização do loteamento, bem como das licenças ambientais, fere direito líquido e certo da impetrante, sendo que as medidas cautelares impostas não possuem prazo de duração, gerando danos irreparáveis à empresa.

As informações foram prestadas e o pedido liminar foi deferido.

Sobreveio parecer da Dra. Procuradora de Justiça, em que opina pela denegação da segurança.

O Relator do feito no Tribunal, todavia, propôs voto no sentido de julgar procedente o mandado de segurança para os efeitos de permitir a continuidade das obras e comercialização do empreendimento imobiliário vergastado, com o que não concordei, abrindo divergência pelas razões e fundamentos que seguem.

Para fins de esclarecimento, a decisão judicial de primeiro grau que determinou a suspensão das atividade de implantação e comercialização do Loteamento se deu a partir de requerimento do Ministério Público que, valendo-se dos elementos contidos em inquérito policial (n. 161/2016/700706-A) o qual apurou, em tese, a prática dos delitos previstos nos artigos 67 e 69^a, da Lei n. 9.605/98, envolvendo fatos que estariam

³¹ Mandado de Segurança n. 70075848267, relatoria do Des. Newton Brasil de Leão, junto à Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado no dia 08/03/2018.

ocorrendo junto às dependências da gestão Municipal de Sapucaia do Sul, em razão de emissão irregular de licenciamento ambiental relacionado ao empreendimento imobiliário guareado. Apontou ainda o Ministério Público que o Pelotão Ambiental da Brigada Militar de Sapucaia do Sul, em data pretérita, constatou o desrespeito à licença ambiental emitida pela Secretaria do Meio Ambiente de Sapucaia do Sul na implantação do empreendimento por se tratar de área de preservação com banhado e de preservação da flora nativa.

Alegou a magistrada de piso, para tomar sua decisão, que: (a) os requerimentos de licenciamento para aquele Loteamento não utilizaram o requerimento padrão do *site* do Município, tendo sido direcionados ao geólogo Ivan Cantelle Matte; (b) a licença prévia foi deferida sem apresentação de estudo prévio pelo requerente e sem vistoria ou parecer, tendo sido assinada pelo secretário Carlos Eduardo Douglas Santana e Ovan Cantelle Matte; (c) o laudo de cobertura vegetal firmado por João Carlos Corrêa Jardim noticia a existência de água acumulada na área em questão, não se referindo a banhado, o que foi confirmado pelo biólogo Felipe Eins Feld, no seu relatório de vistoria; (d) pelo Plano Diretor original, a área era considerada Zona ZIA – Zona de Interesse Ambiental, ZIA Banhado Leste³²; (e) o laudo do Instituto Geral de Perícias – IGP refere que a área originalmente (antes da alteração do Plano Diretor) era considerada como Zona de Interesse Ambiental, não permitindo edificação, revelando que as imagens históricas dão conta da existência de banhado no local; (f) atualmente não é possível concluir sobre a origem do banhado, em razão das alterações sofridas na área; (g) a Corsan não aprovou os projetos de esgotamento sanitário e também não autorizou interligá-los ao sistema municipal.

Desta decisão do primeiro grau é que decorre o presente Mandado de Segurança, que inclusive contou com liminar deferida pelo Ilustrado Relator para que as obras e comercialização dos lotes pudessem ser retomadas pela empresa loteadora, sob os fundamentos de que: (a) a empresa ora impetrante detinha as licenças administrativas requeridas para o empreendimento imobiliário, configurando-se tais atos normativos autorizadores para tal mister, eis que perfeitos juridicamente; (b) a segurança jurídica estaria sendo violada pela ordem judicial de primeiro grau; (c) o impetrante atendeu a todas as exigências administrativas e jurídicas de estilo; (d) estaria o impetrante sofrendo dano potencialmente irreparável em sua atividade econômica lícita.

Pois bem, como já fizemos referência, o argumento central deste mandado de segurança é de que ocorreu a violação de direitos adquiridos (líquidos e certos) por parte da impetrante, no caso específico desse empreendimento chamado Loteamento Guaspari.

Pensamos que isso não ocorreu, vou explicar o porque.

O tema aqui envolve atos administrativos que foram constituídos para analisar e viabilizar empreendimento imobiliário, a saber, a realização de loteamento

³² É imperioso lembrar que o Plano Diretor de Sapucaia foi alterado no ano de 2016, a partir de estudos para adequação do zoneamento do bairro Kurashiki, contratado pela empresa Vale dos Sinos, a partir do que se viabilizou a implantação do loteamento Guaspari.

na localidade de Sapucaia, nominado de Guaspari. Esses atos administrativos são constituídos de diversas espécies de decisões administrativas, e estão vinculados a diretrizes constitucionais e infraconstitucionais vinculantes já mencionados, em especial a de que o empreendimento imobiliário sob comento tem que respeitar a sustentabilidade ambiental, e que esse bem jurídico protegido está pautado, dentre outros, pelos princípios da precaução e da prevenção.

Estamos diante de investigação que coloca em debate exatamente a regularidade ou não dos atos jurídicos e decisões administrativas que viabilizaram esse empreendimento – decisões estas que se transmutaram em atos administrativos os mais variados, sobre os quais diz o réu ter *direito adquirido*. Tal é o objeto da investigação. E não é uma investigação simples: foram necessários 11 mandados de busca e apreensão junto à Secretaria do Meio Ambiente do Município de Sapucaia para que fosse possível a coleta de material para aferir se efetivamente esses atos praticados para viabilizar o empreendimento são juridicamente perfeitos.

Mas será possível constituir-se *direito adquirido* a partir de atos administrativos contaminados por nulidades absolutas?

Importa registrar que há certa unanimidade em significar o instituto do *direito adquirido* como aquele que já se incorporou ao patrimônio do sujeito de direito; o que passou a pertencer a alguém e que merece a proteção jurídica contra qualquer oposição de terceiros. Como quer Serpa Lopes, há elementos configuradores do direito adquirido, a saber: o surgimento de fato idôneo ou jurídico; a existência de lei que lhe dá a envergadura jurídica; a integração ao patrimônio material ou moral do sujeito; a prevalência ante o aparecimento de lei nova, dispondo diversamente sobre o mesmo assunto, ainda que não se fez valer quando do advento da lei nova³³.

Na espécie, todavia, há muitas situações que aparentam irregularidades consistentes a desconfigurar os fatos e atos administrativos envolvidos como idôneos ou juridicamente perfeitos, matéria que será aferida no devido processo legal em curso. Vejam, tem-se, de forma muito clara, vários atos administrativos que precisam de maior atenção, e está se falando da licença de instalação ambiental do empreendimento imobiliário, que, por sua vez, decorre de vários outros atos complexos preparatórios para o juízo de valor e o seu deferimento ou não, dentre eles, o laudo de cobertura vegetal que foi realizado na área, porque há discussão inconclusa sobre se neste espaço em que está ocorrendo o empreendimento existe a denominada área de banhado, que estaria sendo alcançada por proteção normativa tópica.

O loteamento em questão, em tese, estaria alcançando parte de área de banhado protegida por legislação federal, estadual e municipal³⁴, e não só pelo Plano Diretor do Município de Sapucaia, alterado neste interregno. Estas questões precisam ser elucidadas de modo exaustivo, justamente em face de eventuais danos irreversíveis que podem ocasionar indevida destruição dos mananciais envolvidos.

³³ SERPA LOPES, M.M., *Lei de Introdução ao Código Civil*, Vol. I, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1997, p. 81.

³⁴ Podemos citar as disposições da Lei Federal nr.9.985/2000, a Lei Estadual nr.11.520/2000, na Lei Estadual nr.14.672/2015, a Resolução do CONSEMA nr.288/2014, e mesmo o Decreto Estadual nr.38.971/1998.

Em 27 de agosto de 2016, o policiamento ambiental da Brigada Militar realizou fiscalização junto às atividades de implantação do Loteamento Guaspari e constatou – está registrado – que houve descumprimento da Licença de Instalação n. 042/2015, criando impactos em áreas de banhado existentes no local.

A licença prévia para o empreendimento foi gerada no dia 11 de março de 2015 e, estranhamente, é anterior ao laudo de cobertura vegetal, que só foi expedido em 24 de setembro do mesmo ano, uma vez que é requisito constitutivo e necessário à formatação da licença prévia. Essas datas já não fecham.

Em meio a tudo isso, como noticia a investigação, pelos indiciamentos realizados, estão envolvidos, em tese, servidores públicos responsáveis, na Secretaria de Meio Ambiente, pela organização e gestão de procedimentos administrativos relacionados à aprovação ou não de empreendimentos imobiliários, pessoas essas que estariam emitindo documentos condizentes com esses que estão sendo tidos como perfeitos juridicamente.

O técnico do Município chamado Felipe Eisfeld, que está presente em todos os momentos decisivos na produção de laudos e de pareceres para a emissão dessas licenças, e que participa ativamente do acompanhamento dessas obras, emite documento chamado Ocorrência Ambiental n. 99/2016, dizendo textualmente que inexistente invasão de área banhada na gleba do Loteamento, todavia, há vários outros laudos e avaliações da área, em especial destaque o Laudo n. 190533/2016, no qual os peritos constataram que parte da vegetação removida entre 13 de março de 2016 e 30 de outubro de 2016 era floresta, mas outra parte teria feições de banhado.

O licenciamento ambiental na área questionada partiu da premissa de que o imóvel estava todo classificado como Zona Mista 2. Mas, de acordo com a Lei Municipal n. 2896/2006 – Plano Diretor de 2006, que foi alterado em 2012 –, parte dele estava na chamada ZIA 1, banhado leste, onde não é aprovado qualquer tipo de construção. Isso está documentado.

E mais, se o Plano Diretor de 2006 foi alterado por lei ordinária em 2012, seis anos depois, estabelecendo novas limitações para essa ZIA, é de se destacar que o Laudo Complementar n. 84848/2017 identificou algumas incoerências na regulamentação da matéria, porque teria desconsiderado área de proteção ambiental notadamente identificada como banhado, liberando-a para ocupação.

É curioso que no dia 24 de setembro de 2015 vem à lume laudo de cobertura vegetal já mencionado, firmado pelo agrônomo João Carlos Correia Jardim, que, apesar de não falar em banhado, diz textualmente que há, na área, água acumulada, solo com cor escura e mal drenado, com constante alagamento local, e que o terreno tem que ser elevado para aterramento depois de drenagem. Esse mesmo João Carlos assina a Autorização n. 001/2016, junto com o Secretário do Meio Ambiente – aí o envolvimento dos servidores públicos – Alex Lima, que é agrônomo contratado pelo empreendedor e não por técnico municipal.

Temos, pois, que é razoável a interrogação sobre se os atos jurídicos e administrativos que autorizaram a realização do Loteamento Guaspari efetivamente estão perfectibilizados. Restam dúvidas fundadas sobre se há ato jurídico perfeito que

Regap



COMENTARIOS E CRÔNICAS

autorize a existência de área em que se proíbe a edificação. Se resta acoimado de dúvida esse conjunto de atos administrativos viabilizadores do empreendimento, até eles serem aclarados, não é possível dar continuidade ao empreendimento.

Por essas razões, houve a determinação das medidas do primeiro grau para que a obra sustasse, assim como sua comercialização; e mais, diante da preocupação de, em nome da precaução e da prevenção, não criar situações irreversíveis de dano ambiental.

Em face disso, sustentamos que inexistia direito líquido e certo indene de dúvidas na pretensão do autor do Mandado de Segurança; ao contrário, o que se tinha até aquela data eram incertezas sobre a perfectibilidade jurídica e administrativa das autorizações deferidas ao empreendimento. Por isso julguei improcedente o mandado de segurança e determinei que fossem restauradas as medidas liminares determinadas pela Juíza de 1º Grau, no que fui acompanhado pelo Presidente da Câmara e Vogal no feito.

Bibliografia

- AFONSO DA SILVA, V., “O Proporcional e o Razoável”, *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002.
- AFONSO DA SILVA, V., “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, 2003.
- ANTUNES, P.B., *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- ARAGÃO, M.A.S., *O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*, Coimbra, São Paulo, 1997.
- BACHELET, M., *Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão*, Instituto Piaget, Lisboa, 2004.
- BARROS, S.T., *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília jurídica, Brasília, 2000.
- BODNAR, Z., *Reflexões iniciais sobre a Jurisdição Ambiental e a Sustentabilidade*. P.06. Texto virtual, enviado pelo autor em 15/04/2009.
- BRENDA, E., “Função da Garantia da Propriedade na Constituição Moderna”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.
- CANOTILHO, J., “Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 9, Coimbra, 1993.
- CANOTILHO, J. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002.
- COASE, R.H., “The problem of social cost”, *Journal of Law and Economics*, n. 3(1), 1960.
- DERANI, C., *Direito ambiental econômico*, Max Limonada, São Paulo, 2010.
- FIGUEIREDO, L.V., *Disciplina Urbanística da Propriedade*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.
- FREITAS, V.P. (org.), *Direito ambiental em evolução*, Juruá, Curitiba, 1998.

- GRAU, E.R., *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, Malheiros, São Paulo, 2004.
- LEAL, R.G., *Direito Urbanístico*, Renovar, Rio de Janeiro, 2000.
- LEAL, R.G., *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998.
- LEFF, H., *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*, Editora Vozes, Petrópolis, 2005.
- MACHADO, P.L., *Direito ambiental brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 2002.
- MACHADO, P.L., *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*, Renovar, Rio de Janeiro, 2011.
- MILARÉ, E., *Direito do ambiente*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.
- MIRRA, A.L.V., “Princípios fundamentais do direito ambiental”, Oliveira Júnior, J.A e Leite, J.R.M. (orgs.), *Cidadania coletiva*, Paralelo, Florianópolis, 1996.
- RIOS, R.R., “A propriedade e sua função social na constituição da república de 1988”, *Doutrina Jurídica Brasileira*, Plenum, Porto Alegre, 2006.
- SACHS, I., *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, Garamond, Rio de Janeiro, 2002.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2013.
- SERPA LOPES, M.M., *Lei de Introdução ao Código Civil*, Vol. I, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1997.
- SILVA, J.A., *Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 2010.
- SPADACCINI, G., *Urbanistica, Edilizia, Espropriazione negli Ordinamenti Statale e Regionale*, Editrice Stamperia Nazionale, Roma, 2012.
- TESTA, V., *Disciplina Urbanistica*, Giuffrè, Milano, 2009.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Cuestións prácticas para a directa aplicación da normativa de protección de datos nas administracións públicas

Cuestiones prácticas para la directa aplicación de la normativa de protección de datos en las administraciones públicas

Between theory and practice, the data protection regulation in public administrations



LUCÍA DO NASCIMENTO LÓPEZ

Avogada especializada en Dereito das Telecomunicacións, Protección de Datos, Sociedade da Información e Audiovisual luciadonascimento@outlook.es

Recibido: 25/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.25>

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Resumo: Análise dos dereitos e obrigas relativos ás implicacións derivadas da normativa europea e nacional en materia de protección de datos respecto dos tratamentos realizados por parte das administracións públicas

Palabras clave: RXP, Administración pública, LOPDGDD.

Resumen: Análisis de los derechos y obligaciones relativos a las implicaciones derivadas de la normativa europea y nacional en materia de protección de datos respecto de los tratamientos realizados por parte de las administraciones públicas

Palabras clave: RGP, Administración pública, LOPDGDD.

Abstract: Analysis of the rights and obligations relating to the implications arising from European and national legislation on data protection with regard to the processing carried out by public administrations.

Key words: GDPR, public Administration, LOPDGDD.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Bases de lexitimación: eixe fundamental para o correcto tratamento de datos de carácter persoal por parte da Administración pública. 3 Regulación dos contratos de acceso a datos.

1 Introducción

Coa entrada en aplicación, o pasado 25 de maio, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeo e do Consello do 27 de abril de 2016 relativo á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais e á libre circulación destes datos e polo que se derogou a Directiva 95/46/CE (en diante, RXPDP), así como pola posterior aprobación da Lei 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais (en diante, LOPDGDD), as administracións públicas sometéronse a un intenso procedemento de adaptación ás ditas normas, debido a que estas, a partir dese momento, se atopan sometidas ao cumprimento dunha serie de obrigas que perseguen que o inxente número de datos de carácter persoal tratados por eses entes públicos no exercicio das súas funcións sexa recuberto como se dunha película se tratase, por unha serie de medidas de índole xurídica, técnica e organizativa cuxa finalidade non é outra que aseverar e garantir a seguridade deses datos persoais.

Polo tanto, a continuación expóñense os requisitos que toda entidade pública debe contemplar dentro da súa organización para que os tratamentos de datos de carácter persoal se adecúen e, polo tanto, cumpran de xeito estrito coas disposicións vixentes. Non obstante, non se debe esquecer que o dereito á protección de datos non é un dereito con carácter absoluto, senón que convive xunto con outros dereitos fundamentais, implicando tal situación a necesidade de acadar unha harmonía xurídica cuxo obxectivo non é outro que respectar, de xeito conxunto, entre outros, o dereito á protección de datos, o dereito á vida privada e familiar, o dereito relativo ao segredo das comunicacións, o dereito de liberdade de expresión e información, de conciencia e relixión¹.

2 Bases de lexitimación: eixe fundamental para o correcto tratamento de datos de carácter persoal por parte da Administración pública

Tal como se mencionou, os tratamentos de datos de carácter persoal que realizan as administracións públicas deben axustarse ás exigencias que contempla a norma nacional, o que supuxo e supón un longo proceso de transformación debido ao gran volume de datos tratados, e todo iso de cara á correcta prestación dos servizos públicos encomendados. Para tal efecto, debe partirse da necesidade de adecuar os tratamentos efectuados ás bases lexitimadoras ofrecidas, posto que este será o punto a partir do cal se poderán realizar lícitamente as actividades de tratamento pretendidas sobre os datos persoais dos cidadáns, e tamén será necesario establecer unha serie de procedementos encamiñados a garantir a correcta conservación e seguridade destes,

¹ Vid. Considerando 4 do RXPDP.

co ánimo de mitigar os posibles riscos que se poidan producir dentro da entidade para que todo iso poida ser, tal como se veu denominando no último tempo, *Compliance*².

Ao fío do anterior, a primeira base lexitimadora que se debe analizar é o consentimento, dado que este implicou un substancial cambio á hora de ser configurado, xa que debe ser facilitado polo afectado para as operacións de tratamento dos seus datos en relación cun ou varios fins específicos.

Cabe destacar o importante valor que o texto europeo lle outorgou ao consentimento, pois suprimiu de xeito absoluto o consentimento tácito, o que contribuíu a que o titular dos datos teña pleno coñecemento do tratamento que sobre eles se realiza, implicando a necesidade de que este “*debe darse mediante un acto afirmativo claro que reflecta unha manifestación de vontade libre, específica, informada e inequívoca*”³. Así as cousas, a aceptación do tratamento en cuestión poderá ser avalado, por exemplo, a través dunha declaración por escrito que poderá ser efectuada a través de medios electrónicos ou ben mediante unha declaración verbal, debendo quedar acreditado –en ambos os dous casos– que se cumpriu co deber de información exixido pola normativa, e terá que constar proba plena do outorgamento do dito consentimento.

En relación co anterior, será a Administración pública, como responsable do tratamento, quen terá a obriga de demostrar que o consentimento se solicitou respectando as garantías recollidas na normativa vixente en materia de protección de datos⁴. Por último, o lexislador europeo, co fin de garantir que o consentimento facilitado polos titulares se fundamente en que este se prestou de forma libre, fai referencia á imposibilidade de que este se configure como fundamento xurídico válido naqueles supostos en que se produza un evidente desequilibrio entre o responsable do tratamento e o afectado polo tratamento dos seus datos de carácter persoal. Por iso, a dita base xurídica non será empregada con asiduidade, derivando tal efecto da significativa posición que alcanza o ente público fronte ao cidadán.

Por conseguinte, isto supuxo, e así o manifestou a Axencia Española de Protección de Datos (en diante, AEPD), que a Administración pública, á hora de configurar as bases lexitimadoras que rexen as actividades de tratamento desempeñadas, faga que se asenten principalmente nos dous fundamentos xurídicos que se sinalan deseguido.

a) *O tratamento é necesario para o cumprimento dunha obriga legal aplicable ao responsable do tratamento.*

b) *O tratamento é necesario para o cumprimento dunha misión realizada en interese público ou no exercicio de poderes públicos conferidos ao responsable do tratamento.*

² Rfc. WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION define o *Corporate Compliance* como o conxunto de procedementos e boas prácticas adoptados polas organizacións para identificar e clasificar os riscos operativos e legais a que se enfrontan e establecer así mecanismos internos de prevención, xestión, control e reacción fronte a estes.

³ *Vid.* Considerando 42 do RXPD.

⁴ De acordo coa Directiva 93/13/CEE do Consello (1), debe proporcionarse un modelo de declaración de consentimento elaborado previamente polo responsable do tratamento cunha formulación intelixible e de doado acceso que empregue unha linguaxe clara e sinxela, e que non conteña cláusulas abusivas. Para que o consentimento sexa informado, o interesado debe coñecer como mínimo a identidade do responsable do tratamento e os fins do tratamento aos cales están destinados os datos persoais. O consentimento non debe considerarse libremente prestado cando o interesado non goza de verdadeira ou libre elección ou non pode denegar ou retirar o seu consentimento sen sufrir prexuízo ningún.

Para tal efecto, para levar a cabo a correcta aplicación destes, debe atenderse ao establecido no artigo 8 da LOPDGDD, o cal, en síntese, indica que:

1. Para poder fundamentar o tratamento no cumprimento dunha obriga legal exixible ao responsable, será necesario que a dita actividade se atope determinada por unha norma de dereito da Unión Europea ou unha norma con rango de lei.

2. Para que poida ser aplicada a base lexitimadora consistente no cumprimento dunha misión realizada en interese público ou no exercicio de poderes públicos, será requisito esencial que ese tratamento sexa consecuencia da competencia que a Administración pública ten conferida a través dunha norma con rango de lei.

Neste punto, resulta interesante resaltar a modificación que se levou a cabo respecto aos puntos 2 e 3 do artigo 28 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, a cal trasladou o consentimento para a consulta ou obtención de documentos elaborados por calquera Administración, en relación coa achega de documentos de carácter preceptivo ou facultativo, á base fundada no cumprimento dunha misión realizada en interese público, permitíndolle ao afectado exercer, en todo momento, o seu dereito de oposición ao tratamento.

A mesma circunstancia se produciu respecto ao requirimento, por parte das administracións públicas, de documentos presentados con anterioridade a calquera Administración, capacitando a esta para a súa recollida, salvo que conste oposición expresa do interesado ou, se é o caso, pola aplicación dunha lei especial, sexa requirido o consentimento expreso do titular dos datos.

Unido ao anterior, concédeselles a potestade ás administracións públicas, por medio da disposición adicional oitava da LOPDGDD, de verificar a exactitude dos datos de carácter persoal dos afectados, cando por calquera medio estes formulen solicitudes en que o cidadán declare datos persoais que consten en poder dos ditos entes.

Conforme canto antecede, debe matizarse que non todos os tratamentos que se realicen por parte das administracións públicas estarán amparados no artigo 8.2 da antedita norma, senón que, e así o expuxo a AEPD por medio do Informe 2018-175, emitido polo seu Gabinete Xurídico, *“Se un determinado tratamento non é necesario para o cumprimento da misión realizada en interese público ou no exercicio dos poderes públicos conferidos polo ordenamento, o dito tratamento non só carecería de base xurídica suficiente lexitimadora prevista no apartado e), senón que, ademais, infrinxiría o principio de minimización de datos contido no artigo 5.1.c) RXP, aplicable igualmente aos tratamentos de datos levados a cabo pola Administración pública”*⁵.

En consecuencia, a aplicación da condición que establece que o tratamento será lícito se este é necesario para a satisfacción de intereses lexítimos perseguidos polo responsable do tratamento ou por un terceiro, verase excluída do ámbito de aplicación a Administración pública, posto que, en relación co referido, primará a aplicación do fundamento baseado no cumprimento dunha obriga legal ou, se é o caso, cumprimento dunha misión realizada en interese público ou no exercicio de poderes

⁵ Vid. www.aepd.es/media/informes/2018-0175-base-juridica-tratamiento-por-la-administracion-publica.pdf

públicos. Igualmente, o dito posicionamento deriva do establecido polo considerando 45 do RXP⁶.

Non obstante, resulta preciso analizar a capacidade que terán tales entidades cando, atopándose á marxe das súas funcións públicas, é dicir, cando actúe como un suxeito de dereito privado, poida aplicar o interese lexítimo como eixe do tratamento de datos de carácter persoal. Para tal efecto, cómpre traer a colación a sentenza emitida polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea, Sala Segunda, o 19 de outubro de 2016. No asunto C 852/14 (*Patrick Breyer e Bundesrepublik Deutschland*) apartados 53 e 60 –ditada en interpretación do concepto de interese lexítimo do artigo 7.1.f) da Directiva 95/46 e, polo tanto, anterior ao RXP– admite que unha autoridade pública pode ter un interese lexítimo como base xurídica nos seus tratamentos de datos⁷.

53. *Pois ben, no asunto principal, sen prexuízo das comprobacións que debe realizar a este respecto o tribunal remitente, parece que os organismos federais alemáns que prestan servizos de medios en liña e que son responsables do tratamento dos enderezos IP dinámicos actúan, malia o seu estatuto de autoridades públicas, en calidade de particulares e fóra do ámbito das actividades do Estado en materia penal.*

60. (...) *Pois ben, os organismos federais alemáns que subministran servizos de medios en liña poderían ter tamén un interese lexítimo en garantir, máis alá de cada utilización concreta dos seus sitios de Internet accesibles ao público, a continuidade do funcionamento dos ditos sitios.*

En relación con esta cuestión, a AEPD, con base nos criterios emitidos por parte do Grupo de Tráballo do Artigo 29 (en diante, GT29), a través do Ditame 06/2014, posicionouse indicando que se considera pertinente deixar a un lado o interese lexítimo, independentemente de que as funcións que se desempeñen se sometan a actividades relacionadas con dereito privado, posto que tales actividades poderán ser encadradas no marco do cumprimento dunha misión realizada en interese público. No entanto, o dito criterio non é mantido, por exemplo, por parte da autoridade de control británica (ICO), que considera que os entes públicos teñen lexitimación para aplicar e, en consecuencia, desenvolver actividades do tratamento sobre a base do interese lexítimo.

Por último, será lícito o tratamento levado a cabo se este é necesario para protexer os intereses vitais do interesado ou doutra persoa física.

⁶ Considerando 45 do RXP. "*Cando se realice en cumprimento dunha obriga legal aplicable ao responsable do tratamento, ou se é necesario para o cumprimento dunha misión realizada en interese público ou no exercicio de poderes públicos, o tratamento debe ter unha base no dereito da Unión ou dos Estados membros. Este regulamento non require que cada tratamento individual se rexa por unha norma específica. Unha norma pode ser suficiente como base para varias operacións de tratamento de datos baseadas nunha obriga legal aplicable ao responsable do tratamento, ou se o tratamento é necesario para o cumprimento dunha misión realizada en interese público ou no exercicio de poderes públicos. A finalidade do tratamento tamén debe determinarse en virtude do dereito da Unión ou dos Estados membros. Ademais, a dita norma podería especificar as condicións xerais deste regulamento polas que se rexe a licitude do tratamento de datos persoais, establecer especificacións para a determinación do responsable do tratamento, o tipo de datos persoais obxecto de tratamento, os interesados afectados, as entidades ás que se lles poden comunicar os datos persoais, as limitacións da finalidade, o prazo de conservación dos datos e outras medidas para garantir un tratamento lícito e leal. Debe determinarse tamén en virtude do dereito da Unión ou dos Estados membros se o responsable do tratamento que realiza unha misión en interese público ou no exercicio de poderes públicos debe ser unha autoridade pública ou outra persoa física ou xurídica de dereito público, ou, cando se faga en interese público, incluídos fins sanitarios como a saúde pública, a protección social e a xestión dos servizos de sanidade, de dereito privado, como unha asociación profesional.*"

⁷ Vid. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=184668&doclang=ES>.

Á luz do exposto, quedou patente a importancia de analizar e, en consecuencia, aplicar os fundamentos xurídicos axeitados ao caso concreto, e todo iso sen perder de vista o deber de información a que todo responsable do tratamento se atopa suxeito.

3 Regulación dos contratos de acceso a datos

Asentado o anterior, o cambio normativo supuxo un importante esforzo á hora de adecuar toda a documentación por medio da cal se solicitaban datos de carácter persoal do cidadán, así como todos aqueloutros documentos que fan referencia a tratamentos de datos de carácter persoal que afecten ao funcionariado público ou calquera outro empregado contratado no seo da organización.

Directamente, isto levou consigo a revisión directa e actualización dos contratos subscritos cos encargados do tratamento, suxeitos que levan a cabo os tratamentos por conta do responsable e que deberán cumprir igualmente coas disposicións europeas e nacionais en materia de protección de datos.

A pesar de que é recomendable efectuar unha revisión dos contratos de acceso a datos, a LOPDGDD, por medio da súa disposición transitoria quinta, estableceu que os contratos perfeccionados con anterioridade ao 25 de maio de 2018, é dicir, antes da aplicación do RXP, manterán a súa vixencia ata a data do seu vencemento e, en caso de que teñan carácter indefinido, a súa actualización poderase prorrogar ata o 25 de maio de 2022.

Así mesmo, as administracións públicas terán a obriga de asegurarse de que os encargados do tratamento seleccionados ofrecen garantías suficientes para aplicar medidas de índole técnica e organizativa apropiadas e, en consecuencia, que estas aseguren a protección dos datos persoais tratados conforme os preceptos recollidos na normativa, garantindo así a tutela dos dereitos dos afectados.

Nesta liña, cobran vital interese as directrices establecidas por parte das administracións públicas a través dos contratos de acceso a datos perfeccionados, xa que mediante a configuración destes derivarán as pertinentes responsabilidades xeradas como resultado dun incumprimento contractual ou, se é o caso, dun fallo de seguridade. Polo tanto, debe facerse especial fincapé nas estipulacións que fan referencia á facultade do encargado do tratamento para destinar os datos a finalidades diferentes para as cales se facilitaron, a posibilidade de comunicar eses datos a terceiros, é dicir, levar a cabo cesións de datos, así como acudir a terceiros para a prestación de determinados servizos e o xeito de proceder en caso de que teña lugar tal situación, séndolle de aplicación a este último encargado as mesmas obrigas que as que lle foron impostas ao encargado inicial. Tales obrigas serán exixidas a través dun contrato ou outro acto xurídico establecido conforme o dereito da Unión ou dos Estados membros.

De igual modo, terán que seguirse as instrucións dadas pola Administración pública, como responsable do tratamento, para poder levar a cabo as transferencias internacionais de datos de carácter persoal (en diante, TID), situación que se produce

cando estes se remiten fóra do ámbito do Espazo Económico Europeo⁸. Para tal efecto, non soamente deberá prestarse atención nas TID que teñan a súa orixe na propia actividade da Administración, senón que será especialmente relevante controlar e regular todas aquelas TID que se orixinan como corolario da evolución das tecnoloxías da información e comunicación, así como do uso, cada vez máis recorrente, dos servizos en nube (*cloud computing*)⁹. Neste extremo, cabe destacar que o texto europeo acrecenta os instrumentos a través dos cales se poderán realizar estas transferencias, entre os que se incorporan os xuridicamente requiridos e vinculantes entre autoridades e organismos públicos¹⁰.

Pola súa vez, será fundamental establecer nos devanditos contratos o xeito de proceder do encargado do tratamento cando se produza unha fenda ou violación de seguridade dos datos persoais, é dicir, cando se “*occasione a destrución, perda ou alteración accidental ou ilícita de datos persoais transmitidos, conservados ou tratados doutra forma, ou a comunicación ou acceso non autorizados aos ditos datos*”¹¹.

Nestes supostos, será indispensable establecer o prazo para a comunicación desas fendas de seguridade, o cal poderá ser superior a 24 horas, sendo recomendable que, á hora de perfeccionar o dito prazo no contrato, este preferiblemente non supere as 48 horas, posto que será o responsable do tratamento quen terá que notificarlle á autoridade de control competente tal acontecemento, sen dilación indebida e, como moito, dentro das 72 horas seguintes¹² desde que se producise a fenda de seguridade, sempre e cando esta constituía un risco para os dereitos e liberdades dos afectados.

Isto implicará que, para a minimización dos riscos que se queiran asumir por medio do contrato, o encargado do tratamento facilite a información que a continuación se detalla, co fin de realizar unha axeitada e eficaz xestión, así como comunicación dos quebrantamentos acaecidos. Esa información deberá conter os seguintes puntos¹³:

a) Descrición da natureza da violación da seguridade dos datos persoais, mesmo, cando sexa posible, as categorías e o número aproximado de interesados afectados, e as categorías e o número aproximado de rexistros de datos persoais afectados.

⁸ Rfc. AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS “Protección de Datos y Administración Local”, *Guías Sectoriales AEPD*. Dispoñible en: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-proteccion-datos-administracion-local.pdf>

⁹ Rfc. IBM Cloud. O *cloud computing* consiste na subministración, baixo demanda, de recursos informáticos a través de Internet e baseada nun modelo de pagamento por uso.

¹⁰ *Vid.* art. 46 do RXPd.

¹¹ *Vid.* art. 4 do RXPd.

¹² O considerando 85 do RXPd establece que, “*Se non se toman a tempo medidas axeitadas, as violacións da seguridade dos datos persoais poden entrañar danos e perdas físicos, materiais ou inmateriais para as persoas físicas, como perda de control sobre os seus datos persoais ou restrición dos seus dereitos, discriminación, usurpación de identidade, perdas financeiras, reversión non autorizada da pseudonimización, dano para a reputación, perda de confidencialidade de datos suxeitos ao segredo profesional, ou calquera outro prexuízo económico ou social significativo para a persoa física en cuestión. Por conseguinte, tan axiña como o responsable do tratamento teña coñecemento de que se produciu unha violación da seguridade dos datos persoais, o responsable debe, sen dilación indebida e, de ser posible, como moito 72 horas despois de que tivese constancia dela, notificar a violación da seguridade dos datos persoais á autoridade de control competente, a menos que o responsable poida demostrar, atendendo ao principio de responsabilidade proactiva, a improbabilidade de que a violación da seguridade dos datos persoais entrañe un risco para os dereitos e as liberdades das persoas físicas. Se a dita notificación non é posible no prazo de 72 horas, debe anexarse unha indicación dos motivos da dilación, podendo facilitarse información por fases sen máis dilación indebida*”.

¹³ *Vid.* art. 33 do RXPd.

b) O nome e os datos de contacto do delegado de protección de datos ou doutro punto de contacto en que poida obterse máis información.

c) Descrición das posibles consecuencias da violación da seguridade dos datos persoais.

d) Descrición das medidas adoptadas ou propostas para pórllle remedio á violación da seguridade dos datos persoais, incluíndo, se procede, as medidas adoptadas para mitigar os posibles efectos negativos.

Por outro lado, nin a normativa internacional nin nacional ofrecen unha lista exhaustiva de todas as medidas de seguridade de carácter técnico e organizativo que deberán ser aplicadas en relación cos tratamentos efectuados. Neste sentido, e tal como se veu realizando ata o momento, as administracións públicas deberán aplicar todas as medidas contidas no Esquema Nacional de Seguridade (en diante, ENS), o cal establece aquelas ás cales convén adherirse en relación cos tratamentos de datos de carácter persoal efectuados.

Neste punto, a disposición adicional primeira da LOPDGDG incorpora o deber que teñen os responsables do tratamento para exixirlles aos encargados configurados como empresas ou fundacións suxeitas a dereito privado a adopción, no seo da súa organización, de medidas equivalentes ás establecidas polo ENS. Pola súa vez, este requisito será o aplicado naqueles supostos en que un terceiro preste un servizo en réxime de concesión, encomenda de xestión ou contrato, debendo corresponderse as medidas aplicadas coas da Administración pública de orixe.

Con todo iso preténdese alcanzar o cumprimento da protección de datos desde o deseño e por defecto¹⁴, dous novos principios introducidos polo RXPDP co propósito de que todas as organizacións e institucións respecten e avalen a privacidade da información dos titulares e, en consecuencia, cumplan con outro dos novos principios recollidos no texto europeo, a responsabilidade proactiva –tamén coñecido como *accountability*–.

En consecuencia, o responsable deberá documentar por medio dun rexistro de actividades do tratamento aquelas efectuadas baixo a súa responsabilidade, que veu substituír a obriga de notificarlles os ficheiros e tratamentos ás autoridades de control de protección de datos¹⁵. Pola súa banda, o encargado do tratamento terá a obriga de documentar no dito rexistro as categorías de actividades efectuadas por conta do responsable. Así as cousas, o rexistro de actividades do tratamento terá que manterse actualizado, xa que se trata dun documento vivo, debendo atoparse, en todo momento, á disposición das autoridades de control¹⁶.

Unha vez documentadas esas actividades, será necesario realizar unha análise dos riscos que estas comportan –englobando tanto as xa existentes como as que

¹⁴ Rfc. a AEPD na súa Guía "*Protección de Datos y Administración Local*" recolle que o principio de protección de datos desde o deseño supón que a protección de datos ha de estar presente nas primeiras fases de concepción dun proxecto e formar parte da lista de elementos a considerar antes de iniciar as sucesivas etapas de desenvolvemento. Así mesmo, entende que a protección de datos por defecto estriba en que só sexan obxecto de tratamento os datos persoais que sexan estritamente necesarios para cada un dos fins de tratamento.

¹⁵ Rfc. AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, "El impacto del Reglamento General de Protección de Datos sobre la actividad de las Administraciones Públicas". Dispoñible en: <https://www.aepd.es/media/docs/impacto-rgpd-en-aapp.pdf>

¹⁶ Rfc. RODRÍGUEZ, B., "Cuáles son las exigencias de RGPD", *Revista Byte TI. Legalidad TIC*, 17 abril de 2018.

vaian ter lugar—, para determinar se é pertinente realizar ou non unha avaliación de impacto sobre a protección de datos (en diante, AIPD). Neste sentido, as administracións públicas españolas contan actualmente con metodoloxías de análise e xestión de riscos, principalmente no ámbito dos sistemas da información, como, por exemplo, a norma *ISO 27005*, que derogou as normas *ISO/IEC TR 13335-3:1998* e *ISO/IEC TR 13335-4:2000*, ou *MAGERIT*¹⁷. Esta última constitúese como unha metodoloxía de carácter público e atópase recoñecida por ENISA¹⁸, configurándose como un instrumento que pretende posibilitar a implantación e aplicación do ENS¹⁹.

Así mesmo, as AIPD deben ser realizadas con anterioridade á posta en marcha dos tratamentos e, cando se considere que estes entrañan unha serie de perigos para as liberdades e dereitos dos titulares, fixando pola súa vez unha secuencia de supostos en que será preceptivo realizar a dita avaliación. Non obstante, é certo que o texto europeo exceptúa a necesidade de realizar unha AIPD en tratamentos que non supoñen un alto risco para os dereitos e liberdades dos titulares, sempre e cando estes descansan sobre a base lexitimadora relativa á consecución de fins de interese público ou se atopen ligados ao fundamento referente ao exercicio dos poderes públicos. Tal como indicou a autoridade de control española, non se terán que someter a AIPD estes tratamentos, nos supostos de que exista unha norma que os regularice e se tivese realizado unha avaliación, como parte dunha AIPD xeral, no contexto da adopción desa norma de base²⁰.

Non é cuestión banal a importancia que radica en canto á cooperación que debe existir entre os responsables e encargados do tratamento, xa non só respecto ás continxencias acaecidas no marco da prestación de servizos, senón tamén en canto á correcta atención dos dereitos de acceso, rectificación, oposición, supresión, limitación e portabilidade dos datos exercitados polos titulares dos datos de carácter persoal. Para o exercicio deles, as administracións públicas deberán habilitar mecanismos sinxelos, accesibles e visibles para os cidadáns, así como establecer procedementos que impliquen a verificación da identidade do titular no suposto de que se permita o

¹⁷ Rf.c. PORTAL ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA, GOBERNO DE ESPAÑA. *MAGERIT* persegue estes obxectivos: i) concienciar os responsables das organizacións da existencia de riscos e da necesidade de xestionalos, ii) ofrecer un método sistemático para analizar os riscos derivados do uso de tecnoloxías da información e comunicación (TIC), iii) axudar a descubrir e planificar o tratamento oportuno para manter os riscos baixo control indirectos, iv) preparar a organización para procesos de avaliación, auditoría, certificación ou acreditación, segundo corresponda en cada caso.

¹⁸ A European Network and Information Security Agency (ENISA) é a Axencia da Unión Europea para a Seguridade das Redes e a Información, constituíndose como un centro de experiencia para a ciberseguridade, co que se pretende dotar a UE e os países que a conforman de consellos prácticos e solucións tanto ao sector público como privado, para previr, detectar e responder aos problemas que se orixinen como consecuencia da seguridade da información.

¹⁹ CN-CERT. CENTRO CRIPTOLÓXICO NACIONAL. A Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos estableceu o Esquema Nacional de Seguridade, que, aprobado mediante o Real decreto 3/2010, do 8 de xaneiro, ten por obxecto determinar a política de seguridade na utilización de medios electrónicos no seu ámbito de aplicación, e estará constituído polos principios básicos e requisitos mínimos que permitan unha protección axeitada da información. Posteriormente, a Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, recolle o Esquema Nacional de Seguridade no seu artigo 156, apartado 2, en similares termos. En 2015 publicouse a modificación do Esquema Nacional de Seguridade a través do Real decreto 951/2015, do 23 de outubro, en resposta á evolución do ámbito regulatorio, en especial da Unión Europea, das tecnoloxías da información e da experiencia da implantación do esquema.

²⁰ Rf.c. AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, "El impacto del Reglamento General de Protección de Datos sobre la actividad de las Administraciones Públicas", cit.

exercicio de tales dereitos a través de medios electrónicos, como por exemplo remitir unha copia do documento nacional de identidade.

Retomando a importancia do deber de colaboración descrito, será determinante establecer o prazo que ten o encargado do tratamento para darlle traslado ao responsable das solicitudes formuladas polos afectados polos tratamentos dos seus datos de carácter persoal, así como establecer a imposición de medidas axeitadas co fin de garantir a correcta recepción destas, no caso de que non se lle atribúa a facultade de contestación a tales peticións ao encargado do tratamento. Igualmente, estas cuestións deberán ser reflectidas no contrato suscrito entre ambas as dúas partes.

En canto á figura do delegado de protección de datos, este revístese de carácter obrigatorio, cabendo a posibilidade de nomear un único delegado para varios organismos, aínda que é certo que tal decisión terá que atender ao tamaño e á estrutura da dita entidade pública. Así mesmo, os delegados, tal como indica o considerando 97 do RXPDP, deberán posuír coñecementos especializados en dereito e a práctica en materia de protección de datos. Finalmente, terán que ser establecidas as unidades nas cales este será integrado e a posición que ten dentro do ente público, debendo ser habilitados mecanismos que permitan aos cidadáns contactar con el, como por exemplo a través da inclusión, dentro da política de privacidade da páxina web ou nos formularios que se atopen á disposición do público, do seu correo electrónico.

Por último, todas as directrices que se foron mencionando ao longo deste estudo e que supoñen, en definitiva, unha exposición dos puntos máis relevantes que afectan dun xeito directo á Administración pública e aos seus provedores de servizos deberán atoparse suxeitas ao deber de segredo e confidencialidade.

Bibliografía

- AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), “El impacto del Reglamento General de Protección de Datos sobre la actividad de las Administraciones Públicas”. Disponible en: <https://www.aepd.es/media/docs/impacto-rgpd-en-aapp.pdf>
- CAMPOS ACUÑA, M.^{3C}. (dir.), *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, F.J., e REGUERA GÓMEZ, M., “Reflexiones sobre la protección jurídica de las bases de datos. Auto del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2018”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n. 83 (xaneiro-abril) 2018.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., e MORO, A., *Manual-guía sobre impactos del Reglamento (UE) de protección de datos en los entes locales*, Federació de Municipis de Catalunya, 2018. Disponible en: <https://www.fmc.cat/documents/25050/doc/Manual-Guia-castella.pdf>
- NÚÑEZ SEOANE, J., *Comunicación de datos personales por las Administraciones Públicas en el RGPD*, Blog Abogacía Española, 2018. Disponible en: <https://www.abogacia.es/2018/07/17/>

comunicacion-de-datos-personales-por-las-administraciones-publicas-en-el-rgpd/

OROZ VALENCIA, L., “El día a día en las entidades locales y la influencia de la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter Personal”, *Actualidad Administrativa*, n. 9, 2015.

POVEDANO ALONSO, D., “Comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en su aplicación a las entidades locales”, *Actualidad Administrativa*, n. 1, 2019.

RODRIGUEZ, B., “Cuáles son las exigencias de RGPD”, *Revista Byte TI. Legalidad TIC*, 17 abril de 2018.

TRONCOSO REIGADA, A., “La seguridad en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”, *Actualidad Administrativa*, n. 1, 2019.

URGELL, E., “El RGPD: un cambio de paradigma en la protección de datos”, *Revista Byte TI. Legalidad TIC*, maio 2018.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Maxistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

Recibido: 26/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.40>

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Eleccións municipais 2019. 1.2 Relación de postos de traballo dos concellos. Valoración dos postos. Criterios para a determinación dos complementos específico e de destino dos policía locais. Principios de coherencia lexítima e actos propios. Inexistencia de dereitos adquiridos. 1.3 Contratación local. Servizos de asesoría xurídica e defensa letrada en xuízo. Requisitos de solvencia técnica. 1.4 Deslinde de bens de dominio público municipal. Posibilidade de interpor recurso de reposición. 2 Educación. 2.1 Adscrición administrativa obrigatoria dos centros de ensino privado aos públicos. 3 Medio ambiente e urbanismo. 3.1 Execución de sentenza anulatoria de licenza de edificio de vivendas por transacción xudicial alcanzada mediante técnicas de mediación. 3.2 Exención de avaliación de impacto ambiental de planta industrial regasificadora, acordada polo Goberno do Estado en funcións. 3.3 Licenzas urbanísticas en trámite na data de anulación xudicial do plan xeral de ordenación municipal. Sentido do silencio administrativo. 3.4 Disciplina urbanística. Caducidade da potestade para restaurar a legalidade sobre unha obra de uso industrial. 3.5 Execución de sentenza anulatoria de licenza de nave industrial. Prazo para promover incidente de inexecución. A disposición transitoria 7.^a da Lei 2/2016 do solo de Galicia non leva consigo a legalización de construcións afectadas por sentenza. 4 Persoal. 4.1 Persoal temporal do Servizo Galego de Saúde (SERGAS). Plan de estabilidade no emprego. Dereito a indemnización polo cesamento. 4.2 O período de baixa por maternidade nas vinculacións de temporais debe computarse como tempo efectivo de traballo. 5 Proceso contencioso-administrativo. 5.1 Revisión de sentenzas firmes por vulneración do Convenio Europeo para a Protección dos Dereitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Omisión de emprazamento dos propietarios afectados pola impugnación dunha licenza urbanística. 5.2 Suspensión do proceso por concorrencia de cuestión prexudicial penal. Reclamación de honorarios por servizos prestados sen contrato. 6 Responsabilidade patrimonial. 6.1 Responsabilidade sanitaria. Teoría do dano desproporcionado. Consentimento informado. 6.2 Reclamación indemnizatoria polos prexuízos derivados da inclusión de determinados terreos na Rede Natura. 7 Tributos. 7.1 Ordenanza municipal reguladora da taxa por utilización privativa ou aproveitamento espe-

cial do dominio público local das instalacións de transporte de enerxía eléctrica, gas, auga e hidrocarburos. 7.2 Nulidade do Real decreto 529/2017, de modificación do Regulamento do imposto sobre o valor engadido, por omisión do informe preceptivo do Consello de Estado. 8 Universidades. 8.1 Control xurisdiccional da avaliación negativa de períodos de investigación pola ANECA.

1 Administración local

1.1 Eleccións municipais 2019

Sobre as eleccións municipais celebradas o 26 de maio de 2019, resulta de interese a Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), do 26 de xuño de 2019 (rec. 213/2019, relator: Rivera Frade). Ordena repetir as ditas eleccións no termo municipal de Burela ao non se teren conservado varias papeletas de votos que foron declarados nulos nunha mesa electoral. Incide a sentenza en que:

«Se descoñece se algún dos votos declarados nulos na Mesa 1.5.U do municipio de Burela podía favorecer a formación política recorrente, é dicir, se algún deses votos ía destinado a ela, pois as papeletas desapareceron. O único que se sabe é que as papeletas desapareceron, e que, de favorecero tan só unha delas, a formación política actora tería obtido representación no municipio de Burela cun concelleiro. Entende esta Sala que a incerteza sobre o sentido e a validez dos votos nulos cuxas papeletas desapareceron non pode prexudicar a actora, e deben conducir á invalidez do escrutinio efectuado, polas seguintes razóns: 1) En primeiro lugar, porque BURELA SEMPRE non estaba obrigada a estar presente na Mesa electoral a través dos seus representantes (“non existía nin interventor nin apoderado da Agrupación na citada Mesa, sen que, polo demais, exista obriga legal ningunha da súa presenza” –di a STC 57/1991, do 15 de xullo–). 2) En segundo lugar, porque a non constancia na acta de escrutinio dalgunha incidencia por parte dos interventores presentes o único que significa é que non tiñan nada que obxectar ao respecto, como tampouco o fixeron posteriormente no acto de escrutinio xeral ante a XEZ, probablemente porque a nulidade dos 6 votos, cuxas circunstancias coñecían, non os prexudicaba. Pero non impedía que a recorrente presentase reclamación contra ela. 3) E, en terceiro lugar, porque o incumprimento detectado ten especial importancia en canto, de poderse verificar tan só un voto nulo, que puidese ser validado, dirixido á formación política actora, esta tería obtido un concelleiro e, con el, representación no municipio, sempre e cando ningún dos votos restantes fose favorable ao BNG, con quen inicialmente empatara a recorrente. Non se puido comprobar o contido real dos votos nulos, e, polo tanto, non se puido coñecer a verdadeira vontade dos seis electores que os emitiron. Pero si sabemos, que, se un deles fose declarado válido e estivese dirixido á formación política actora, se alteraría a composición da Corporación municipal, pois obtería un concelleiro en detrimento doutra formación política (BNG), que o perdería.

Esta Sala na sentenza do 19 xullo de 1999 (Recurso 1059/1999), con cita no acordo da Xunta Electoral Central do 7 de xuño de 1991, pronunciouse no sentido de que a simple omisión das papeletas ás que se negase validez non se deduce a declaración de nulidade do acto de votación, en virtude dos principios de conservación dos actos electorais e

efectividade dos dereitos de votantes e candidatos, “salvo que tal omisión poida, de resultar certa a reclamación do recorrente, determinar ou resultar determinante para o resultado da elección”. E isto é o que sucede no presente caso en que a irregularidade cometida na Mesa electoral 1.5.U do municipio de Burela, sometida aos canons de constitucionalidade, que impoñen a interpretación finalista e pro efectividade dos dereitos fundamentais dos electores recollido no artigo 23.1 CE, non supera o principio de veracidade material, isto é, impide descubrir a verdade material manifestada polos electores daquel distrito electoral, polo que unha ponderación da intensidade e gravidade da irregularidade cometida determina a desactivación do principio de conservación dos actos electorais, facendo imposible conservar o resultado da votación realizada na citada Mesa.

En consecuencia e dado que o vicio detectado no curso do procedemento electoral desenvolvido o día 26 de maio de 2019 na Mesa electoral 1.5.U do municipio de Burela pode ser determinante do resultado final da elección, en canto á formación política recorrente puidese corresponderlle un concelleiro nese municipio, e polo tanto representación política nel, procede acordar a nulidade da elección celebrada na dita Mesa nos termos solicitados pola recorrente e, de conformidade co artigo 113.1, letra d) LOREX, a necesidade de efectuar nova convocatoria nesta para que se repita a votación nesa mesa electoral, en todo caso no prazo de tres meses a partir desta sentenza, o cal conduce á estimación do recurso presentado».

O TSXG, na súa Sentenza do 25 de xuño de 2019 (rec. 214/2019, relator: Seoane Pesqueira), confirma a nulidade do voto dunha lista municipal introducido na urna das eleccións municipais, pero dentro dun sobre das europeas, con estes razoamentos:

«(...) é tallante o artigo 96.1 LOREX á hora de impor a invalidez do voto introducido nun sobre diferente do oficial. O dito artigo 96.1 da LOREX establece que será nulo o voto emitido en papeleta non oficial, o que loxicamente debe interpretarse como que ha de introducirse a papeleta das eleccións locais no sobre das propias eleccións municipais para depositalo na urna dos ditos comicios, tal como anteriormente se argumentou, de modo que non é válido o voto se a papeleta se inclúe en sobre oficial correspondente a outro proceso electoral, neste caso das europeas, aínda que se celebre o mesmo día, por dúas razóns: 1.^a cada proceso electoral é autónomo, e de feito no caso que nos ocupa é normativa diferente a que regula a exixencia respecto das eleccións municipais e europeas, de xeito que, en concreto, se aproba como oficial un sobre diferente para cada proceso, en congruencia co cal nos comicios celebrados o 26 de maio de 2019 era de distinta cor o sobre en que se introducía a papeleta en cada unha das citadas eleccións, e 2.^a se se dese validez á papeleta introducida en sobre de proceso electoral distinto estaríase a propiciar a conculcación da exixencia do segredo do voto, porque chamaría a atención que na urna en que todos os sobres fosen dunha determinada cor existise un de cor distinta, como sucede neste caso, en que todos os sobres das eleccións municipais serían de cor branca, e non obstante era de cor azul un deles, resultando perfectamente identificable o votante a quen na mesa se lle permitiu tal anomalía.

Polo tanto, non pode acollerse a alegación do recorrente de que non se vulnerou o artigo 96.1 LOREX, o que baseou en que a papeleta se introduciu en sobre oficial, non podendo

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

prosperar o alegado porque o sobre en que se introduciu a papeleta non era o oficial para as eleccións municipais, que era o exixido.

Tampouco se pode compartir o argumento de que a interpretación do actor é a máis garantista para o exercicio do dereito fundamental contido no artigo 23.2 da Constitución, porque, ademais de todos os argumentos ata aquí razoados, hai que engadir que aquel dereito fundamental se debe cohonestar co dereito ao segredo do voto nas eleccións locais, recollido no artigo 14o da Constitución, para a preservación do cal se contén a normativa antes examinada».

1.2 Relación de postos de traballo dos concellos. Valoración dos postos. Criterios para a determinación dos complementos específico e de destino dos policía locais. Principios de coherencia lexítima e actos propios. Inexistencia de dereitos adquiridos

O TSXG, na súa Sentenza do 18 de xuño de 2019 (rec. 2/2019, relator: Seoane Pesqueira), desestima o recurso interposto contra a aprobación definitiva da relación de postos de traballo (RPT) do Concello de Vimianzo. A dita RPT elaborouse a partir da valoración dos postos realizada nun pormenorizado estudo por un profesor da Universidade da Coruña. O tribunal analiza os criterios conforme os cales se deben determinar os complementos específico e de destino dos postos dos policía locais, coas seguintes consideracións:

«(...) o que se realizou coa aprobación da relación de postos de traballo agora impugnada é acatar canto se regula na dita normativa, valorando cada un dos postos de traballo existentes co fin de establecer o complemento específico que lle corresponde a cada un, evitando as disparidades e contradicións previamente existentes, pero conformando un réxime retributivo lóxico e coordinado do persoal funcionario, que impida a equiparación de niveis entre postos cun nivel de exixencia de titulación moi diferentes, e unhas contías de complementos específicos que non se correspondan cos factores recollidos naquel artigo 4 do RD 861/1986.

Para iso, e co fin de fixar así mesmo os niveis de complemento de destino a que se refire o artigo 3 daquel RD 861/1986, acudiuse a un docente da Universidade da Coruña, examinando este a normativa reguladora na materia que, á parte daquela norma regulamentaria, se recolle no artigo 93 da Lei 7/1985, de bases de réxime local, 48 da Lei 4/2007, de coordinación de policía locais de Galicia, e 211 da Lei 2/2015, de emprego público de Galicia.

Para a asignación dos niveis de complemento de destino e os importes dos complementos específicos examináronse as funcións de cada posto de traballo, tendo en conta para estes últimos os factores recollidos no apartado 1 do artigo 4 do RD 861/1986, é dicir, especial dificultade técnica, dedicación, incompatibilidade, responsabilidade, perigosidade ou penosidade, así como o traballo por quendas. Tamén convén ter presente que para a determinación do complemento específico se tiveron en conta así mesmo os criterios de contención e homoxeneización do gasto do conxunto da función pública española,

tomando como referencia a Orde do 10 de febreiro de 2017, pola que se ditan instrucións sobre a confección de nóminas do persoal ao servizo da Administración autonómica para o ano 2017, cuxo anexo IV detalla para o persoal da Comunidade Autónoma as contías mensuais dos complementos específicos en función do complemento de destino. (...).

Nesta segunda instancia postula o demandante que na valoración do complemento específico se inclúan os factores de atención ao público, incompatibilidade, fin de semana e dispoñibilidade.

(...) En primeiro lugar, alega o apelante que o factor de atención ao público non se inclúe para os postos de traballo de policía local, malia que estes funcionarios teñen deber de atender o público tanto no seu centro de traballo como na rúa. (...) A atención ao público defínese na RPT como o factor destinado a retribuír aqueles postos que teñan atención ao público con carácter permanente durante a xornada laboral, polas singulares condicións de traballo que implica esta atención. Fundaméntase a exclusión debido a que, malia ser certo que, pola súa natureza os postos de traballo de policía local deben interactuar puntualmente cos cidadáns, esta atención non é permanente durante a súa xornada laboral, o cal se ofrece como lóxico e racionalmente motivado, porque evidentemente os de policía local non son postos que se inclúan entre aqueles en que permanentemente se teña que atender o público durante a súa xornada laboral, de xeito que non concorre este parámetro nin sequera nun nivel inferior, porque a desaparición do carácter permanente fai cualitativamente inviable este factor.

En segundo lugar, refírese o apelante ao factor de incompatibilidade. Este factor defínese como a posibilidade/imposibilidade de simultanear a ocupación do posto con outro/s posto/s ou actividades de carácter público ou privado nos termos sinalados na Lei 53/1984, do 26 de decembro, de incompatibilidade. O propio apelante reconece que este factor xa foi incluído no complemento específico, pero móstrase discrepancia con que a súa contía sexa distinta en función do grupo de titulación, cando se trata dunha limitación que afecta a todos os funcionarios por igual, sen que se poida xustificar un maior dano ou grao de afectación en función do grupo de pertenza. (...) a dita diferenciación non se considera contraria a dereito, porque: 1.º xustifícaa o artigo 48.3.a da Lei galega 4/2007, que establece o nivel de formación como un dos criterios para a fixación das retribucións complementarias dos funcionarios dos corpos de Policía Local, 2.º non se reputa vulneradora do principio de igualdade, recoñecido no artigo 14 da Constitución española, porque non se achegou ningún suposto de feito homoxéneo de contraste que revele que ao actor se lle discrimina en relación con outro oficial de policía local a quen se lle dispense un trato máis beneficioso, e 3.º este modo de concretar o parámetro de incompatibilidade constitúe unha opción discrecional que o ordenamento xurídico outorga ao Concello en función da súa potestade de autoorganización, cumprindo a finalidade homoxeneizadora e racionalizadora das retribucións públicas que deriva do marco integrado pola Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, e das leis anuais de orzamentos.

En terceiro lugar, alude o apelante ao factor de fin de semana, que na relación de postos de traballo só se inclúe para o persoal laboral e retribúe a xornada habitual en fin de semana como consecuencia das características do posto.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

A Administración xustifica a exclusión deste factor porque a función de policía local constitúe un servizo público local obrigatorio e continuo, de xeito que a súa prestación é regulada mediante traballo a quendas, o cal se retribúe mediante o plus de quendas.

Esa xustificación ofrécese como racional, lóxica e conforme co establecido no ordenamento xurídico, xa que, á marxe de que o traballo por quendas entraña que o oficial de policía local deba prestar servizo en moitas ocasións en fin de semana, non se aprecia un plus que deba determinar necesariamente a contrariedade a dereito da exclusión daquel factor, tratándose dunha opción perfectamente lexítima que non incide en ilegalidade ningunha, ademais de que podería conducir a unha improcedente duplicidade a percepción ao mesmo tempo dos factores de traballo por quendas e fin de semana.

En cuarto lugar, quéixase o recorrente de que non se inclúa, como factor na valoración do complemento específico, a dispoñibilidade horaria, porque as características dos postos de traballo da policía obrigan os funcionarios que os ocupan a atender situacións non previstas, como emerxencias derivadas de accidentes, incendios, altercados, etc. Este factor está definido na RPT polo cumprimento de parte da xornada establecida para aqueles postos cuxas funcións así o requiren polas actividades programadas en horario de tarde e/ou fin de semana, polo que dentro do persoal funcionario só se lle reconece ás técnicas de emprego e cultura.

A xustificación que ofrece a Administración para a exclusión neste caso é que no caso das policías locais, do mesmo xeito que cando se trata dos membros de forzas e corpos de seguridade do Estado, a súa peculiaridade é a imputación dun deber legal de intervir, en calquera tempo e lugar, estean ou non de servizo, en defensa da lei e a seguridade cidadá, tal como se desprende do disposto no artigo 7.d da Lei 4/2007, que, no relativo á dedicación profesional, establece que é principio básico de actuación para os membros dos corpos de policía local, de acordo co artigo 5 da Lei orgánica 2/1986, que deben intervir sempre, en calquera tempo e lugar, estean ou non de servizo, en defensa da lei e a seguridade cidadá. Tamén cómpre considerar conforme a dereito esta exclusión porque: 1.º a petición non se axusta á definición da dispoñibilidade antes mencionada, xa que no caso dun oficial de policía local non ha de cumprir necesariamente parte da xornada establecida en horario de tarde e/ou fin de semana, 2.º ao formar parte da función inherente na propia dun policía local a intervención en todo tempo e lugar, estea ou non de servizo, iso non entraña un plus que se deba retribuír a través do complemento específico.

Non debe esquecerse que na RPT impugnada no posto de oficial de policía local se valoran os factores de traballo por quendas e perigosidade, o primeiro en función do réxime de traballo a quendas, e o segundo baseándose no manexo de armas que require o desempeño do servizo; así mesmo, recoñécense os factores de penosidade e incompatibilidade, o primeiro polo desenvolvemento da realización dunha parte da súa xornada laboral no exterior, e o segundo nos termos que antes quedaron analizados. Con estas inclusións téñense en conta as peculiaridades propias do posto de oficial de policía local de que agora se trata, e lévase a cabo a valoración individualizada do posto nos termos exixidos polo artigo 4 do RD 861/1986, polo que non cabe acoller os reproches que o apelante lle dirixe.

En segundo lugar, alega o apelante que no suplico da demanda solicitaba a anulación da RPT impugnada respecto á minoración do nivel do complemento de destino do posto

e subsidiariamente que se anulase pola redución do complemento específico asignado ao dito posto de traballo, e critica que na sentenza de primeira instancia se desestiman ambas as dúas pretensións ao non tomar en consideración a alegación de vulneración do principio de confianza lexítima, tamén denominado de actos propios. (...). O principio de confianza lexítima, recollido no artigo 3.1.e da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, ha de atopar un límite no exercicio lexítimo da potestade de autoorganización da Administración, porque se aquel se aplicase no xeito en que pretende o apelante entrañar a petrificación da posibilidade da Administración de organizar os servizos ao seu cargo do modo que tivese máis conveniente, de maneira que, en concreto, non podería levar a cabo unha planificación dos recursos humanos que considerase máis acorde para servir con obxectividade os intereses xerais. Loxicamente, esa potestade, pola súa vez, ten o límite do acatamento á legalidade, porque o artigo 103.1 da Constitución española impón en todo caso “o sometemento pleno á lei e ao dereito”. É dicir, a actuación da Administración non pode ser alterada arbitrariamente senón con observancia da legalidade, pero se se comproba que se acomodou ao que o ordenamento xurídico establece, a mera invocación do principio de confianza lexítima non pode bastar para anular o feito pola Administración. (...).

O terceiro motivo de apelación apóiase na sentenza desta Sala e Sección do 18 de xaneiro de 2012, na cal se declaraba que o grupo de titulación non pode incidir na fixación do complemento específico, ao non ter conexión coas características do posto. No caso que se axuizaba naquela anterior sentenza criticábase a fixación do complemento específico atendendo exclusivamente á titulación dos empregados públicos, o cal xa vimos que non sucede neste caso, en que se toman en consideración os parámetros previstos no artigo 4 do RD 861/1986 e se atende á finalidade homoxeneizadora e racionalizadora das retribucións públicas a que antes se aludiu, que deriva do marco integrado pola LO 2/2012. En congruencia con iso, tamén é conforme a dereito a comparación dos complementos específicos locais cos estatais e os propios da Comunidade Autónoma de Galicia, e non cabe acoller a crítica do apelante relativa a que todos os postos de traballo que teñen o mesmo complemento de destino posúen igual complemento específico, pois o oficial de policía local e o técnico de cultura, malia coincidiren no nivel 18 de complemento de destino, teñen distinto específico (8.500 euros e 7.500 euros respectivamente), polo que un dos exemplos a citar afecta precisamente ao posto a que se refire a impugnación neste litixio.

O cuarto motivo de apelación céntrase en reiterar a alegación de vulneración do punto 14.13 do Acordo Regulador das Condicións de Traballo de Persoal Funcionario ao servizo do Concello de Vimianzo. Tampouco pode acollerse a dita alegación porque: 1.º Da acta da mesa negociadora do 2 de xuño de 2017, na cal estiveron presentes os sindicatos, formou parte a relación de postos de traballo de que agora se trata, polo que tacitamente se admitiu a superación do que naquel acordo se consignou, porque, noutro caso, faríase alusión a este, 2.º Non se demostrou a vixencia do acordo regulador mencionado, e 3.º En todo caso, a fixación do nivel de complemento de destino e da contía do específico do posto de oficial de policía local adecuouse á legalidade conformada polo RD 861/1986, Lei 4/2007, Real decreto legislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

refundido da Lei do estatuto básico do empregado público, e Lei galega 2/2015, que teñen un rango superior a aquel acordo.

O quinto e último motivo de apelación céntrase en reiterar a pretensión de que se lle recoñeza ao actor un complemento persoal transitorio dunha contía igual á diferenza entre o complemento específico percibido no ano 2017 e o aprobado na relación de postos de traballo. Non merece mellor sorte esta última pretensión, porque xa argumentamos anteriormente que na RPT impugnada é a primeira ocasión en que se leva a cabo unha valoración singularizada dos postos de traballo segundo o que a legalidade exige, polo que non cabe confrontar o importe do complemento específico percibido en 2017 co aprobado na dita RPT, ao que cabe engadir que o complemento persoal transitorio recollido na mencionada RPT está previsto para o caso de dous empregados públicos que están en casos totalmente diferentes dos do actor, pois un e outro estaban moi próximos á xubilación e o propósito perseguido era que non visen reducida a súa base de cotización coa conseguinte redución da pensión a percibir, de xeito que non existe discriminación ningunha, ao tratarse de casos totalmente diferentes.

En todo caso, cómpre lembrar que o artigo 156 do Real decreto lexislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o Texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local, establece que “O desfrute das retribucións complementarias non creará dereitos adquiridos en favor dos funcionarios, salvo o establecido legalmente respecto do grao consolidado en relación co nivel de complemento de destino”».

1.3 Contratación local. Servizos de asesoría xurídica e defensa letrada en xuízo. Requisitos de solvencia técnica

O TSXG, na súa Sentenza do 10 de abril de 2019 (rec. 7009/2019, relator: Cibeira Yebra-Pimentel), confirma en apelación a anulación dun acordo municipal aprobatorio da contratación do “Servizo de asesoría xurídica, asistencia letrada e defensa en xuízo”. E iso por ter incluído no prego de cláusulas administrativas particulares a seguinte condición: «Establécese como requisito mínimo de solvencia técnica e profesional ter executado servizos de asesoría xurídica, asistencia letrada e defensa en xuízo para administracións locais nos últimos 3 anos por valor igual ou superior ao orzamento deste contrato, e deberán ser acreditados mediante certificados expedidos ou visados polo órgano competente (...)». Incide o TSXG nesta sentenza en que:

«(...) mesmo recoñecendo en principio que, a teor da lei aplicable que se citaba, a Administración contratante dispuña dun certo grao de discrecionalidade para determinar os requisitos de solvencia técnica e profesional exixible a este tipo de contratos no que se refire á experiencia, o certo é que tal potestade discrecional estaba condicionada por unha serie de elementos regrados e polos principios xerais do dereito administrativo, entre os que figuraba a salvagarda da libre competencia, a non discriminación e igualdade de trato entre os candidatos, e, sobre todo, o principio de proporcionalidade (art. 4 da Lei 40/2015) segundo o cal, nas exixencias para a mellor decisión conforme as pautas xa ditas, a Administración deberá elixir a medida menos restritiva, motivar a súa necesidade para a protección do interese público, así como xustificar a súa adecuación para lograr os fins que

se persigan, sen que en ningún caso deban producirse diferenzas de trato discriminatorio, de maneira que a necesidade de motivación do acto discrecional resulta esencial para o seu posterior control, significándose que entre os elementos regrados que limitan a potestade discrecional figuran os contemplados no artigo 45 da Lei 14/2013 e no artigo 32. D) do TRLCSP actual, segundo os cales non se lles poderá outorgar ningunha vantaxe directa ou indirecta ás empresas que contratasen previamente con calquera Administración. A continuación, a sentenza aplica de maneira axeitada eses principios ás circunstancias do caso, e, con indubidable acerto, conclúe que esa condición de exixencia técnica e profesional era excesivamente restritiva e incompatible con tales regras esenciais, en especial coa salvagarda da libre competencia, aclarando que, aínda que sexa lóxico e razoable que se lle exixa aos candidatos para un servizo principal de asesoría xurídica e defensa letrada en xuízo unha especialización previa e un coñecemento profundo do dereito administrativo, o que hai que considerar inadmisibile é que se exixa, como requisito inescusable para poder participar na licitación, ter sido contratado por un Concello nos últimos tres anos nunha materia determinada, porque hai medios alternativos perfectamente válidos para poder acreditar os coñecementos xurídicos de que se trata necesarios para o desenvolvemento correcto desa función de asesoría, sen ter que acudir de xeito obrigado a esa exixencia obxectiva tan extrema de ter desenvolvido precisamente esa mesma función durante ese número tan prolongado de anos nun traballo de asesoría xurídica das mesmas características precisamente tendo prestado servizos para un Concello. Para o xuíz de instancia parece claro –e considerámolo razoable– que se trata dunha exixencia exorbitante que limitaría de maneira practicamente insalvable as posibilidades doutros moitos despachos profesionais que poderían prestar perfectamente esa función de asesoría nunhas condicións óptimas de preparación, pero que se verían inxustamente apartadas por ese requisito tan desproporcionado de ter que prestar previa e precisamente esa función para un organismo municipal, o que lles concedería unha vantaxe practicamente definitiva aos despachos que xa tivesen prestado esas funcións, ao que se opón legalmente –como se dixo– o precepto 32.d) da lei xa dita, a teor do cal non pode recoñecérselle ningunha vantaxe ás empresas que xa tivesen contratado previamente con calquera Administración, o que, en definitiva e por todas esas razóns xustificaba adecuadamente a declaración de nulidade de tal cláusula, sobre a base tamén da posibilidade de poder acudir a outras fórmulas alternativas que puidesen xustificar a preparación exixible para poder competir na adjudicación do contrato de que se trataba (certificacións académicas de coñecemento da materia, publicacións, impartición de cursos, experiencia profesional especializada anterior fóra do propio exercicio de asesoría na Administración local pero perfectamente equiparable a esta, etc.)».

1.4 Deslinde de bens de dominio público municipal. Posibilidade de interpor recurso de reposición

O TSXG, na súa Sentenza do 1 de febreiro de 2019 (rec. 4144/2017, relator: Díaz Casales), interpreta o disposto no artigo 65 do Regulamento de bens das corporacións locais (RD 1372/1986), alcanzando a conclusión de que o acordo resolutorio do

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

procedemento de deslinde pode ser impugnado, en calquera caso, na vía administrativa mediante un recurso de reposición, xa que:

«(...) o principio de xerarquía normativa e o que dispón que a lei posterior derroga a anterior, entendemos que a reforma introducida na LPAC pola Lei 4/1999 que estableceu a posibilidade de que todas as resolucións que poñan fin á vía administrativa fosen susceptibles de recurso de reposición, fan que o recurso resulte admisible, sen que poida oporse unha interpretación que priorice o principio de especialidade facendo a disposición regulamentaria tributaria da mesma xerarquía que aquela disposición legal, por ser desenvolvemento da Lei de bases de réxime local, que supón unha interpretación que contravén, neste caso, o dunha interpretación favorable á remoción dos obstáculos que impidan o acceso á xurisdición, polo que se impón a estimación de recurso e a revogación de sentenza de instancia.

A admisibilidade do recurso de reposición entraña a irregularidade do apeo ou amolamento practicado, porque, aínda que a súa práctica resulte condicionada á firmeza da resolución de deslinde (art. 67 do RBEL – debe entenderse que se está a referir á firmeza administrativa dada a executividade de que gozan os actos administrativos –) é evidente que, decretada a admisibilidade do recurso de reposición, o acordo non era firme en vía administrativa».

2 Educación

2.1 Adscrición administrativa obrigatoria dos centros de ensino privado aos públicos

A Sentenza do TSXG do 29 de maio de 2019 (rec. 237/2018, relator: Seoane Pesqueira) desestima o recurso promovido pola Federación de Centros de Educación e Xestión da Comunidade Autónoma de Galicia e a Federación Autonómica de Centros de Ensino privado contra a resolución do 11 de maio de 2018 da Dirección Xeral de Educación, pola que se ditan instrucións para o desenvolvemento, no curso académico 2018-2019, do currículo establecido no Decreto 86/2015, do 25 de xuño, da educación secundaria obrigatoria e do bacharelato nos centros docentes da Comunidade Autónoma de Galicia (DOG 22/05/2018).

O alto tribunal galego analiza nesta sentenza o poder de control sobre os centros de educación privada polos públicos aos que se atopen adscritos, alcanzando as seguintes conclusións:

«(...) convén significar que o ensino, ademais de actividade libre (artigo 27.1 da Constitución española), é así mesmo unha tarefa dos poderes públicos (Estado e da Administración pública nos seus diferentes sectores), pois estes non poden permanecer indiferentes ante a educación que se presta en todos os seus niveis, co fin de comprobar como son instruídas e socializadas as novas xeracións e cales son os mecanismos básicos de transmisión do coñecemento e dos valores, co obxecto de verificar que a educación que se presta cumpre a finalidade do pleno desenvolvemento da personalidade humana no respecto aos principios democráticos de convivencia e aos dereitos

e liberdades fundamentais (artigo 27.2 da Constitución española). Por iso, baseándose na configuración constitucional, aínda que os poderes públicos non poden arrogarse un monopolio sobre o ensino, tampouco os particulares poden privar os poderes públicos do seu labor, tanto regulador como prestacional, na materia.

Unha vez aclarado o anterior, cómpre examinar se, dentro dos poderes públicos, a Comunidade Autónoma de Galicia posúe competencia para establecer a adscrición administrativa dos centros privados aos públicos no relativo á autorización para o cambio de modalidade en bacharelato e á anulación da matrícula así mesmo en bacharelato, para o que debemos estudar a doutrina constitucional relativa á distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas na materia educativa.

Tal como recordou a recente Sentenza do Tribunal Constitucional 51/2019, do 11 de abril, é no fundamento xurídico terceiro da STC 184/2012, do 17 de outubro, onde se sintetiza a doutrina do dito tribunal sobre o artigo 149.1.30 CE, no seu dobre contido, e na que se aclara o alcance xeral sobre as competencias do Estado e das comunidades autónomas en materia educativa. (...). a Comunidade Autónoma de Galicia posúe competencia para decidir sobre a adscrición administrativa dos centros privados aos públicos no relativo á autorización para o cambio de modalidade en bacharelato e á anulación da matrícula así mesmo en bacharelato, así como sobre a supresión que se establece anteriormente, porque non forma parte da normativa básica nin da que ten que ser competencia exclusiva o Estado pola vía do artigo 149.1.30.º da Constitución española. (...). Correspóndelle á Administración pública de Galicia tal fixación da adscrición como instrumento de organización e mellora da xestión académica, complementaria da propia da Inspección Educativa (artigo 151 da Lei orgánica 2/2006, na redacción que lle deu a Lei orgánica 8/2013), que entra dentro da súa potestade de autoorganización. Polo tanto, o mantemento ou supresión da adscrición de centros privados a públicos constitúe unha opción lexítima para a organización da xestión académica, que entra dentro do terreo da conveniencia ou oportunidade máis que da legalidade, e que non entraña unha incursión na parcela das facultades académicas que corresponde aos centros privados. A finalidade do mellor servizo aos intereses xerais que se desprende do artigo 103 da Constitución presupón a atribución á Administración da capacidade de organización e coordinación dos seus servizos, sendo indiscutible tal facultade da Administración de organizar os servizos ao seu cargo na forma que estime máis conveniente aos intereses públicos, tendo tal potestade para organizarse unicamente o límite representado polas normas de superior rango a aquelas mediante as cales se exerce tal potestade. (...). De feito, a adscrición dos centros privados aos públicos resulta un instrumento lóxico de comprobación de que os centros privados cumpran os designios marcados no Decreto galego 86/2015, do 25 de xuño (que, non o esquezamos, é o que está destinado a desenvolver a resolución impugnada), no relativo á modalidade ou itinerario. No dito decreto establécese o currículo da educación secundaria obrigatoria e do bacharelato para o sistema educativo galego como desenvolvemento da Lei orgánica 8/2013, do 9 de decembro, da mellora da calidade educativa, xa que no mencionado Decreto autonómico se determinan as diferentes modalidades do bacharelato e se establece o agrupamento das materias en tres bloques: troncais, específicas e de libre configuración autonómica, e así mesmo establécense as materias que o alumnado debe cursar en cada

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

unha das modalidades: as xerais do bloque de materias troncais, o grupo de materias de opción do bloque de materias troncais das que o alumnado cursará dúas, Educación Física no primeiro curso e as materias de libre configuración autonómica, entre as que está Lingua Galega e Literatura. E especificamente establécese no artigo 35.2 deste Decreto 86/2015 que “A consellería con competencias en materia de educación establecerá as condicións en que un alumno ou unha alumna que cursasen o primeiro curso de bacharelato nunha determinada modalidade poidan pasar ao segundo nunha modalidade distinta”, mentres que o artigo 36.1 dispón que “A superación das materias de segundo curso que se indican no anexo VI estará condicionada á superación das correspondentes materias de primeiro curso indicadas no devandito anexo, por implicar continuidade”, polo que é lóxico que a dirección do centro público ao que está adscrito o privado deba autorizar o cambio de modalidade ou de itinerario de alumnado, porque se é a Consellería de Educación a que establece as condicións para o cambio de modalidade, é lóxico que sexa o propio poder público quen teña que autorizar tal mutación. Tamén se controla dese xeito a observancia da Orde do 19 de abril de 2018 pola que se regulan aspectos relativos á organización das materias do bacharelato establecido no Decreto 86/2015, do 25 de xuño, para os centros docentes da Comunidade Autónoma de Galicia.

En canto á anulación da matrícula en bacharelato, a decisión pola dirección do centro público será para verificar as causas e xustificacións invocadas, coadxuvando ás funcións que lle corresponden nese aspecto á Inspección Educativa.

(...) A recorrente argumenta que os preceptos impugnados deixan en mans das direccións de centros públicos decisións sobre as que carecen do máis mínimo control, xa que nada poden coñecer, comprobar ou verificar respecto do alumnado doutro centro escolar, pero fronte a iso cabe opor: 1.º que previamente á decisión sobre a autorización do cambio de modalidade ou de itinerario debe emitir un informe a dirección do centro privado, que será tido en conta, pola vía do cal a dirección do centro público tomará o debido coñecemento, e 2.º á solicitude de anulación da matrícula achegaranse as xustificacións pertinentes, de modo que por esa canle ten coñecemento a dirección do centro público sobre as razóns que se ofrecen para tal petición para os efectos de seren valoradas.

(...) Os preceptos agora impugnados non impiden o exercicio das facultades de dirección do centro privado, senón que soamente introducen aquela autorización do cambio de modalidade ou itinerario e de decisión sobre a anulación da matrícula, por parte da dirección o centro público ao que o privado está adscrito, que han de reputarse xustificadas, proporcionadas e adecuadas nos termos que quedaron especificados no anterior fundamento xurídico, e non se pode afirmar que conduzan a unha situación de imposibilidade ou grave dificultade obxectiva para actuar a súa facultade discrecional por parte do director do centro privado, porque non derivan senón da potestade de organización que en materia educativa cabe recoñecerlle á Administración.

(...) o apartado p) do artigo 132 da Lei orgánica 2/2006, tanto na súa redacción inicial como tras a modificación levada a cabo pola LO 8/2013, atribúe como última competencia dos directores/as de centros públicos “Calquera outras que lle sexan encomendadas pola Administración educativa”, de xeito que deixa aberta a posibilidade de encomenda doutras funcións por parte da respectiva Administración educativa, que é o que se fai

nos preceptos impugnados da resolución de 11/5/2018. Por outra parte, o artigo 25 da LO 8/1985 vén desenvolver o contido do que debe entenderse como plenas facultades académicas dos centros privados, a que se refire o artigo 23, e pode comprobarse que tal contido non é incompatible coa autorización, realizada pola dirección do centro público ao cal está adscrito o privado, de cambio de modalidade ou de itinerario para o alumnado de bacharelato matriculado no dito centro, e tampouco coa decisión sobre a anulación da matrícula levada a cabo polo/a director/a do centro público ao que está adscrito o privado».

3 Medio ambiente e urbanismo

3.1 Execución de sentenza anulatoria de licenza de edificio de vivendas por transacción xudicial alcanzada mediante técnicas de mediación

O TSXG, en Sentenza do 20 de decembro de 2001, anulou unha licenza concedida en 1997 polo Concello da Coruña para transformar un edificio de oficinas en vivendas e locais comerciais (rec. 6937/1997). Tras diversos incidentes de execución forzosa, mediante Auto do TSXG do 2 de abril de 2013 declarouse a inexecución da sentenza por “imposibilidade material”. O TS, na súa Sentenza do 8 de xullo de 2014 (RC 2465/2013), revogou ese auto, obrigando a continuar a executoria. Na súa posterior Sentenza do 16 de marzo de 2016 (RC 1797/2015) o TS insistiu na necesidade de proceder á demolición da obra. Dadas as dificultades técnicas e xurídicas que levaba consigo a dita execución, as partes do proceso aceptaron sometela a “mediación”, designando para tal fin o TSXG un mediador externo independente de recoñecido prestixio profesional. Finalmente, a Sala do Cont.-Ad. do TSXG en Pleno, no seu Auto firme do 8 de febreiro de 2019 (relator: Recio González) aprobou a transacción xudicial que puxo fin á dita execución.

No auto realízase unha profusa análise da figura da mediación na xurisdición contencioso-administrativa e realízanse ademais as seguintes consideracións:

«Interésase a homologación xudicial dos acordos de mediación adoptados polas partes (...), nos seguintes termos:

Recoñecemento público por parte do Concello da Coruña da responsabilidade da dita corporación municipal respecto da anulación da licenza correspondente á rehabilitación do Antigo Edificio de Fenosa.

Adopción dun Protocolo de Boas Prácticas urbanísticas por parte do Concello da Coruña, cuxa finalidade consiste en evitar que un caso como o Antigo Edificio de Fenosa se volva producir.

Construción dun edificio de vivendas de protección oficial por parte do Concello da Coruña.

Indemnización dos danos persoais de índole moral causados á parte recorrente.

Renuncia de accións pola parte recorrente.

Substitución da execución in natura da sentenza, evitándose o derrubamento do edificio do Antigo Edificio de Fenosa.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Modificación do planeamento urbanístico da Coruña para incluír o Antigo Edificio de Fenosa como “edificio singular”.

Bases para a compensación aos propietarios do Antigo Edificio de Fenosa. (...)

No contexto anterior, o instituto da mediación xorde no seo dunha execución de sentenza na cal xa debemos partir, naturalmente, de que se transcorreron 18 anos desde que a sentenza se dita, sen que medie a súa execución, se debe ás propias dificultades e incidencias da execución, que xa comezan polos termos da decisión da sentenza na medida en que, ao anular unha licenza de rehabilitación e ordenar a demolición ou derrubamento do construído ao seu amparo exixiría, in natura, a reposición do edificado ao seu estado anterior, o que, tras diversos incidentes resoltos pola Sala e o Tribunal Supremo, parece levarnos a que tal execución in natura levaría a demoler o edificio litixioso parcialmente, ata alcanzar a estrutura anterior que aínda permanece e, sobre ela, reconstruír novamente o edificio anterior (antigo edificio de Fenosa), ata alcanzar unha réplica del cuxa legalidade consonte o PXOM actual, ata onde permite coñecer o actuado, non está acreditada sen necesitar posteriores legalizacións, mesmo modificacións do Plan, cando non a propia demolición do novamente construído. (...)

O que non é susceptible de transacción é a exhibibilidade da observancia da legalidade urbanística. A forma en que, no caso concreto, se teña que restablecer esa legalidade, dando cumprimento á sentenza que anulou a licenza de rehabilitación, si é unha cuestión aberta á discusión entre as partes e susceptible de que sobre esta se poidan alcanzar acordos, sen prexuízo do seu ulterior control polo órgano xudicial, co contido e límites que enuncia o artigo 77.3 da LRXCA. (...)

Neste suposto atopámonos cun difícil incidente de execución de sentenza en atención a todos os intereses implicados, e en que o que se pretende como base do acordo é fundamentalmente minimizar o impacto para todos os veciños ao ser inminente a demolición do edificio, cos consecuentes prexuízos non só para os ocupantes del –perda de vivenda de oitenta e sete familias e perda de emprego de máis de cen persoas que traballan nos locais comerciais e oficinas do inmobile–, senón de toda a cidadanía tal como se observa do exame da documentación achegada cos acordos de mediación, tendo en conta os enormes custos derivados dunha demolición e posterior reconstrución co fin de deixar o edificio no estado en que se atopaba antes do outorgamento da licenza, coa consecuente perda de servizos sociais durante moitos anos, unha insostible situación económico–financeira para o concello co consecuente custo social, achegándose unha valoración económica de aproximadamente 59.500.000 euros, en atención aos custos de demolición, reconstrución, construción de edificio de vivendas para recolocar os desaloxados, custos de realoxamento dos veciños durante a execución das obras e indemnizacións por perda de vivenda, así como incremento dos tributos municipais en cantidades aproximadas ao dobre da cota actual. Por consecuencia, fórmulase como a única alternativa neste momento ante a incidencia dunha demolición que presenta serios problemas para a súa execución.

En todo caso, non se trata dun suposto de inexecución de sentenza, senón de todo o contrario: unha forma alternativa de levar a cabo a súa execución e cumprimento in natura ou por equivalente que ten amparo legal no artigo 18.2 da LOPX e, tal e como

se pon de manifesto nos convenios, conseguindo un equilibrio entre a indemnización moral que corresponde á parte demandante en atención aos anos transcorridos desde a firmeza da sentenza da execución da cal se trata, xunto cun recoñecemento do seu labor e de diversas medidas tendentes a evitar que unha situación semellante se poida volver producir no futuro, xunto coa evitación do excesivo custo para os recursos públicos, cos intereses dos veciños do inmovible e finalmente conséguese un equilibrio e o mantemento da paz social dentro da cidadanía ante a eminencia da perda de prestacións públicas polo excesivo custo. (...)

Este medio de execución concreto, entendido como forma de restablecer a legalidade urbanística, coas actuacións descritas nos acordos, non foi contemplado nin valorado nos incidentes anteriormente tramitados e resoltos na executoria, que non versaron sobre medios de execución de sentenza por substitución ou equivalente, senón sobre solicitudes de declaración de imposibilidade material ou legal que non satisfacían os intereses de todas as partes, pronunciándose sobre tales incidentes e limitando a súa virtualidade ao ámbito da resolución das pretensións deducidas nestes, de distinta natureza ás actuacións agora convidadas entre as partes.

E, finalmente, hai que destacar que, nesta execución de sentenza, tal como resulta da sentenza do 20 de decembro de 2001, non existen outros intereses en xogo que a legalidade urbanística municipal; non existen compromisos de medio ambiente, estándares urbanísticos, patrimonio histórico, costas, Rede Natura ou outros que puidesen complementar o planeamento e facer inviable calquera solución que non fose a demolición. Por iso, o caso ao que nos enfrontamos non pode extrapolarse a outros supostos e formular, tamén de modo simplista, que calquera execución urbanística pode sortearse mediante institutos que suplan a execución in natura mediante o único requisito de pactar unha indemnización: nada máis lonxe da realidade e, polo tanto, e pode afirmarse desde este momento que calquera solución que esta resolución avale é válida unicamente nestes autos, sen que sexa en absoluto susceptible dunha sorte de extensión de efectos ou precedente que poida esgrimirse en calquera procedemento de execución urbanística. (...)

Desde o ano 1997, en que o procedemento se substancia, non se tivo coñecemento nin formaron parte do asunto outros intervinientes que os que subscriben a petición de homologación, polo que calquera invocación de intereses ou prexuízo para terceiros a partir deste acto debería entenderse, en principio, realizada en abuso do dereito.

Cabe tamén concretar, con relación aos intervinientes no incidente de mediación, que son exclusivamente aqueles que son parte no preito principal, interesados no recurso e afectados pola execución da sentenza e que como xa se adiantou no auto polo que se resolvía desestimándoo o recurso de reposición contra a providencia pola que se acordaba a derivación a mediación, que non nos achamos ante ningún dos supostos legais de necesaria intervención do Ministerio Fiscal. (...)».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

3.2 Exención de avaliación de impacto ambiental de planta industrial regasificadora, acordada polo Goberno do Estado en funcións

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS), na súa Sentenza do 16 de xullo de 2019 (RC 4825/2016, relator: Trillo Alonso), resolve o recurso promovido por unha asociación veciñal contra o acordo do Consello de Ministros do 27 de maio de 2016, que declarou excluídos do trámite de avaliación de impacto ambiental os proxectos da planta de recepción, almacenamento e regasificación de gas natural licuado en Mugardos. A sentenza considerou, en primeiro lugar, que o Goberno podía ditar o referido acordo malia estar en funcións, xa que:

«(...) a exención adoptada no Acordo do Consello de Ministros impugnado prodúcese no ámbito dun longo período de Goberno en funcións, que se iniciou co Real decreto 977/2015, do 26 de outubro (BOE do día 27), polo que se disolveron o Congreso dos Deputados e o Senado e se convocaron eleccións xerais, e rematou coa publicación do Real decreto 419/2016, do 3 de novembro, polo que serían nomeados os ministros do novo Goberno, logo de ter sido precisa unha segunda convocatoria electoral mediante o Real decreto 184/2016, do 3 de maio. Aínda que, a diferenza dos supostos contemplados nas sentenzas relativas aos plans hidrolóxicos, non concorre a circunstancia de finalización dos prazos establecidos para a aprobación da disposición neles impugnada, a coincidencia está en que a decisión de exención non constitúe un acto de orientación política, nin condiciona, nin compromete, nin impide as decisións que no exercicio das súas funcións deba adoptar o novo Goberno xurdido das eleccións xerais, por certo, de igual signo político que o anterior. (...). Equivócase a recorrente cando parece limitar as competencias dun Goberno en funcións “ao normal desenvolvemento do proceso dun novo Goberno”, apelando a unha falta de maioría parlamentaria ou a que non goza de confianza no Congreso, así como a unha vulneración do principio de lealdade constitucional ou a unha falta de control da Cámara, invocacións todas elas reveladoras dun desenfoque da cuestión se temos que aternos á doutrina xurisprudencial».

Non obstante, anúlao, ao concluír que resultaba preceptiva a avaliación de impacto ambiental do proxecto:

«(...) O acordo impugnado parece pretender atopar amparo no artigo 8.3 e 4 da Lei 21/2013, do 9 de decembro, de avaliación ambiental (...). Pois ben, aténdonos, como é obrigado, á propia fundamentación do acordo impugnado, a conclusión non pode ser outra que, malia cumprir co requisito da motivación legalmente exixida, non se adapta ao suposto habilitante da norma, a saber, un suposto de excepcionalidade. (...). Ben que a propia dicción do artigo 8 revela, ao incluír como supostos excepcionais e a título de exemplo, tal como se recoñece en sentenza desta sala do 17 de maio de 2017 –recurso 732/2015– que a idea do lexislador sobre o que constitúe un suposto excepcional é sumamente aberta desde o punto de vista material, debe concluírse que no suposto axuizado non nos atopamos cun remedio de urxencia co que atender a unha situación extraordinaria e de imposible previsión.

Son precisamente as sentenzas deste tribunal do 28 de marzo de 2016 e 25 de abril de 2016, polas que se anulan, respectivamente, as resolucións da Dirección Xeral de Política

Enerxética e Minas do 3 de xuño de 2003, polas que se lle outorga a Reganosa autorización administrativa previa para a instalación da planta litixiosa, e a resolución da Dirección Xeral de Política Enerxética e Minas, do 13 de febreiro de 2004, pola que se aproba o proxecto de execución da dita planta, as que, aínda que próximas no tempo ao acordo agora impugnado (27 de maio de 2016), impiden observar que o devandito acordo obedece á necesidade de acudir a un remedio de urxencia co que atender a unha situación extraordinaria e de imposible previsión.

Non obedece en efecto a exclusión do trámite de avaliación de impacto ambiental á necesidade de atender a unha situación extraordinaria de imposible previsión, pois a paralización da actividade na planta que trata de evitar o acordo impugnado pola vía de excluír as futuras autorizacións do trámite de avaliación ambiental nin responde a unha situación de imposible previsión, xa que a situación creada ten a súa orixe nunha actuación da Administración desconforme a dereito, como así o consideran as sentenzas referenciadas do 28 de marzo de 2016 e 25 de abril de 2016, nin unha situación excepcional e de inmediata urxencia orixinada por un moi próximo peche da planta, cando non consta que se iniciase o procedemento de execución daquelas, en cuxo curso poderían tentarse e adoptarse outros remedios procesuais distintos á exención, sen dúbida máis respectuosos coa normativa de aplicación, na cal a regra xeral é a avaliación e a excepción a dispensa ou exención, e sen dúbida máis acordes co principio de proporcionalidade ou, dito doutro xeito, coa importancia da planta desde a perspectiva ambiental, máxime cando por sentenza desta sala do 26 de xullo de 2016 (recurso de casación 2070/2014), se anula o Decreto 144/2007, do 9 de xullo, da Xunta de Galicia, polo que se aprobou o Plan de Emerxencia Exterior da planta litixiosa.

Ao fío do exposto, é de resaltar a cautela con que o Tribunal de Xustiza contempla a exención da correspondente avaliación ambiental cando os proxectos, como sucede no caso de autos, poidan ter repercusións importantes no medio ambiente (Sentenza do 16 de setembro de 1999, asunto C-435/1997). Polo exposto, coa estimación parcial do recurso, procede declarar a nulidade do acordo impugnado».

3.3 Licenzas urbanísticas en trámite na data de anulación xudicial do plan xeral de ordenación municipal. Sentido do silencio administrativo

A Sentenza do 22 de marzo de 2019 do TSXG (rec. 4435/2017, relator: Martínez Quintanar) conclúe que, tras a anulación xudicial dun plan xeral, as solicitudes de licenza en trámite deben rexerse pola ordenación anterior ao dito plan anulado. De resultar incompatible con ela, o silencio administrativo debe ter un efecto negativo, desestimatorio da licenza, aínda que se producise antes da data de declaración da nulidade do plan xeral:

«(...) É certo que, de conformidade co artigo 73 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, a sentenza firme anulatoria do PXOM de 2003 non afecta por si mesma á eficacia do acto administrativo firme que o tería aplicado antes de que a anulación alcanzase efectos xerais, pero non é menos certo que para considerar

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

que existe un acto administrativo firme de outorgamento de licenza por silencio administrativo non basta o mero transcurso do tempo desde a presentación da solicitude. De conformidade co artigo 195.1 da Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia, aplicable por razóns temporais, en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licenzas en contra da lexislación ou planeamento urbanístico.

Tratándose dunha solicitude de licenza presentada ao abeiro do PXOM de Ourense 2003, para considerar que esta foi estimada por silencio administrativo habería que examinar o axuste desa licenza ao dito planeamento, que é o que alega a parte apelante. O que sucede é que a dita disposición foi anulada xudicialmente e o vicio de nulidade radical ten unha eficacia ex tunc. Esta proxección temporal do vicio de nulidade modúlase, no sentido de non impedir que subsistan os actos firmes anteriores que se ditasen ao abeiro da norma anulada con posterioridade, pero neste caso non pode apreciarse a existencia dese acto firme, porque falta o primeiro presuposto necesario para considerar obtida a licenza por silencio administrativo positivo: tal como se razoa na sentenza apelada, sería unha licenza contra legem, porque o seu amparo era un plan xeral nulo, o que determina que esa solicitude de licenza fose contraria á lexislación urbanística, por derivación da nulidade do propio plan ao abeiro da cal se formulou a solicitude e se presentou o proxecto.

Dito noutros termos, pódese dicir que para que exista licenza obtida por silencio debe probarse o axuste a un planeamento válido e aplicable ao momento da solicitude, presuposto que non pode concorrer cando se dita sentenza anulatoria, que determina a declaración dunha nulidade radical dunha disposición, que en canto tal determina unha falta de validez desde o mesmo momento da aprobación.

Non é de aplicación neste caso a doutrina que, nos casos de resolución tardía do expediente, postula a aplicación do planeamento vixente no momento da solicitude en lugar do novo planeamento aprobado con posterioridade cando se trata dunha sucesión de normas, porque neste caso non hai sucesión de normas, senón nulidade da disposición xeral ao abeiro da cal se presentou a solicitude de licenza, nulidade que determina que o planeamento aplicable á data da solicitude sexa o plan anterior ao aprobado no ano 2003 e anulado xudicialmente. O Concello denega por acto expreso a licenza porque o proxecto non cumpre ese plan anterior de 1986 que resulta ser o aplicable e o apelante reconece que non hai proba desa conformidade a ese plan anterior. (...) hai que ter en conta que, se a licenza se outorgase por acto expreso antes da anulación xudicial do planeamento, presentaría igual nulidade derivada da nulidade do planeamento ao abeiro do cal se solicitou, e esa nulidade deberíase declarar no caso de impugnación en prazo. Por ese motivo non pode considerarse existente o silencio administrativo positivo neste caso, que se condiciona en materia urbanística non só ao transcurso do prazo desde a presentación da solicitude, senón que só se producirá ese silencio positivo se se proba a conformidade do solicitado coa lexislación e o planeamento urbanístico, e non pode afirmarse esa conformidade cando o amparo do proxecto construtivo é un planeamento nulo».

3.4 Disciplina urbanística. Caducidade da potestade para restaurar a legalidade sobre unha obra de uso industrial

O TSXG (Secc. 2.^a) está considerando, en recentes sentenzas, que o mero transcurso do prazo de seis anos desde o remate total dunha obra ilegal de uso industrial non basta para podela considerar legalizada, en situación análoga á de “fóra de ordenación”. Cómpre acreditar a compatibilidade dese uso específico cos xerais admisibles para esa zona no plan urbanístico, así como o cumprimento das condicións mínimas exixibles de funcionalidade, seguridade e salubridade.

Pode así citarse a súa Sentenza do 4 de abril de 2019 (rec. 4324/2017, relator: Díaz Casales) en que conclúe que o transcurso do prazo dos seis anos non enerva a obriga do propietario, para poder manter un uso non residencial, de solicitar e obter as autorizacións sectoriais preceptivas segundo a clase de solo de que se trate. Tamén a sentenza do 14 de marzo de 2019 (rec. 4362/2017, relator: Martínez Quintanar), na cal se afirma o seguinte:

«(...) O acto impugnado na instancia [anulado] acordou declarar en situación legal de fóra de ordenación total a edificación tipo nave destinada a almacén de bebidas e conservas situada na parte traseira da planta baixa do edificio (...) de Xinzo de Limia. (...) É incontrovertible que a dita nave careceu desde a súa orixe de licenza, tanto de obra como de apertura e actividade. A declaración de fóra de ordenación pode lexitimar, e lexitima –sen que iso sexa obxecto de controversia polas partes– a subsistencia da obra de construción orixinaria, na medida en que desde a súa finalización transcorreu o prazo para o exercicio da acción de reposición da legalidade urbanística. Pero o que non pode admitirse é que se utilice esa declaración de fóra de ordenación da obra para lexitimar unha actividade de almacén de bebidas e conservas que nunca se desenvolveu ao abeiro de licenza no dito inmovible. O que se pode preservar é a obra orixinaria ilegal respecto da que transcorreu o prazo para exercitar a acción de reposición da legalidade urbanística, pero esa declaración de fóra de ordenación polo dito motivo límitase á obra de construción, e non pode estenderse á actividade desenvolvida sen licenza, que como uso clandestino e ademais –polo que se dirá– contrario ao planeamento, púidose desenvolver ao longo dos anos. Unha cousa é que antes da declaración de fóra de ordenación os propietarios do inmovible ilegal o empregasen para facer abasto de determinados produtos, de forma puntual ou esporádica ou mesmo con certa continuidade, e outra cousa distinta é que se poida dicir que nesa nave se estivese a desenvolver de forma lícita unha actividade de almacén, que en todo caso estaba precisada dunha licenza que non obtivera. (...).

A clandestinidade do uso orixinal non pode beneficiarse da declaración de fóra de ordenación, obtendo a partir desta o status de actividade legalizada, especialmente neste caso, no que a actividade pretendida de almacén, e á que facía referencia o acto impugnado, é incompatible co planeamento, debendo ser cualificada, tal e como alega a parte apelada e como apreciou a sentenza, como actividade ilegalizable, ao ser un uso propiamente industrial, ao non estar vinculado a unha venda polo miúdo, senón por xunto. (...)

Polo tanto, nunca se desenvolveu unha actividade con licenza nin o uso alegado a que se referiu a proba era unha actividade legalizable.

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

(...) Esta interpretación realizada pola sentenza impugnada é así mesmo congruente co alcance do réxime de fóra de ordenación derivado de situacións de obras executadas ilegalmente e contrarias desde a súa orixe ao planeamento, pero respecto das cales venceu o prazo de exercicio da acción de reposición da legalidade. Debe diferenciarse a situación da nave litixiosa, construída sen licenza e ilegal desde a orixe, que devén en fóra de ordenación polo transcurso do prazo de exercicio da acción de reposición da legalidade, da situación doutros inmobles construídos ao abeiro de licenza que poden devir en fóra de ordenación por un cambio sobrevido de planeamento que resulte incompatible con estes. Neste segundo caso –que non é o suposto que nos ocupa– pode existir un dereito adquirido a utilizar o inmovible de conformidade coa normativa urbanística baixo a vixencia da cal se autorizou a execución da obra, dereito que non pode aplicarse a este suposto, no cal a nave se construíu de forma ilegal, sen licenza e en contravención da normativa xa vixente no propio momento da construción, e cuxa subsistencia en canto obra de construción deriva exclusivamente de que transcorreu o período de caducidade de exercicio da acción de reposición da legalidade urbanística. Sendo este o caso que nos ocupa, non existe a posibilidade de invocar dereitos adquiridos a realizar determinada actividade en canto aparelados á licenza urbanística, posto que a dita licenza nunca existiu».

3.5 Execución de sentenza anulatoria de licenza de nave industrial. Prazo para promover incidente de inexecución. A disposición transitoria 7.^a da Lei 2/2016 do solo de Galicia non implica a legalización de construcións afectadas por sentenza

O TSXG (Secc. 2.^a), na súa Sentenza do 20 de xuño de 2019 (rec. 4343/2017, relator: Díaz Casales), analiza unha solicitude de inexecución dunha sentenza firme de 2007 que anulou a licenza de obras e actividade dunha nave industrial. Afirmo o tribunal, en primeiro lugar, que o prazo de dous meses establecido no artigo 105.2 LXCA para poder promover o incidente de inexecución debe interpretarse de xeito flexible, comezando o seu cómputo cando se legaliza a construción ou actividade afectada pola sentenza. En segundo lugar conclúe que a regulación sobre os “asentamentos xurdidos á marxe do planeamento” establecida na disposición transitoria sétima da Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia, non permite enervar os efectos dunha sentenza destas características, que leva consigo a demolición da construción ilegal. De maneira que:

«a posibilidade de continuar coa actividade por parte das instalacións industriais xurdidas á marxe do planeamento, non pode afectar a aquelas sobre as que pesa unha orde de demolición xudicial firme; só con esta interpretación cabe salvar a constitucionalidade do precepto, en atención aos precedentes do T.C. que se deixan sinalados. En todo caso, debemos advertir que a modificación parcial das normas subsidiarias, aprobadas en 2016, ao abeiro da D.T. 13.^a da LOUGA (que se produciu 14 anos máis tarde da entrada en vigor da lei) non pode determinar un suposto de inexecución legal que só pode vir determinado polas licenzas de legalización das cales a interesada carece, polo que o incidente debe ser desestimado».

4 Persoal

4.1 Persoal temporal do Servizo Galego de Saúde (SERGAS). Plan de estabilidade no emprego. Dereito a indemnización polo cesamento

O TSXG, na súa Sentenza do 3 de abril de 2019 (rec. 393/2018, relator: López González), avanza na análise da contraditoria e polémica xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea sobre os efectos da prolongación das contratacións temporais de funcionarios na Administración pública, nos seguintes termos:

«(...) A Dirección Xeral de Recursos Humanos, en resolución do 25 de abril de 2017, dispuxo a publicación do Plan de Estabilidade no Emprego e Provisión de Prazas de Persoal Estatutario (DOG do 4 de maio de 2017). Un dos obxectivos que persegue o Sergas con este plan, é “continuar na aposta pola estabilidade no emprego con medidas de estabilización de persoal temporal e a convocatoria periódica de procedementos selectivos para a adquisición da condición de persoal fixo, nos cales se garantan os principios que rexen o acceso ao emprego público e que incorporarán as novas tecnoloxías á súa tramitación –fase de oposición e concurso– para unha xestión máis áxil, transparente e simplificada destes”. Entre as medidas de estabilización de persoal temporal (apartado III) inclúese a “Conversión de nomeamentos para a cobertura de servizos determinados en nomeamentos de interinidade”, para o cal o Plan de Estabilidade recolle o compromiso do Sergas de dotación de prazas, establecendo que:

“Para a súa cobertura mediante nomeamentos de interinidade, procederase á dotación de vacantes nun número equivalente a aqueles nomeamentos para a cobertura de servizos determinados que carezan de substantividade propia; é dicir, aqueles en que o persoal nomeado non atenda programas ou actividades temporais, conxunturais ou extraordinarias, senón actividade ordinaria e habitual (necesidades estables e permanentes) durante un período igual ou superior a un ano. Esta medida suporá a extinción dos nomeamentos para a cobertura de servizos determinados que reúnan as ditas características, a dotación de 438 vacantes nos cadros de persoal das institucións sanitarias do Servizo Galego de Saúde e a expedición doutros tantos nomeamentos de interinidade, coa conseguinte redución da porcentaxe de eventualidade”.

As demandantes, que pertencen á categoría de Enfermeira especialista en Obstetricia-Xinecoloxía (Matrona) forman parte do colectivo de persoal que o Sergas veu nomeando durante os últimos anos ao abeiro de sucesivos e concatenados nomeamentos como persoal eventual temporal que non respondían a necesidades puntuais ou de carácter estrutural, senón á realización de servizos cuxa prestación obedecía a necesidades permanentes da Administración sanitaria. Os servizos que viñeron prestando ao abeiro destes nomeamentos fórono na Área Sanitaria de Pontevedra-O Salnés, no Hospital do Salnés.

Parte do persoal que se atopaba na mesma situación que as recorrentes presentou reclamación ante o Sergas solicitando un recoñecemento da súa condición de persoal indefinido non fixo, asimilado o persoal interino. E se estas reclamacións foron rexeitadas

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

por aquel organismo público, non obstante, foron estimadas xudicialmente. Isto é o que pretenden as actoras neste procedemento.

Con posterioridade á presentación do recurso de alzada contra a desestimación presunta da reclamación presentada ante o Sergas, foron incluídas no Plan de Estabilidade no Emprego, publicado no DOG do 4 de maio de 2017, de modo que os seus nomeamentos se converteron en nomeamentos de interinidade por vacante, pasando a ocupar unha das prazas vacantes dotadas na súa execución, e en concreto prazas vacantes de enfermaría no referido hospital. Pero negan que con esta actuación administrativa se estea a dar satisfacción aos seus intereses, pois no relativo á modificación da antigüidade, tan só se recoñeceu desde o 1 de abril de 2017 no seu actual vínculo, e respecto da relación que as une co Sergas, resulta axustado a dereito que o persoal estatutario, nomeado fraudulentamente, transforme a súa vinculación en indefinida, con dereito a ser indemnizado no momento do seu cesamento. (...)

O Plan de estabilidade no emprego tivo por obxecto, tal como se admite no acto que estimou parcialmente o recurso de alzada, buscar unha solución á problemática xurdida respecto do persoal temporal do Sergas, sobre todo con base na sentenza desta sala do 14 de setembro de 2016 (asunto C-16/15), e os pronunciamentos do TXUE sobre a sucesión de vínculos de duración determinada no sector da sanidade pública.

E a pretensión das actoras está encamiñada a que se declare a súa condición de persoal indefinido non fixo, coas consecuencias inherentes a esta declaración, e entre elas o recoñecemento da antigüidade no Sergas desde a data dos seus nomeamentos e o dereito indemnizador que poidan facer valer no momento do seu cesamento derivado do feito de ter sido obxecto de sucesivos e encadeados nomeamentos como persoal eventual temporal realizados en fraude de lei, e por tanto de forma irregular, o cal debe comportar un recoñecemento como persoal indefinido non fixo, e a súa antigüidade, para todos os efectos, desde a data do primeiro nomeamento, tal como se pronunciou esta sala en diversas sentenzas, como as do 20 de abril de 2016 (recurso 528/2015), 21 de marzo de 2017 (recurso 395/2016), 27 de setembro de 2017 (recurso 105/2017), 8 de novembro de 2017 (recurso 250/2017), ou a do 5 de decembro 2017 (recurso 149/2017).

A cuestión sometida a debate neste preito céntrase en comprobar se as actoras merecen o recoñecemento da súa condición de persoal indefinido non fixo do Sergas, e a reposta ha de ser negativa, a diferenza da adoptada pola xuíza de instancia, polas razóns que se pasan a expor:

En primeiro lugar, porque a doutrina sentada polo TXUE na Sentenza do 14 de setembro de 2016, asunto C-16/15, foi matizada polo Tribunal Supremo na Sentenza 3250/2018, do 26 de setembro de 2018 (recurso de casación número 785/2017), e sobre todo porque o relevante neste procedemento, que o fai diferente tanto do resolto polo TXUE como do resolto polo Tribunal Supremo, é que as actoras adquiriron a condición de persoal interino do Sergas vinculado a unha praza concreta, que ocupan por estar vacantes, e serano mentres non sexan cubertas polos procedementos legalmente establecidos, en virtude de nomeamentos que tiveron lugar o 1 de abril de 2017.

De tal xeito, non é aplicable a doutrina que se recolle na sentenza do TXUE do 5 de xuño de 2018 (Asunto C-677/2016), na cal se di que incumbe ao xulgado examinar se, tendo

en conta a imprevisibilidade da finalización do contrato e da súa duración, inusualmente longa, procede recualificalo cun contrato fixo, pois o que solicitan neste caso as recorrentes non é a recualificación dos seus nomeamentos como de persoal fixo, senón o recoñecemento da condición de indefinido non fixo.

O réxime de maior estabilidade da súa relación estatutaria rexe desde que tiveron lugar os seus nomeamentos de interinidade en praza vacante, pois só poderán ser destituídos nos supostos de amortización ou cando se provexan a través dos procedementos legalmente establecidos.

Tampouco é de aplicación o criterio que se recolle na Sentenza desta sala do 11 de xullo de 2018, pois nela entendeuse que, a pesar de que as recorrentes naquel procedemento se viran favorecidas por un nomeamento de interinidade (como sucede agora coas demandantes), non se producira unha perda sobrevida do obxecto. Pero este pronunciamento fíxose valorando as consecuencias indemnizatorias a que podería dar lugar o cesamento das recorrentes ao abeiro dos pronunciamentos do TXUE (Sentenza do 14 de setembro de 2016, asunto de Diego Porras C-596/2014, matizada na máis recente do 5 de xuño de 2018, asunto C-574/16, Grupo Norte Facility, e C-677/16, Lucía Montero Mateos).

E resulta que este pronunciamento ha de ser matizado á luz da doutrina sentada polo Tribunal Supremo na sentenza do 26 de setembro de 2018 (recurso de casación 785/2017), segundo a cal non procede recoñecer dereito indemnizatorio ningún distinto do que leva consigo a subsistencia e continuidade da relación de emprego, descartando a posibilidade de recoñecer un dereito indemnizatorio de futuro».

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

4.2 O período de baixa por maternidade nas vinculacións de temporais debe computarse como tempo efectivo de traballo

Así o considerou o TSXG na súa Sentenza do 8 de maio de 2019 (rec. 50/2019, relator: Rivera Frade).

«(...) a Sra. ----- viuse privada do recoñecemento do período en que permaneceu de baixa por maternidade, ou período de descanso por maternidade, como período de servizos prestados. E iso constitúe, nos termos que se dirá, unha discriminación por razón de sexo derivada da maternidade, ao concorrer neste caso as seguintes circunstancias: durante o período de suspensión de chamamentos foi chamada para a cobertura dunha substitución de comisión de servizos con duración previsible superior a un ano.

Recordemos que o artigo 2.7 da Directiva 76/207/CE, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no que se refire ao acceso ao emprego, á formación e á promoción profesionais, e ás condicións de traballo, de conformidade coa redacción da Directiva 2002/73/CE, do 23 de setembro de 2002, establece que: “un trato menos favorable dispensado a unha muller en relación co seu embarazo ou o seu permiso de maternidade no sentido da Directiva 92/85/CE constituirá unha discriminación no sentido desta directiva”.

Estes principios tamén inspiran a nosa normativa nacional e autonómica. E iso ten o seu reflexo en artigos como o 5 (Igualdade de trato e de oportunidades no acceso ao emprego, na formación e na promoción profesionais, e nas condicións de traballo) da Lei

orgánica 3/2007 (...). A garantía do principio de igualdade de trato e de oportunidades entre mulleres e homes, e a protección da maternidade, debe constituír un criterio de actuación dos poderes públicos. Así aparece recollido no artigo 14.7 da Lei orgánica 3/2007 (...). Os mesmos principios e criterios inspiran a normativa autonómica (...). Esta comprensión da maternidade perde sentido se non se recoñece a traballadora durante o período de descanso por maternidade, e como servizos prestados, aqueles que si desempeñaría por existir un chamamento das listas, pero que non puido desempeñar por razón da maternidade.

Tal como consta no expediente administrativo, a baixa por maternidade produciuse nun momento en que a apelante se atopaba prestando servizos en virtude dun chamamento das listas de interinos, pero este contrato finalizaba o día 25 de decembro de 2016, e polo tanto a finalización nesa data da prestación de servizos, non traería causa no embarazo.

Agora ben, tamén consta, como xa se adiantou, que, durante o período de suspensión de chamamentos, que comezou ao día seguinte (26 de decembro de 2016), foi chamada para a cobertura dunha substitución de comisión de servizos con duración previsible superior a un ano. Este chamamento tivo lugar o día 27 de xaneiro de 2017, cuxo nomeamento non se formalizou ata que rematou a situación de suspensión dos chamamentos por maternidade, o día 2 de abril seguinte. E, como di a apelante no seu recurso, débese permitir a formalización de calquera contrato laboral durante o período de baixa maternal, ben que o desempeño efectivo do traballo terá que posporse á finalización da baixa, preservando a traballadora todos os dereitos inherentes a ese contrato, entre eles, o recoñecemento dese período como de servizos prestados.

O contrario implicaría a discriminación alegada por razón de sexo, pois a protección nestes casos debe dispensarse non só ás traballadoras interinas que se atopan prestando servizos de forma real e efectiva, senón tamén ás que por razón do seu embarazo non poden facelo, pero xeraron un dereito a ser contratadas unha vez chamadas das listas para a cobertura dun posto de traballo. (...) a situación de maternidade non pode asimilarse á falta de capacidade funcional necesaria para desempeñar as funcións propias dun posto de traballo, senón que o ha de ser a un período de descanso que se desfruta por tal situación, tal como sinala literalmente o artigo 177 da LXSS.

A discriminación apreciada non deixa de ser tal polo feito de que o pacto lle reserve á muller o vínculo ofertado durante o período de maternidade, nin polo feito de que a mesma suspensión dos chamamentos se prevexa respecto dos homes que gocen dun permiso de paternidade. A discriminación existe, pois eliminada a situación de maternidade os servizos teríanse prestado, e polo tanto deben recoñecerse como tales, aínda que non se poidan prestar por atoparse a traballadora nunha situación que está protexida pola lei.

Pero por esta mesma razón o recoñecemento debe quedar limitado ao período de tempo para o que a traballadora é chamada das listas, como son neste caso aqueles aos que xa se refire a apelante no terceiro apartado do fundamento de dereito terceiro do seu recurso, isto é, o comprendido desde a data de chamamento o día 27 de xaneiro de 2017, ata o día 3 de abril de 2017, en que se formalizou o contrato despois da baixa de maternidade. O período anterior (desde o 26 de decembro de 2016, día seguinte á finalización do contrato, ata o 27 de xaneiro de 2017, data en que se produciu o chamamento de referencia) non

se pode recoñecer para os efectos pretendidos, pois implicaría privilexiar a apelante en relación cos demais integrantes das listas de vinculacións temporais».

5 Proceso contencioso-administrativo

5.1 Revisión de sentenzas firmes por vulneración do Convenio Europeo para a Protección dos Dereitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Omisión de emprazamento dos propietarios afectados pola impugnación dunha licenza urbanística

O TS, na súa Sentenza do 19 de febreiro de 2019 (recurso de revisión 12/2018, relator: Cudero Blas), revoga a do TSXG e dun Xulgado Contencioso-Administrativo que anularan unha licenza concedida polo Concello de Sanxenxo para a construción de 16 vivendas, por non ter emprazado os propietarios para que puidesen comparecer e defenderse no proceso como parte codemandada. Afirmo o alto tribunal, en primeiro lugar, que os afectados dispoñen do prazo dun ano desde a notificación da sentenza do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos para poder instar a revisión das sentenzas firmes. E sobre o fondo do asunto realiza as seguintes consideracións:

«(...) O matrimonio (...) adquiriu en agosto de 2001 unha vivenda en Sanxenxo, incluída nunha urbanización de dezaseis, que contaba cos permisos necesarios outorgados pola Corporación e cuxo dominio inscribiron no Rexistro da Propiedade. En decembro de 2002 un veciño da localidade interpón recurso contencioso-administrativo fronte á licenza municipal que autorizou aquela construción (...) e obtén sentenza estimatoria (...) que anula a licenza, aínda que declara inadmisíbel a petición de demolición que o interesado formulou. Interposto recurso de apelación ante a Sala da Coruña polo recorrente no dito procedemento (porque a resolución do xulgado non incluía a obriga de demoler as vivendas), a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza do 29 de marzo de 2007 estímalo e ordena o derrubamento da obra amparada na licenza ilegal. (...) Os propietarios dunha das vivendas afectadas por esa orde de demolición non foron emprazados naqueles procedementos, nin ante o xulgado en primeira instancia, nin ante a sala en apelación. Cando coñeceron a citada decisión xudicial (por notificación efectuada polo Concello con data do 5 de febreiro de 2009), diríxense ao xulgado solicitando a nulidade das sentenzas e este considera que compareceron os ditos interesados, pero eleva o incidente á sala por ser esta a que ditara a sentenza en segunda instancia. A sala denega mediante auto o incidente de nulidade por entender que “non consta documento ningún revelador de que fose coñecida polo xulgado a súa existencia cando se iniciou o proceso e nin sequera durante a tramitación deste en primeira ou segunda instancia”. Fronte a tal decisión, acoden os propietarios ao Tribunal Constitucional, que rexeita o recurso de amparo deducido por resolución do 21 de decembro de 2010 “por non apreciar neste especial transcendencia constitucional”. Presentan entón –o 2 de agosto de 2011– demanda ante o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, que é estimada polo dito tribunal mediante Sentenza do 10 de xaneiro de 2017, na parte dispositiva da cal se declara que –ao tramitar e resolver en ausencia de participación dos demandantes no procedemento contencioso-administrativo que concluíu coa sentenza

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

que ordenaba a demolición da súa vivenda– “os tribunais españois vulneraron o dereito a un proceso equitativo proclamado no artigo 6.1 do Convenio de Roma para a protección dos dereitos humanos e as liberdades fundamentais”. (...)

A Sentenza do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos do 10 de xaneiro de 2017 declara expresamente que os tribunais españois vulneraron o dereito a un proceso equitativo proclamado no artigo 6.1 do Convenio de Roma para a protección dos dereitos humanos e as liberdades fundamentais, ao terse pronunciado sen intervención dun interesado con dereito a ser oído e participar nun proceso que afecta aos seus dereitos e intereses, pois era propietario dunha vivenda cuxa demolición é ordenada por aqueles tribunais. (...) “Non hai no expediente ningún elemento –malia a alegación do Goberno– que permita establecer que os demandantes tiveran coñecemento extraxudicial do procedemento referente á legalidade da licenza de obras mesmo cando o resultado do dito procedemento podía ter consecuencias negativas para eles”. Polo demais, os interesados utilizaron –diligentemente– todas as posibilidades que o ordenamento lles ofrecía (...). En canto ao resto das exixencias contidas no artigo 102.2 da Lei xurisdiccional, está claro que o procedemento que nos ocupa non só é idóneo para corrixir a vulneración dos dereitos fundamentais que padeceron os hoxe demandantes, senón que é difícil descubrir no noso sistema procesual outra canle que permita conseguir aquela reparación (...) Por último, non entendemos que concorran “dereitos adquiridos por terceiros de boa fe”, circunstancia que –en aplicación da lei– podería impedir o acollemento da demanda. Desde logo, non pode afirmarse que o demandante orixinal –cuxa impugnación deu lugar ás sentenzas que anularon a licenza e ordenaron a demolición– incorporase ao seu patrimonio unha sorte de dereito á restauración da legalidade urbanística nos termos que no seu día postulou, máxime se se ten en conta o alcance desta sentenza, na cal non se declara improcedente a demolición, nin se afirma que é conforme a dereito a licenza que amparaba a construción da vivenda dos hoxe demandantes senón que, simplemente, se lles permite a estes exercer un dereito que se lles vulnerou ao non seren emprazados como interesados nun procedemento que terminou cunha sentenza –firme– que afectaba claramente aos seus dereitos e intereses lexítimos e que foi ditada sen darlles a oportunidade de ser oídos e actuar en defensa deses mesmos dereitos».

5.2 Suspensión do proceso por concorrencia de cuestión prexudicial penal. Reclamación de honorarios por servizos prestados sen contrato

O TSXG, na súa Sentenza do 15 de maio de 2019 (rec. 7023/2019, relator: Quintas Rodríguez), ratifica en apelación a decisión dun xulgado contencioso-administrativo de suspender un proceso en que o demandante lle reclamaba a un concello o pagamento de determinados servizos prestados sen contrato, porque a principal proba do actor consistía precisamente na declaración testifical dun concelleiro que figura imputado nunha causa penal polos mesmos feitos (contratación “a dedo”).

6 Responsabilidade patrimonial

6.1 Responsabilidade sanitaria. Teoría do dano desproporcionado. Consentimento informado

O TSXG, na súa Sentenza do 12 de xuño de 2019 (rec. 472/2018, relator: Seoane Pesqueira), afonda na análise da responsabilidade patrimonial da Administración sanitaria por “dano desproporcionado” e defectos no “consentimento informado”, nos seguintes termos:

«(...) O erro que achaca á sentenza contra a que apela o defensor da Administración autonómica radica en considerar responsable a Administración do dano ao non se achegar explicación científica á evolución da ferida cirúrxica, pois entende que a doutrina do dano desproporcionado non exige que probe a causa ou orixe do dano. A Sala non pode compartir esa argumentación (...). se o resultado danoso é anormal ou inusualmente grave, en relación cos riscos que comporta a intervención, como agora sucede, presúmese que a Administración sanitaria non se acomodou aos estándares de actuación exixibles ou non puxo á disposición do paciente os medios e coñecementos da ciencia e da técnica atemperados aos tempos presentes, é dicir, tivo lugar a infracción da lex artis ad hoc, co cal debe considerarse concorrente o requisito da antixuridicidade do dano, xa que o prexudicado non ten deber xurídico de soportalo (artigos 32.1 e 34.1 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público). A Sentenza da Sala 3.^a do Tribunal Supremo do 14 de marzo de 2018 (recurso de casación 347/2017), recolle un resumo da teoría do dano desproporcionado, e contradí así mesmo o alegado polo letrado do Sergas (...). Unha didáctica síntese do que significa esa doutrina recóllese na Sentenza do 19 de maio de 2016 (recurso 2822/2014), con precedente na do 6 de outubro de 2015 (recurso 3808/2013), nos seguintes termos: “a doutrina do dano desproporcionado ou resultado clamoroso significa o seguinte: 1.^o Que o resultado danoso excede o previsible e normal, é dicir, non garda relación ou proporción atendendo á entidade da intervención médica, pois non hai dano desproporcionado, por exemplo, se o resultado lesivo é un risco inherente á intervención, pero houbo unha errónea execución. 2.^o O dano desproporcionado implica un efecto danoso inasumible –pola súa desproporción– ante o que cabe esperar da intervención médica; é, polo tanto, un resultado inesperado e inexplicado pola demandada. 3.^o Ante esa quebra do normal, do esperable e o desproporcionado do efecto danoso, presúmese que o dano é causado por unha quebra da lex artis por parte da Administración sanitaria, presunción que pode destruír se proba que a causa está fóra do seu ámbito de actuación, é dicir, responde a unha causa de forza maior. 4.^o Polo tanto, para que non se lle atribúa responsabilidade por dano desproporcionado, desde o principio de facilidade e proximidade probatoria a Administración debe asumir esa carga de probar as circunstancias en que se produciu o dano. 5.^o De non asumir esa carga, a imprevisibilidade ou a anormalidade do dano causado atendendo á entidade da intervención médica é o que fai que sexa antixurídico, sen que poida pór o pretexto de que é un caso fortuíto, excluínte da responsabilidade polo dano causa”.

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Neste caso resulta incuestionable que se produciu un resultado desproporcionado no tratamento dunha cirurxía “tan simple” (en palabras do cirurxián plástico señor Ovidio) como é o desteitamento (apertura lonxitudinal do tenso e engrosado ligamento baixo o cal o nervio mediano sofre compresión no interior do túnel do carpo) dun túnel carpiano, pois, tras precisar un número exaxerado de intervencións e presentar un cadro importante de dor do membro superior dereito, quedou inutilizada a man dereita da paciente para calquera tipo de actividade, á parte do prexuízo estético, moral, laboral, familiar e de ocio que lle ocasiona, ademais dunha patoloxía psiquiátrica asociada. Fronte a iso, a Administración non foi capaz de ofrecer unha explicación científica razoable (...). Non basta con afirmar que o tratamento foi correcto e que a paciente foi tratada de forma totalmente correcta, pois a presenza daquel resultado desproporcionado obrigaba a Administración a demostrar a causa ou orixe do dano producido, en virtude da inversión da carga da proba que nestes casos ten lugar. (...). En definitiva, tal como informa o perito doutor Ovidio, a orixe máis lóxica do resultado producido é a infección nosocomial da ferida cirúrxica por ruptura da cadea de asepsia durante o proceso asistencial, xa que antes da operación o único que presentaba a paciente era a compresión do túnel carpiano, diagnosticada pola clínica e polo estudo electromiográfico, e despois da cirurxía e tras nove intervencións cirúrxicas quedoulle unha man en garra inutilizada irreversible, comezando a supurar a ferida poucos días despois da primeira operación de desteitamento do túnel carpiano.

En todo caso, en virtude daquela aplicación da doutrina do dano desproporcionado, basta con que a Administración non conseguise demostrar a causa daquel dano e que a orixe estivo fóra do ámbito de actuación dos servizos sanitarios que atenderon a paciente para que se deba desestimar este primeiro recurso de apelación. (...)

É certo que no expediente administrativo figura un documento de consentimento informado do 31 de xaneiro de 2013, en que se describe como un dos riscos típicos da cirurxía do túnel do carpo a “infección da ferida”, pero nin a constancia nese documento de tal risco pode servir de patente de corso para eludir a responsabilidade e levar a cabo todas as medidas de esterilización e asepsia precisas para evitar calquera contaminación, nin o resultado producido neste caso se limitou á infección da ferida cirúrxica, senón que, tras demostrarse, en análise realizada con ocasión do ingreso hospitalario producido o 23 de marzo de 2013, que crecían abundantes colonias de estafilococo *Areus* e *Parvimonas micra*, permaneceu resistente a infección ata o punto de motivar oito intervencións cirúrxicas máis, terminando por provocar que quedase a man dereita en garra da paciente, con inutilización dela, que é a dominante, ademais de que a paciente presenta cambras por todo o membro superior, con anestesia do cuarto e quinto dedos e hipoestesia do primeiro, segundo e terceiro dedos. (...) a sinatura do consentimento informado non pode servir de patente de corso para eximir a Administración da súa responsabilidade patrimonial e moito menos para permitir descoidar o deber de dilixencia que incumbe ao facultativo e á propia Administración sanitaria, aos que lles corresponde desenvolver unha correcta praxe médica, engadindo que manter o contrario equivalería a consagrar en dereito a irresponsabilidade da Administración sanitaria por danos derivados de calquera acto médico pola simple razón de ter informado xenericamente o paciente».

6.2 Reclamación indemnizatoria polos prexuízos derivados da inclusión de determinados terreos na Rede Natura

A Sentenza do TSXG do 3 de abril de 2019 (rec. 118/2016, relator: López González) examina o recurso interposto por unha entidade mercantil contra unha resolución da Xunta de Galicia desestimatoria da reclamación dunha indemnización de quince millóns de euros formulada polos danos e perdas derivados da inclusión de determinados terreos na Rede Natura 2000, como consecuencia da aprobación do Decreto 37/2014, do 27 de marzo, polo que se declaran zonas especiais de conservación os lugares de importancia comunitaria de Galicia, e se aproba o Plan Director da Rede Natura 2000 de Galicia. O tribunal descarta finalmente a concorrencia de responsabilidade, coas seguintes consideracións:

«(...) as limitacións ao uso dos terreos da recorrente non derivan do Decreto 37/2014, porque xa se impoñían na normativa anterior, dado que previamente xa tiñan unha regulación singular, fundamentalmente contida no artigo 16.2 da Lei 9/2001 e 2 do Decreto 72/2004, así como nas Leis 42/2007 e 7/2012, nas que, se ben se permitía que se puidesen seguir realizando, de modo tradicional, os usos e actividades anteriores que non vulnerasen os seus valores naturais, impúñase a existencia de autorización previa para a realización de actividades, distintas das anteriores, que puidesen pór en perigo os valores que xustifican a protección dos devanditos espazos.

Aínda é máis, a Lei galega 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia, somete, no artigo 32.2. f (“constituído polos terreos sometidos a algún réxime de protección por aplicación da Lei 9/2001, de conservación da natureza, ou da lexislación reguladora dos espazos naturais, a flora e a fauna”), os predios que se atopan en solo rústico de especial protección de espazos naturais a un réxime de protección especial, catalogación que merecen os da actora incluídos no Plan Director da Rede Natura 2000 de Galicia, mentres que no artigo 39 se especifican para o dito solo os usos permitidos, os autorizables e os prohibidos, de xeito que desde a súa entrada en vigor existían unhas limitacións legalmente previstas que cumpría ter en conta necesariamente.

Do ata aquí exposto deriva que non concorre a necesaria relación de causalidade entre o funcionamento do servizo público (que a actora deriva da aprobación do Decreto 37/2014) e o dano que se afirma como causado, sen que o informe pericial achegado desacredite tal dedución derivada da fundamentación xurídica que queda exposta, pois os aspectos técnicos sobre os que debe informar o perito non se poden nin deben estender ás deducións xurídicas derivadas do exame da lexislación ata aquí examinada.

Tampouco demostra a recorrente a concorrencia do requisito de dano efectivo.

Neste sentido, os danos reclamados céntranse nas perdas por afección á explotación de gando de monte (calculadas pola diferenza entre a explotación dos terreos con pasto mellorado e con pasteiro arbustivo), así como nas relativas á mingua do valor dos terreos (mingua que tamén se calcula capitalizando as rendas obtidas con pasto mellorado e con pasto non mellorado).

Non obstante, non se acreditou a realización, con anterioridade á entrada en vigor do decreto, dunha efectiva explotación de gando nos terreos nos termos que se alegan previstos

Regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

no informe pericial que se achega coa reclamación. É de destacar que no informe pericial se parte de datos relativos non á explotación gandeira concreta do reclamante, senón á “carga gandeira de pasteiros, mellorados ou arbustivos, en zonas medio altas e altas como as dos terreos da recorrente, e con gando autóctono de raza loura galega ou cruzada” e á “producción de carne para os pasteiros (mellorados ou arbustivos) nestas zonas”, sen que consten labores de mellora de pasto neles, nin sequera que a demandante tivese previsión de acometer tales labores con anterioridade á mencionada entrada en vigor, que se vise posteriormente frustrada. En definitiva, non consta acreditado que os danos reclamados respondan á efectiva perda de usos con que a reclamante contaba e que exercía con anterioridade á aprobación do decreto, e dos que se viu privado como consecuencia directa desa aprobación.

Así mesmo, no informe pericial practicado en sede xudicial pártese de hipóteses ou expectativas afastadas de danos reais e concretos, que non se poden dar por acreditados.

Con iso ponse de manifesto así mesmo que non se cumpren os requisitos b), c) e d) do artigo 29.2 da Lei 9/2001, porque non consta que as limitacións de usos establecidas afecten a usos ou aproveitamentos legal e efectivamente exercidos no momento de imposición da restrición, nin que se produza unha lesión patrimonial efectiva e actual. E tampouco se cumpre o requisito do apartado d), porque as limitacións establecidas non son singulares, nin se trata de privación de dereitos especificamente prevista para a actora, senón que afectan a máis propietarios con titularidades que resulten afectadas».

7 Tributos

7.1 Ordenanza municipal reguladora da taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público local das instalacións de transporte de enerxía eléctrica, gas, auga e hidrocarburos

A Sentenza do TSXG do 27 de febreiro de 2019 (rec. 15358/2018, relator: Núñez Fiaño) desestima o recurso interposto por Rede Eléctrica de España contra a Ordenanza Fiscal do Concello da Pobra de Trives reguladora da “Taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público local das instalacións de Transporte de Enerxía Eléctrica, Gas, Auga e Hidrocarburos” (BOP de Ourense do 21/02/2018) e o seu “Anexo de Tarifas”.

Conclúe o tribunal que a taxa non xera un suposto de “dobre imposición” tributaria e que o sistema de xestión/liquidación prevista na ordenanza é correcto. Sobre a determinación do importe a pagar realiza as seguintes consideracións:

«(...) 1.^a) A ordenanza fiscal discutida establece a taxa pola utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público local polas empresas dedicadas ao transporte e subministración de enerxía eléctrica, gas, auga e hidrocarburos. Aquela utilización e ese aproveitamento do dominio público local responden ás mesmas pautas calquera que sexa o municipio: os terreos afectados teñen a mesma natureza e as instalacións cuxo establecemento son a súa causa presentan iguais características (liñas aéreas de alta tensión,

canalizaciones de gas, de auga, etc.). Por iso nada de estraño hai en que as ordenanzas de distintos concellos respondan ás mesmas pautas e contén con igual xustificación técnico-económica, sendo razoable que no informe que xustifica e explica o importe da taxa e as súas tarifas non se conteñan máis mencións á concreta corporación local que as que resulten imprescindibles.

2.^a) Calquera que sexa a cualificación que a cada cal lle merezan as consideracións xurídicas e económicas que contén o informe técnico-económico, o certo é que, como a propia RED ELÉCTRICA reconece, dedica máis de dez páxinas a explicar os parámetros que serven para determinar a base impositiva da taxa, dando conta de onde procede cada elemento e o método seguido, polo que mal pode sosterse que o dito informe, que acompaña á ordenanza discutida, non cumpre co obxectivo sinalado polo lexislador: pór de manifesto o valor de mercado da utilidade que se grava coa taxa e xustificar as tarifas que se aplican. Máis adiante, o fundamento desta afirmación farase patente cando, ao resolver o primeiro motivo de casación, expoñamos o contido da ordenanza e do seu informe técnico-económico.

3.^a) Non responde á realidade a afirmación de que a ordenanza fiscal impugnada e o seu informe técnico-económico perseguen gravar unicamente a ocupación que do dominio público local fai RED ELÉCTRICA coas instalacións da súa titularidade. É unha afirmación voluntarista que se dilúe cando se constatan os dous seguintes feitos: (i) a taxa refírese non só á utilización do dito dominio público pola instalación de liñas aéreas de alta tensión, senón tamén por canalizacións de gas e de auga, así como por outro tipo de instalacións (léanse o seu título, o anexo e o contido do informe técnico-económico), realidade que non se desdía pola circunstancia de que a xustificación económica e técnica que aparece nese documento se deteña máis nas instalacións de transporte de enerxía eléctrica; e (ii) este é o terceiro recurso que resolve esta sala en relación coa ordenanza do Concello de Arteixo, nos outros dous as recorrentes, e polo tanto suxeitos pasivos, eran sociedades distintas e independentes da agora demandante, unha dedicada ao transporte e a distribución de gas e a outra ao de enerxía eléctrica.

4.^a) O feito, sen máis, de que o informe técnico-económico se sustente nun “informe tipo” realizado para a Federación Española de Municipios e Provincias polo gabinete que a asesora non nega a súa capacidade para xustificar e sustentar a decisión impositiva que a ordenanza incorpora. Foi elaborado por un asesor “xurídico” e outro “técnico”, contando cos elementos precisos dunha e outra natureza. Unha vez incorporados á decisión municipal, conforman a vontade do consistorio, sendo válido o dito informe se explicita, xustifica e motiva os elementos técnicos e xurídicos que cimentan a taxa e a súa contía.

B) A ordenanza é a norma xurídica que contén os elementos configuradores do tributo: o feito impositivo, a determinación da base, a fixación do tipo de gravame, así como os demais elementos determinantes da contía da débeda tributaria [véxase neste sentido o artigo 8 da Lei 58/2003, do 17 de decembro (RCL 2003, 2945), xeral tributaria (BOE do 18 de decembro)]. Entre eles non se conta o número de metros lineais de tendidos de rede eléctrica que discorren polo dominio público municipal. Este non é un concepto normativo, non é un elemento configurador do tributo, senón un dato que debe constar na liquidación tributaria para determinar a débeda de cada suxeito pasivo. A reserva de lei (en sentido

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

ampla, comprensiva cando se trata de tributos locais das ordenanzas fiscais) non exige expresar numericamente na norma as instalacións cuxo establecemento determina o uso ou o aproveitamento que constitúe o feito impositivo, senón concretar ese feito impositivo, os elementos que han de servir para cuantificar a base e a cota mediante a aplicación da cal quedará determinada a débeda tributaria de cada suxeito pasivo, atendendo, ao tempo da liquidación (entón si), á cantidade ou intensidade da utilización ou o aproveitamento, determinado polo número de metros lineais de solo de dominio público afectado. En definitiva, os dous argumentos da demanda aos cales a sala de instancia non deu resposta deben ser desestimados.

En aplicación desta doutrina xurisprudencial cuxa aplicación non poden exceptuar os votos particulares que se citan na demanda, procede declarar a conformidade a dereito do artigo 4 da ordenanza fiscal que nos incumbe, salientando para concluír este bloque de motivos impugnatorios que, no informe técnico económico tras citar a normativa catastral e ordes de referencia, se concreta na páxina 20 a fórmula do valor do solo rústico ocupado con construción con cita expresa da OM EHA/3188/2006 e OM EHA/2816/2008, ademais das fontes (entre as que obviamente se atopan os datos que pode obter a través do Concello ou da Xerencia de Catastro, derivados do relatorio de valores). (...). Dada a xurisprudencia do Tribunal Supremo citada, que resulta de parecer maioritario dos maxistrados da sala, non se advirte a necesidade de suscitar a cuestión de inconstitucionalidade do artigo 24.1.a) do TR da Lei reguladora das facendas locais ou prexudicial de dereito comunitario do inciso final do apartado 7 do artigo 15, en relación coa letra a) do apartado 6 do artigo 37 e concordantes, ambos os dous da Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeo e do Consello do 13 de xullo de 2009, pois debemos resolver a controversia conforme aquela doutrina xurisprudencial que defende a legalidade de ordenanzas similares a esta. Ademais diso, cabe destacar que o artigo 7 inciso final da directiva citada simplemente sinala que a condición aplicable polos xestores de rede de transporte destes servizos deberá fixarse segundo unha metodoloxía compatible co artigo 37, apartado 6, de forma non discriminatoria e que reflecta os custos e serán publicadas, o que sucede con estas taxas fixadas legalmente; e o artigo 37.6.a) da citada directiva, que as autoridades reguladoras se encargarán de fixar ou aprobar, coa suficiente antelación da súa entrada en vigor, como mínimo, as metodoloxías utilizadas para calcular ou establecer as condicións para a conexión e acceso ás redes nacionais, incluíndo as tarifas de transporte e distribución e as súas metodoloxías que permitirán realizar os investimentos necesarios nas redes de forma que quede garantida a viabilidade da rede, extremo ao que tamén cremos que se dá satisfacción a través de aprobación, grazas ao disposto na Lei de facendas locais, que prevé a posibilidade de establecer esta taxa».

7.2 Nulidade do Real decreto 529/2017, de modificación do Regulamento do imposto sobre o valor engadido, por omisión do informe preceptivo do Consello de Estado

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS), na súa Sentenza do 5 de xullo de 2019 (RC 535/2017, relator: Merino Jara), estima o recurso interposto

polo Colexio de Economistas de Pontevedra contra o Real decreto 529/2017, do 26 de maio, que modificou o Regulamento do imposto sobre o valor engadido (RD 1624/1992, do 29 de decembro), introducindo dúas novas disposicións transitorias: a cuarta (“baixa extraordinaria no rexistro de devolución mensual e renuncia extraordinaria á aplicación do réxime especial do grupo de entidades durante o ano 2017”) e a quinta (“opción por levar os libros rexistros a través da Sede electrónica da Axencia Estatal de Administración Tributaria polos suxeitos pasivos acollidos ao réxime simplificado para o ano 2017”). A dita modificación completaba outra anterior do mesmo regulamento, aprobada polo Real decreto 596/2016, do 2 de decembro, para a modernización, mellora e impulso do uso de medios electrónicos na xestión do imposto sobre o valor engadido, co fin de establecer un novo sistema de levar os libros de rexistro do Imposto a través da Sede Electrónica da Axencia Estatal de Administración Tributaria.

O alto tribunal declara a nulidade desta modificación regulamentaria por terse omitido na súa tramitación o preceptivo Ditame do Consello de Estado. Afírmase o seguinte na sentenza:

«(...) Atopámonos ante un “regulamento executivo”, entendendo por tales “os que a doutrina tradicional denominaba “regulamentos de lei” e se caracterizan, en primeiro lugar, por ditarse como execución ou consecuencia dunha norma de rango legal que, sen abandonar o terreo a unha norma inferior, mediante a técnica deslegalizadora, os acouta ao sentar os criterios, principios ou elementos esenciais da regulación pormenorizada que posteriormente debe establecer o regulamento en colaboración coa lei e, en segundo lugar, en que o regulamento que se expida en execución dunha norma legal innove, no seu desenvolvemento, o ordenamento xurídico” (Cfr. por todas, SSTS do 19 de marzo de 2007, recurso de casación 1738/2002, e 25 de xuño de 2009, recurso de casación 992/2007). Achámonos, pois, ante un regulamento executivo, como tamén o é o Real decreto 596/2016, do 2 de decembro. Non obstante, un foi ditaminado e o outro non. Sendo, sen dúbida un regulamento executivo o que nos ocupa, como tal debe ser ditaminado polo Consello de Estado, aínda que sexa unha modificación doutro anterior que si foi informado, na medida en que este tamén innova o ordenamento xurídico ao introducir dúas disposicións transitorias totalmente necesarias para pór en práctica, nos termos pretendidos, o novo sistema de levar os libros rexistro de IVE o 1 de xullo de 2017.

(...) consideramos que as modificacións si resultan transcendentales e revisten carácter esencial. Sinálase na contestación á demanda que ambas as dúas modificacións dan resposta á demanda de boa parte do colectivo afectado pola obriga de levar os libros rexistro do imposto sobre o valor engadido a través da Sede electrónica da Axencia Estatal de Administración Tributaria. Non negamos que sexa así, pero iso confirma que ningunha das dúas previsións atopa acomodo no Real decreto 596/2016, que foi o único sometido ao ditame do Consello de Estado, atopándonos, por conseguinte, ante unha modificación relevante. (...)

Por conseguinte, a ausencia do ditame preceptivo do Consello de Estado no procedemento de elaboración dunha disposición xeral debe reputarse un vicio substancial que determina a nulidade de pleno dereito da disposición xeral que o padeza, tal e como reiterou

REGAP



COMENTARIOS E CRÓNICAS

a nosa xurisprudencia (SSTS do 17 de xullo de 2009, Rec. 1031/2007; do 24 de novembro de 2009, Rec. 11/2006; e do 1 de xuño de 2010, Rec. 3701/2008, entre outras)”. A nulidade do Real decreto 529/2017, do 26 de maio, orixínase na inobservancia do disposto no 3 do artigo 22 da Lei orgánica do Consello de Estado, no procedemento da súa elaboración (...)».

8 Universidades

8.1 Control xurisdiccional da avaliación negativa de períodos de investigación pola ANECA

O TSXG, na súa Sentenza do 20 de febreiro de 2019 (rec. 87/2018, relator: Seoane Pesqueira), desestima o recurso promovido por un profesor da Universidade de Vigo contra unha resolución da Axencia Nacional de Avaliación da Calidade e Acreditación (ANECA) que avaliou negativamente o tramo de investigación solicitado. Afirma o tribunal galego nesta sentenza que:

«(...) en congruencia coa moderna doutrina xurisprudencial sobre o control da discrecionalidade técnica, ditouse nesta materia por parte da Sección 4.^a da propia Sala 3.^a do Tribunal Supremo a Sentenza do 3 de xullo de 2015 (recurso de casación 2941/2013), na cal se matiza a aplicación daquela STS do 5/07/1996, no sentido de que esta non exclúe o deber de expresar as razóns polas que se establece unha determinada puntuación, de xeito que non poderá entenderse motivada a decisión cando o “informe técnico” unicamente contén unha cifra numérica, sen engadir ningunha explicación relevante, que faga comprensible o contido do acto posterior (o da CNEAI). Na propia STS argumentase que “É certo que o xuízo técnico do Comité “se expresará en termos numéricos de cero a 10”, segundo dispón o artigo 8.2 da Orde de 1994, pero iso non significa que se crease unha sorte de actos exentos ou alleos á exigencia da motivación dos actos administrativos. O xuízo técnico efectivamente resúmese ou remata nunha cualificación, pero ese resultado final debe ir precedido da correspondente motivación, explicando as razóns polas que a Comisión, ou por remisión o Comité, cifrou a súa cualificación nunha determinada puntuación”. Seguidamente, a dita STS do 3/07/2015 especifica en que consiste o control xudicial neste caso de discrecionalidade técnica: “o control xudicial deste tipo de actos atópase acoutado, é limitado, e non pode alcanzar a plenitude do noso control xurisdiccional sobre os actos administrativos alleos á discrecionalidade técnica. A avaliación da actividade investigadora, en tanto, ao ser unha decisión froito da discrecionalidade técnica, pois o Comité, que proporciona a motivación, valora os méritos segundo os criterios científicos ou técnicos, ao concorrer nos membros do órgano a capacitación e especialización exixida pola norma para estes casos, non pode ser corrixida respecto dese xuízo técnico. Que o acto de avaliación deba ser motivado non significa, insistimos, que, logo, os órganos xudiciais poidan revisar a valoración técnica que contén o acto administrativo. Dito doutro xeito, a motivación do acto non nos permite examinar a entraña da decisión técnica, produto da indicada discrecionalidade técnica, e substituír ese xuízo técnico polo que expresa o recorrente ou o do propio tribunal. O que nos permite a motivación, en definitiva, é controlar que efectivamente se puxeron de manifesto, de forma comprensible, as razóns da puntuación expresada e, ademais, que esa decisión

non é arbitraria, non incorre en desviación de poder, non se opón aos principios xerais do dereito, ou incorre en defectos de índole formal”. No seu fundamento de dereito oitavo a citada STS do 3/07/2015 continúa razoando: “Acorde co exposto, a discrecionalidade técnica non lle permite ao órgano xurisdiccional, polo tanto, revisar a calidade e aptitude dos traballos ou achegas do recorrente. Os órganos xurisdiccionais non poden corrixir ou alterar a apreciación realizada pola Comisión Nacional Avaliadora no relativo á súa estimación técnico-científica. E non poden facelo, aínda que se trate de áreas de coñecemento en que os tribunais teñan a preparación técnica ou científica exixida, neste caso no ámbito do dereito, porque o control dos órganos xurisdiccionais é de carácter xurídico respecto do acomodo da actuación administrativa ao ordenamento xurídico, e non técnico-científico. Dicimos isto porque no suplico do escrito de interposición se solicita, como pretensión principal, que “se recoñeza a suficiencia de méritos do solicitante para unha valoración positiva do tramo de investigación solicitado”. E de ningún xeito esta sala vai realizar unha valoración dos méritos do recorrente, para emendar a puntuación realizada polo Comité Asesor. Será a Comisión Nacional, autora do acto administrativo, quen deberá motivar por si mesma, ou por remisión ao correspondente informe do Comité Técnico, as razóns da puntuación que establece, segundo o tipo de motivación que prevé o artigo 8.3 da citada Orde de 1994. Para iso retrotraeranse as actuacións, que é a pretensión que se solicita en segundo lugar, á vía administrativa, concretamente ao momento anterior ao informe do Comité Asesor, para a emisión dun informe motivado”.

A lectura repousada da demanda pon de manifesto que o demandante pretende, en primeiro lugar, que este tribunal reavalíe cada unha das achegas presentadas ata o punto de que se recoñeza a avaliación positiva do tramo de investigación solicitado, penetrando na avaliación técnica efectuada polo comité asesor, porque, como se deduce das alegacións do recorrente que, en síntese, foron resumidas no anterior fundamento xurídico, aborda todos e cada un dos aspectos que deben ser valorados para alcanzar a cualificación final. É dicir, o actor está a penetrar no axuizamento técnico da Administración, pois expresamente alude a que non lle parece correcto o criterio técnico empregado, o cal excede o control que a moderna xurisprudencia admitiu nesta materia.

De todo o anteriormente argumentado despréndese que non cabe acoller a petición principal contida no suplico da demanda, porque iso entrañaría revisar a calidade e aptitude dos traballos ou achegas do recorrente, e, por conseguinte, abrir a posibilidade de corrixir ou alterar a apreciación realizada polo comité asesor e pola CNEAI e ANECA no relativo á súa estimación técnico-científica, extralimitando o control xurídico que a este tribunal lle corresponde.

Se, conforme coa dita moderna xurisprudencia, o control dos órganos xurisdiccionais é de carácter xurídico respecto do acomodo da actuación administrativa ao ordenamento xurídico, e non técnico científico, non é posible a substitución da valoración técnica verificada polo órgano administrativo. Ademais, tal substitución avaliativa non é fiscalización, senón que vai máis alá, incidindo na prohibición contida no artigo 71.2 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, xa que proscribe que os órganos xurisdiccionais determinen o contido discrecional dos actos anulados. (...)

regap



COMENTARIOS E CRÓNICAS

Consecuencia do anteriormente exposto é que o exame se debe centrar na análise de se pode considerarse que a resolución administrativa impugnada, á que se incorporou o informe do comité asesor emitido antes da decisión sobre o recurso de alzada, está correcta e suficientemente motivada. En congruencia con tal exigencia de motivación, esta sala e sección incidiu na necesidade de que a Administración ofrezca a debida resposta aos argumentos esgrimidos no recurso de alzada interposto contra a decisión inicial da CNEAI, adecuándose estes argumentos aos criterios específicos da correspondente resolución da CNEAI, pois a propia xurisprudencia exixiu esa resposta explícita para cumprir axeitadamente o requisito da motivación (artigo 35 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas), co fin de que quen postula o recoñecemento do seu xuízo poida coñecer as razóns polas que se puntuán negativamente determinadas achegas.

É dicir, o feito de que sexa bastante que o comité asesor correspondente exprese o seu xuízo técnico en termos numéricos de cero a dez, sendo preciso un mínimo de seis puntos para obter unha avaliación positiva, tal como impón o artigo 8.2 da Orde do 2 de decembro de 1994, non escusa de expor os motivos polos que se outorga unha determinada puntuación inferior a 6 puntos (ou mesmo superior) se se presenta un recurso de alzada fronte ao acordo inicial da CNEAI, que se apoia no informe do comité asesor, en cuxo recurso se esgriman argumentos concretos polos que unha determinada achega puidese ser avaliada positivamente, sobre todo se eses argumentos están baseados nos criterios específicos que se fixeron públicos a través da resolución da propia CNEAI. Entendelo doutro xeito sería tanto como recoñecer unha zona inmune de poder, e propiciar que a discrecionalidade, por moi técnica que sexa, poida incidir na arbitrariedade derivada da falta de explicación do realizado, o cal se compadece mal coas exigencias dun Estado de dereito e co principio de interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos, proclamado no artigo 9.3 da Constitución.

Nada impide que aqueles criterios específicos sexan interpretados polo comité asesor e pola CNEAI dun xeito distinto ao exposto polo actor na súa solicitude, pero é preciso que se exteriorice ese diferente modo de entendemento para que, á vez que se achega aquela contestación aos argumentos do recorrente, poida levarse a cabo a fiscalización xudicial a que obriga o recurso contencioso-administrativo presentado. (...)

As afirmacións do actor quedan en alegacións sen apoio probatorio, mentres que as razóns ofrecidas polo comité asesor integran unha motivación axeitada, en canto integralmente conectada cos criterios xenéricos e específicos que han de servir de pauta para axuizar a conveniencia daquela. (...) a Administración expón razoadamente os motivos da puntuación outorgada a cada unha das achegas presentadas, e ademais céntrase nos criterios xerais da Orde do 2 de decembro de 1994 e específicos recollidos na resolución do 26/11/2015, co que, á parte de cumprir o deber exixido no artigo 35 da Lei 39/2015 e dar a coñecer a fundamentación da decisión adoptada, lle outorga a posibilidade ao recorrente de rebater as ditas argumentacións.

É dicir, neste caso resulta incuestionable que existe motivación, e esta é suficiente e axeitada, porque se adecúa aos criterios xenéricos e específicos que constitúen as pautas a que debe axustarse a valoración. Cousa diferente é que a actora mostre a súa desconformidade coa aplicación daqueles criterios no caso das distintas achegas. Por todo cando queda exposto, procede a desestimación do recurso interposto».

Regap

Recensiones

3

Estudios sobre la nueva cultura y valores del empleo público



MIGUEL ANXO BASTOS BOUBETA
Profesor de Ciencia Política e Socioloxía
Universidade de Santiago de Compostela
miguelanxo.bastos@usc.es

Recibido: 21/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.14>

Regap



RECENSIONES

CANALES ALIENDE, J.M., e ROMERO TARÍN, A. (eds.): *Estudios sobre la nueva cultura y valores del empleo público*, Bosch Editor - Universitat D'Alacant, Barcelona, 2018, 180 pp. ISBN: 978-84-16724-88-8.

A forma de organizar o emprego público foi, desde a aparición das administracións públicas modernas, unha das principais fontes de debate, tanto entre os académicos como nos executivos encargados do seu deseño. As administracións previas á aparición do Estado moderno, que se caracteriza precisamente pola ordenación burocrática dos seus servidores, non constituían ningún problema. Funcionarios e escribas formaban parte do patrimonio persoal do rei ou emperador, e este contratáboas e despedíaos por vontade e fixaba a súa remuneración e condicións laborais. O moderno Estado administrativo, en cambio, pasa a depender para o seu funcionamento dos servizos prestados por funcionarios máis ou menos permanentes que non dependen directamente do gobernante, senón do Estado, e o seu traballo pasa a estar rexido por leis e regulamentos. É neste modelo onde comezan a desenvolverse os actuais modelos de emprego público e é, polo tanto, neste marco onde se van desenvolver os debates sobre como debería estar este organizado e que deron lugar a unha moi fértil literatura na cal podemos encadrar este libro.

Antes de proceder ao seu comentario, sempre é conveniente lembrar que o modelo latino de emprego público non é o único posible e que existen múltiples fórmulas xurídicas das cales se pode tomar exemplo e usar como referencia, polo menos para os efectos de discutir posibles melloras. Os nosos modelos de emprego público evolucionaron relativamente pouco no último século e a súa evolución foi sempre dentro do propio modelo, sendo moi refractarios non só a innovar, senón nin sequera a discutir a súa mera posibilidade. O debate neste eido foi, en comparación con outras realidades, de moi escaso alcance, polo que calquera libro que permita discutir a cultura, os valores ou a organización do emprego público ten que ser necesariamente ben recibido na nosa academia.

O libro consiste en varios ensaios que estudan os cambios que experimentou a función pública nos últimos anos, centrándose moi especialmente nas realidades española e arxentina, que, malia prestar servizo a entes políticos moi diferentes, comparten valores moi semellantes e principios de dereito administrativo provenientes de tradicións xurídicas homologables.

O primeiro ensaio do libro, escrito polos profesores Araya Moreno e Rodríguez Alba, analiza o cambio dos valores da función pública, centrándose no caso da Administración pública chilena. Os modelos clásicos de valores da burocracia weberiana, imparcialidade, eficacia ou servizo do interese xeral veríanse, segundo estes, non desafiados, senón modificados no seu contido pola aparición de novos valores derivados uns da nova xestión pública e outros de novos valores identitarios e humanistas. No primeiro caso poderíase observar como valores derivados da racionalidade económica, como a eficiencia ou o aforro, van gañando peso relativo no repertorio de valores que se lle poden exixir ao servidor público. Por outra banda, os novos movementos sociais, como o feminismo ou o ecoloxismo, tamén fan sentir o seu peso no ideario do sector público, e valores como a responsabilidade ambiental ou a sensibilidade ás demandas de colectivos minorizados ou marxidados pasan a ter valores cada vez máis exixidos no ámbito da función pública. O problema que se pode formular aquí é a posible compatibilidade de ambas as dúas derivas, pois, aínda que na teoría poden ser idealmente conciliadas, na práctica son en moitas ocasións de difícil implantación conxunta. O máis probable de seguir con estas dinámicas é que estas acaben por imporse, pero en ramas distintas da Administración pública, en vez de instaurarse as dúas no seu conxunto. Así, haberá ministerios ou organizacións digamos que máis economicistas e orientados cara a valores de racionalidade económica pura e outros máis orientados aos novos valores humanísticos e identitarios, máis inclusivos e sensibles a estes novos valores emerxentes. O texto, ademais de realizar unha moi detallada análise dos cambios de valores en varias das principais institucións chilenas, abre tamén o debate, que creo que merecería ser máis detallado, sobre cales deberían ser os valores que primasen nas administracións públicas do futuro, polo menos nas do noso contorno cultural. E, sobre todo, como facer compatibles estes valores entre si, tarefa que ao meu entender é a principal, posto que ao final os valores das administracións non deixan de ser os valores daqueles que traballan nelas, e estes, como se pode supor, son tamén cada vez máis plurais e diversos.

O segundo texto é o redactado polos compiladores do libro, os profesores Canales Aliende e Romero Tarín, da Universidade de Alacant en España. Refírese á incidencia que tiveron os cambios de valores na función pública á hora de seleccionar e recrutar os novos directivos públicos. Os autores parten da base de que a selección destes debe ser acorde a principios de mérito, valor este propio dos sistemas administrativos contemporáneos do noso contorno, fronte aos sistemas de lealdade política propios doutros tempos e lugares. A discusión que abren os autores é moi rica, pois, sen desmentir a necesidade dun sistema de méritos, o que debería ser establecido é cal ou cales son os criterios determinantes do mérito. Dito doutra forma, se os valores cambian, os criterios de mérito tamén deberían facelo, polo que se podería deducir que non existe un criterio obxectivo de mérito, dado que estes cambian segundo os valores imperantes en cada momento e as necesidades específicas da Administración en cada momento. Os autores describen unha serie de trazos característicos das administracións contemporáneas, como son a súa adaptación aos medios dixitais, o seu funcionamento colaborativo e en rede e a nova escala de actuación das organizacións públicas, enfrontadas estas a problemas novos, moitos deles formulados a escala global ou cando menos supraestatal. Estes problemas reflicten un cambio nos valores e prioridades da sociedade, e faise, polo tanto, imprescindible unha adaptación dos servidores públicos, e moi especialmente dos seus directivos, a esta nova realidade.

Cales serían estes valores e capacidades necesarios? Os autores dedican boa parte do texto a enumeralos e describilos. O primeiro deles é a necesidade de recrutar funcionarios con capacidade de xestión e de toma de decisións de forma autónoma fronte ao vello funcionario xurista-administrador. Na liña do expresado no capítulo anterior, faise fincapé na necesidade de que estes teñan en conta valores económicos como produtividade, aforro ou eficiencia á hora de desempeñar o seu traballo, e que incorporen, ademais do vello principio de legalidade, unha orientación cara ao correcto manexo dos fondos públicos, e moito máis tras ter atravesado anos de crise e recortes, que as deberían facer reflexionar sobre a necesidade de optimizar os recursos á súa disposición.

Ademais de discutir en profundidade os valores de transparencia, bo goberno e democracia na Administración, tan interesantes, como, por desgraza, difíciles de cumprir (recomendo ao respecto o libro de Christopher Hood *O xogo da culpa*, no cal se explica precisamente como as administracións públicas modernas están deseñadas para non ser transparentes e para eludir culpas), os autores discuten un tema de enorme interese, que é o de establecer os valores que poden ser relevantes na selección dos traballadores públicos, que por si só xustificaría o libro e que esperemos que os autores o continúen desenvolvendo en posteriores traballos pola seguinte razón: aínda que os autores establecen unha detallada e ben fundamentada lista de valores pertinentes para a nova xestión pública, acaban concluíndo que estes deben estar condicionados polo principio de capacidade e que non deben estar supeditados a ningún tipo de clientelismo. A risco de facer afirmacións impopulares gustaríame matizar algo estes aspectos. En primeiro lugar, non se define con claridade en que consiste o principio de capacidade. Na Administración española adoita

regap



RECENSIONES

ser asociada coa capacidade de aprobar duros exames de oposición ou con dispoñer de títulos académicos habilitantes, pero non coa experiencia ou a capacidade de xestión probada. Na Administración española un empresario con capacidade de xestión probada na dirección de empresas con miles de traballadores, pero carente de títulos académicos formais, non podería nin facerse cargo dun servizo ou un negociado de pouca monta. A Administración pública o que pretende con este modelo é establecer un criterio de capacidade obxectivo a través dalgún exame ou proba formal que evite a arbitrariedade na contratación, pero ao prezo de primar capacidades que non son necesariamente as máis axeitadas para conseguir o tipo de función pública que se pretende establecer. O opositor, con todas as súas virtudes, non aparenta ser a primeira vista o tipo de funcionario innovador e emprendedor que se describe nos manuais da boa gobernanza.

Choca tamén este modelo co de evitar o clientelismo. Primeiro porque este, por duro que pareza, é dunha forma ou outra inevitable en calquera Administración pública, salvo que queiramos privar o político electo de calquera capacidade de control sobre as organizacións que dirixe. Debemos recordar que as administracións públicas forman parte do sistema político e que é normal e inevitable reservar certos postos, en especial os directivos, a funcionarios de confianza do goberno, pois, se non, poderíase resentir a debida coordinación entre goberno e Administración pública. En segundo lugar, porque buscar administradores capaces e con experiencia en xestión require dunha capacidade de discreción á hora de seleccionalos moito maior que no caso de selección vía oposición, e esta discreción moi probablemente sexa usada para seleccionar profesionais, capaces si, pero de confianza. En ningunha parte está escrito que seleccionar entre as clientelas de partido estea enfrontado ao cen por cen con buscar funcionarios capaces, da mesma forma que os sistemas de concursos e exames tampouco garanten sempre a selección dos máis capaces.

Moitos destes argumentos refórzanse na terceira parte do libro, redactada por Jaime Rodríguez Alba e Laura Judith Lesma, os cales analizan un caso arxentino, o caso da profesionalización da función pública na municipalidade de Córdoba. Nesta localidade implantouse un ambicioso plan de profesionalización da función pública inspirado en boa parte dos valores profesionais discutidos no libro. Os autores inciden moito na cuestión do mérito profesional, o que de novo nos abre a cuestión de enumerar cales deben ser os méritos dun funcionario e como estes deben ser valorados. Por exemplo, podería discutirse se a capacidade de liderado é ou non un mérito (dígoo porque moitas administracións case prefiren que non se dean fenómenos de líderes entre os seus funcionarios, pois poden suplantar o político e dificultar a xestión), pero, unha vez establecido que si o é, atopámonos coa dificultade de valorar de forma obxectiva esta característica, debendo recorrer dunha forma ou doutra a algún tipo de discrecionalidade por parte do selector.

O mesmo acontece con boa parte dos méritos que no texto se expoñen. Primeiro hai que discutir de que forma son ou non méritos (pode variar co tipo de unidade administrativa) e despois establecer a forma correcta de medilos. O plan implantado en Córdoba de momento presenta un bo aspecto. Só hai que esperar que vicisitudes

políticas, como un cambio no goberno local, ou económicas, como unha crise, non o desbaraten. Porque isto é outra, os mellores plans poden verse frustrados por factores externos; de feito, sono con frecuencia, e de aí o mantemento por tradición das vellas estruturas burocráticas, ineficientes se se quere, pero moi resilientes ao cambio.

O libro, en conclusión, é unha moi boa combinación de teoría administrativa e estudos de caso. Pero creo que a súa principal virtualidade é a de abrir moi ricos e interesantes debates desde unha perspectiva máis politolóxica que xurídica, sobre o complexo mundo da función pública, que rara vez esperta o interese dos especialistas, aos que parece que lles gusta máis centrarse en temas máis elevados, como o deseño de reformas administrativas ou nos modelos de xestión, relegando a un segundo plano os temas máis comúns no día a día da xestión. Benvido sexa, pois, este traballo.

Regap



RECENSIONES

Resolución judicial y extrajudicial de conflictos en el proceso de modernización de la Administración de Justicia



ALMUDENA VALIÑO CES

Profesora de Derecho Procesual
Universidade de Santiago de Compostela
almudena.valino@usc.es

Recibido: 21/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.12>

regap



RECENSIONES

MÍGUEZ MACHO, L., e GONZÁLEZ MORENO, B. (coords.): *Resolución judicial y extrajudicial de conflictos en el proceso de modernización de la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 358 pp. ISBN: 978-84-9143-677-5.

Esta obra colectiva, coordinada polos profesores Míguez Macho e González Moreno, é o resultado de dous seminarios organizados pola Asociación Interdisciplinaria de Dereito Público, pois constitúen foros para o debate científico acerca de cuestións relevantes para o dereito público por parte de investigadores e profesionais pertencentes a diferentes áreas de coñecemento. Nela analízase, ao longo das súas dúas partes, un conxunto de reflexións de profesores universitarios e maxistrados sobre a resolución xudicial e extraxurisdicional de conflitos no marco do proceso de modernización da Administración de xustiza. En concreto, na primeira delas estúdase a resolución xudicial e extraxurisdicional de conflitos e na segunda abórdase a situación pasada e presente da Administración de xustiza cara a unha modernización necesaria.

Desde un tratamento máis profundo, e antes de mencionar algunhas das ideas que a súa lectura achega, vaia por diante que non é obxectivo desta recensión referirnos ás numerosas cuestións que destacan ao longo da obra, e iso porque o noso comentario, seguro que incompleto, non faría xustiza ao contido deste libro. Con

todo, si nos gustaría por de relevo algúns dos aspectos que, por diversas razóns, consideramos importantes

Na primeira parte –Resolución xudicial e extraxudicial de conflitos– inclúense catro estudos. O primeiro deles titúlase “La tutela de los derechos y libertades por los defensores del pueblo: del límite que representa la función jurisdiccional a la ampliación de las funciones mediadoras de los defensores”, cuxa autora é a profesora González Moreno. Este traballo enmárcase no contexto máis xeral do cambio de paradigma na evolución do proceso contencioso-administrativo como mecanismo clásico de control da Administración. Este cambio determínase por dous planos que perfilan unha intensa transformación das relacións entre os cidadáns e os poderes públicos, caracterizado pola crecente demanda de participación cidadá nos procesos de toma de decisións públicas: por un lado, polas exixencias de transparencia na actividade dos responsables públicos, especialmente das administracións, as institucións e as entidades de dereito público, e, por outro lado, por unha visión máis depurada acerca das garantías dos dereitos dos cidadáns que deriva do deber de boa administración.

Os dous vectores referidos ao cambio de paradigma, a xuízo da autora, beneficiaron o impulso da mediación administrativa como un medio para resolver controversias. Por tal motivo, analízase esta institución co fin de plasmar as súas virtualidades. Distínguese non só a mediación en vía administrativa, senón tamén a que se leva a cabo de forma intraprocesual en virtude do artigo 77 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.

A este respecto, cabe destacar a maior presenza que vén adquirindo a mediación no dereito administrativo, o que suscita un crecente interese polos operadores xurídicos, tanto no marco do dereito material pacífico como no do dereito procesual litixioso. E iso porque a mediación pode desenvolver un papel moi relevante no marco da concertación e o acordo, co fin de modernizar as estruturas administrativas, reducindo así o nivel de conflictividade.

Por último, abórdanse as funcións mediadoras que asumen os defensores do pobo no marco da tutela dos dereitos e libertades que teñen encomendada. E, neste sentido, a experiencia da autora como coordinadora xeral do Valedor do Pobo, sen dúbida, engade á sólida fundamentación dogmática do estudo un profundo coñecemento especializado no funcionamento deste tipo de institucións.

O segundo traballo do libro, titulado “Arbitraje y conciliación en los Tribunales europeos”, é elaborado polo maxistrado José Luis Gil Ibáñez. O autor proxecta a súa experiencia profesional nun estudo sobre a relación entre os tribunais da Unión Europea e os medios alternativos de resolución de conflitos. O seu fundamento reside en que, unha vez esgotada a vía pacífica para a solución das controversias, se pode acudir á vía xudicial ou a outras formas alternativas, como a arbitrase, ademais de contar coa conciliación e a mediación.

Para iso, en primeiro lugar, aborda o tratamento que a arbitrase recibe na xurisprudencia dos tribunais comunitarios, posto que os laudos dos árbitros poden suxeitarse ao seu control. E, en segundo lugar, analiza a conciliación xudicial nos procesos tramitados ante esta xurisdición e faino distinguindo a conciliación xudicial

e a extraxudicial, por unha banda, e reflexionando acerca das funcións de conciliación que poden desenvolver os propios tribunais europeos, por outra. A este respecto, cabe distinguir entre os tres tribunais da Unión -Tribunal de Xustiza, Tribunal de Primeira Instancia e Tribunal da Función Pública-, xa que as posibilidades que presenta neles a conciliación xudicial son diferentes, debido á natureza tamén diversa dos procesos que se ventilan ante cada un.

Ao fío deste traballo, e como complemento do anterior, Alejandro González-Varas Ibáñez analiza, en “La resolución extrajurisdiccional de conflictos en el ámbito del Consejo de Europa”, a utilización dos medios alternativos de resolución de conflitos no marco da outra xurisdición europea, isto é, a do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos. A base deste estudo reside en que este tribunal experimentou nos últimos tempos un notable incremento dos asuntos que se lle someten, coa conseguinte necesidade de fomentar os medios alternativos ao proceso dirixida a reconducir a situación.

Por iso, o autor, partindo das últimas reformas experimentadas pola regulación do tribunal, examina a utilización dos acordos amigables, como forma de resolver extraxudicialmente o proceso, e os compromisos unilaterais asumidos polos Estados, así como as funcións que asume neste ámbito o Comisionado Europeo de Dereitos Humanos, como institución de carácter non xurisdiccional, independente e imparcial, cuxa función consiste no desenvolvemento da educación e o respecto dos dereitos humanos.

A primeira parte do libro péchase cun traballo do profesor Mantecón acerca de “Los medios alternativos al proceso en el ordenamiento canónico”. En efecto, pretende analizar superficialmente os medios alternativos ao proceso como forma de solucionar as controversias intersubxectivas que xorden no ordenamento canónico.

O punto de partida nestes casos é diferente. Aínda que os tribunais canónicos non están en absoluto colapsados, o certo é que a propia natureza do dereito canónico fai que o recurso aos medios alternativos ao proceso se converta nun imperativo moral. É dicir, neste caso o recurso a tales medios non só responde a razóns de eficacia xurídica, senón tamén a exixencias pastorais relacionadas coa *salus animarum* e á lei superior da caridade.

Por todo isto, o profesor Mantecón analiza, por un lado, a posibilidade de que o xuíz induza as partes a buscar a súa reconciliación, para que, de mutuo acordo, solucionen o conflito e desapareza así a necesidade de recorrer a un proceso xudicial, e, por outro, na medida en que esta opción non sexa factible, a posibilidade de acudir á transacción ou á arbitrase.

Noutra orde de cousas, o profesor Canosa Usera comeza a segunda parte do libro cun estudo, -“Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Problemas y soluciones”-, sobre unha das cuestións transcendentais do sistema xurisdiccional español, “*hoxe dificultosamente acougada*”, tal como sinalan os coordinadores, como son as relacións entre o Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo.

Resulta indiscutible que o Tribunal Constitucional ten un gran poder e, ademais, as súas decisións non poden ser revisadas por ningún outro tribunal nin nacional nin

Regap



RECENSIONES

estranxeiro. Non resulta estraño, entón, que deba administrar o seu esencial labor para o mantemento do Estado constitucional con especial coidado e prudencia. Esta prudencia debe canalizarse a través dunha coidada e detallada fundamentación que permita comprender as súas decisións.

A este respecto, o autor enmarca a relación entre estes tribunais no seu contexto dogmático, explicando o modelo kelseniano de control de constitucionalidade concentrado e as deformacións que experimentou na súa aplicación práctica por influencia do modelo de control de constitucionalidade difuso. Así mesmo, identifica o problema básico que deriva da combinación de ambos os dous modelos e que, no noso país, orixinou a polémica que nos ocupa: a intervención do Tribunal Constitucional na interpretación da lexislación ordinaria, co conseguinte cuestionamento da posición do Tribunal Supremo, pola vía das sentenzas dos recursos de amparo e da excesiva utilización das sentenzas interpretativas nos procesos de inconstitucionalidade sobre normas con rango de lei. Ante esta situación, o profesor Canosa Usera valora posibles solucións, como a restrición aínda máis do acceso ao recurso de amparo ou a imposición de límites legais á posibilidade de que o Tribunal Constitucional dite sentenzas interpretativas.

Deseguido, atopamos un traballo sobre outra das tendencias de maior actualidade na evolución da Administración de xustiza: a introdución das técnicas electrónicas, tanto dixitais como telemáticas, no proceso. A profesora Iglesias Canle introdúcenos neste contexto a través da experiencia italiana co estudo titulado “El expediente digital y el proceso civil telemático en Italia”, xa que o coñecemento das experiencias comparadas pode axudar a anticipar e prever as dificultades que a introdución das técnicas electrónicas presenta nun ámbito como este.

A autora toma como punto de partida a adopción dun novo modelo tecnolóxico na xustiza italiana, que consiste esencialmente na implantación do proceso civil telemático (PCT), entendendo por el a xestión integral e integrada da documentación producida no ámbito do calquera procedemento contencioso civil en forma dixital ou telemática. Ao seu través permítese a transmisión de comunicacións e notificacións, o depósito dos actos na secretaría, a constitución do xuízo e a inscrición telemática, así como a consulta do estado do procedemento, dos rexistros da secretaría, dos autos e da xurisprudencia por vía telemática, e, por conseguinte, posibilitase unha significativa redución dos tempos procesuais que sempre caracterizaron en negativo o sistema xudicial italiano.

Así, analízanse as características técnicas e o réxime xurídico que se aplican en Italia, tanto á dixitalización do expediente procesal civil como á incorporación da telemática ás relacións entre os operadores xurídicos que participan no proceso, pois con iso preténdese lograr a eficiencia da xustiza.

De igual modo, na parte final do seu traballo tamén se expoñen datos estatísticos sobre os primeiros resultados da implantación do PCT en Milán, que achegan unha visión práctica imprescindible para contrastar coa realidade os bos propósitos de lexislador.

O sétimo traballo incluído no libro permítenos entrever que a procura de vías alternativas ás vías procesuais oficiais para resolver os conflitos intersubxectivos vén de moi atrás no tempo e para iso a profesora Martín García, en “La *episcopalis audientia* y su reconocimiento por la legislación constantiniana”, sitúanos no pasado da Administración de xustiza. A autora aborda a análise da xurisdición dos bispos nos primeiros anos do cristianismo sobre materias seculares, en concreto de carácter xurídico-privado, cando os litixios relativos a estas se producían entre cristiáns, aínda que co tempo se ampliou tamén aos non cristiáns.

O certo é que moito se debateu acerca da natureza xurídica da extensión da xurisdición episcopal a asuntos de carácter civil, que para a historia do dereito resulta de grande interese, xa que estes litixios se tiñan que resolver aplicando o dereito secular. En concreto, cuestionouse se a xurisdición episcopal en materia de dereito privado entre cristiáns tiña verdadeiramente carácter xurisdiccional ou se, pola contra, se trataba dunha actividade arbitral, aínda que fose unha arbitrase de tipo especial.

Todo iso evidencia o interese que a *episcopalis audientia* suscitou e segue suscitando entre os especialistas de diversas ramas da ciencia xurídica e que levou a autora a elixilo como obxecto do seu estudo.

Máis alá da mirada retrospectiva da profesora Martín García, coa achega que Luis Míguez Macho realiza ao libro -“Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo”-, volvemos aos problemas actuais da Administración de xustiza en España, en concreto aos que suscita o control xurisdiccional da actividade administrativa.

Así, en primeiro lugar, abórdase o privilexio da autotutela administrativa no ordenamento xurídico español, xa que a posición da Administración respecto á xustiza é absolutamente diferente á dos particulares. En palabras do profesor Míguez Macho, “*mentres que para estes a regra xeral é a da heterotutela, é dicir, para crear, modificar, extinguir e realizar situacións xurídicas sen o consenso da outra parte necesitan acudir aos órganos xurisdiccionais, salvo nos supostos rigorosamente excepcionais en que se admite a autotutela, para a Administración rexe a regra contraria: salvo previsión legal expresa en contra, esta crea, modifica, extingue e realiza situacións xurídicas unilateralmente, pola súa propia autoridade, sen necesidade de auxilio xudicial*”. Seguidamente, analízase o alcance da autotutela no ordenamento xurídico, así como as súas consecuencias para a tutela xudicial do administrado fronte ás actuacións da Administración suxeitas ao dereito administrativo.

Por outra banda, trátanse as principais novidades en materia de control xurisdiccional da actuación administrativa introducidas pola Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, e a súa aplicación xurisprudencial. Entre elas, cabe destacar as seguintes: o recurso contra a inactividade material e a vía de feito; o novo réxime de tutela cautelar; os xulgados do contencioso-administrativo e o procedemento abreviado; e o novo réxime de execución de sentenzas.

Por último, maniféstanse as novas perspectivas que cabe amparar para a relación entre autotutela administrativa e tutela do administrado. Por un lado, analizaranse os aspectos novidosos producidos respecto ao tema da contratación pública, e que



indican as preferencias que deberían xeneralizarse no futuro: isto é, a creación dun recurso administrativo especial de natureza potestativa, cuxo coñecemento e resolución se encomenda a órganos dotados de independencia funcional, e unha regulación da tutela cautelar máis áxil que a ordinaria, cando se pretenda reclamar o pagamento de cantidades líquidas de diñeiro á Administración. E, por outro lado, expóñense as posibilidades de introdución dos procedementos alternativos de resolución de conflitos no eido administrativo, especialmente a mediación, como vía para desviar parte dos litixios do ámbito xurisdiccional a outras formas voluntarias de solucionarlos. E iso debido a que tradicionalmente estas posibilidades se atopaban moi constrinxidas pola forte vantaxe procesual que o principio de autotutela administrativa lle outorga á Administración pública.

A continuación, abórdase unha cuestión que xa aparecera en traballos anteriores deste libro; referímonos á relación no plano procesual entre os ordenamentos confesionais e os seculares. Neste caso, Montserrat Perales Agustí, nun extenso e documentado estudo titulado “Recepción de la jurisdicción confesional en el derecho secular: el reconocimiento de la jurisdicción rabínica”, dálle un tratamento detallado para o caso da xurisdicción rabínica.

Neste sentido, inclúese unha análise exhaustiva non só da evolución da relación da xurisdicción rabínica coas xurisdicións seculares, desde a diáspora do pobo xudeu á actualidade, senón tamén dos enormes cambios que trouxo o Estado constitucional implantado polas revolucións liberais e a recepción actual do dereito relixioso xudeu, tanto no ordenamento xurídico do Estado de Israel como no doutras sociedades avanzadas de carácter multicultural. Máis alá de todo isto, resulta imposible aludir e explicar en profundidade todos e cada un dos contidos da cuestión abordada pola profesora Perales. Con todo, si é certo que as preguntas que a autora suxire acerca dos desafíos que esa recepción presenta confrontan o lector cos propios límites do Estado democrático de dereito e da súa elasticidade para dar apoio ás demandas multiculturais.

En último lugar, o maxistrado José Luis Requero Ibáñez pecha o libro cunha contribución acerca de “La crisis del actual modelo de gobierno judicial”. En realidade, considérase que ninguén mellor que un maxistrado que foi vogal do Consello e, polo tanto, experimentou desde dentro o funcionamento da institución para analizar este tema.

Este estudo parte do nada satisfactorio balance do sistema constitucional de goberno da xustiza. Por iso, retrotráese ao pasado, co fin de recordar como se chegou ata esa situación, como o modelo constitucional de goberno do poder xudicial foi esquecido, en especial a partir da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial. O autor considera que ese esquecemento é consecuencia doutro esquecemento: o dos cidadáns con dereito a un sistema xudicial independente, forte e eficaz. Sinxelamente, analizando as vicisitudes dos últimos vinte e sete anos, chégase á conclusión de que a actitude do poder político cara á xustiza foi o interese por controlala e desactivala no que poida afectarlle e o desinterese por esa xustiza de prestixio, independente, forte e eficaz. Neste sentido, expónse a existencia dunha “*tormenta perfecta*”, xa que se

produciu unha crise de lexitimación sen precedentes do réxime de goberno do poder xudicial, crise que arrastrou as propias asociacións de xuíces, e cuxo detonante foi o caso “Mari Luz Cortés”, un suceso que impactou na opinión pública. O certo é que o poder político desde o primeiro momento eludiu toda responsabilidade e procurou que recaese sobre o xuíz e, por reflexo, sobre a secretaria xudicial.

Suposto isto, abórdase o que pode ser o inmediato futuro, futuro presidido pola expresa declaración do actual Goberno de volver ao modelo de goberno xudicial nacido da Constitución de 1978, o que se concreta no sistema de elección dos vogais xudiciais do Consello Xeral do Poder Xudicial. Así mesmo, fórmulase se este Consello Xeral debe reformarse para ir a un órgano reducido ou segue mantendo o esquema actual de organización. E finalmente expónse un exemplo referido ás competencias en materia informática, en concreto acerca do expediente dixital.

De todo o apuntado ata o momento, constatamos que o tema da modernización da Administración de xustiza non perde nunca actualidade, polo que está máis que xustificade este conxunto de contribucións tan meditadas e fundamentadas como as presentes. De aí despréndese o enorme interese da obra colectiva *Resolución judicial y extrajudicial de conflictos en el proceso de modernización de la Administración de Justicia*. O seu gran valor estriba no enriquecemento que achega ás propias posicións o intercambio de opinións con investigadores pertencentes a diferentes áreas de coñecemento do dereito público, que abren novas perspectivas á reflexión acerca dos problemas que formula o actual proceso de modernización da Administración de xustiza. Por todo iso, recoméndase a atenta lectura desta obra colectiva obxecto de recensión a todas e a todos os xuristas interesados en afondar no coñecemento do dereito administrativo, pois sen dúbida atopámonos ante un traballo útil, tanto para os teóricos como para os prácticos do proceso contencioso-administrativo.

REGAP



RECENSIONES

4ª Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital



NOELIA BETETOS AGRELO

Bolseira de Colaboración da Área de Dereito Administrativo
Universidade de Santiago de Compostela
n.betetos@gmail.com

Recibido: 08/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.33>

Regap



RECENSIONES

GARCÍA NOVOA, C., e SANTIAGO IGLESIAS, D. (dirs.): *4ª Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, 740 pp. ISBN: 978-84-13090-63-4.

Este libro constitúe o primeiro volume dunha serie de estudos xurídicos, económicos e filosóficos sobre o impacto da 4.ª Revolución industrial na sociedade actual. Ao longo de todo o texto aproxímase ao lector aos numerosos cambios acaecidos nos ámbitos xurídico e económico no contexto global e como se tratou de dar resposta a cada unha das dificultades desde a perspectiva do sector privado e desde a óptica das administracións públicas.

A obra estrutúrase en vinte e oito capítulos e os capítulos encádranse, pola súa vez, en tres seccións diferenciadas. A primeira abarca os trece primeiros capítulos e ocúpase de cuestións de economía xeral e asuntos mercantís, a segunda sección dispón de sete capítulos centrados no ámbito administrativo e, finalmente, a última das seccións conformada polos oito últimos capítulos aborda cuestións eminentemente laborais.

Nesta recensión aludirase brevemente ás reflexións que suscitan a lectura desta obra colectiva. A este respecto, destacarase o labor dos autores que subscriben os

diferentes capítulos e que tratan de pór de manifesto os obstáculos a que se enfrenta a sociedade actual, que debe adaptarse a unha evolución e cambio constante causado polo imparabile desenvolvemento das tecnoloxías da información e da comunicación, mediante a selección e o comentario detallado dalgún deses capítulos, a xeito de exemplo do contido do texto.

Así, o capítulo seis, englobado na primeira parte da obra e elaborado pola Dra. Elena F. Pérez Carrillo, aborda a problemática xurdida en relación cos ciberseguros. Na obra en xeral, e neste capítulo máis especificamente, cuestiónase como as novas tecnoloxías afectaron ao conxunto da sociedade e á forma de estruturar e planificar as actividades económicas. É neste contexto en que xorde a necesidade para os operadores económicos de crear (o asegurador) e de contratar (os asegurados) unha modalidade de seguros que, separándose do sistema tradicional, permita asegurar os riscos a que se está exposto na actualidade, vinculados co uso das novas tecnoloxías.

A autora realiza unha exhaustiva compilación da normativa vixente en materia de ciberseguros. É especialmente destacable o papel que nesta materia desenvolven as directivas da Unión Europea e o Regulamento Xeral de Protección de Datos [Regulamento (UE) 2010/679]. Con esta normativa, o lexislador europeo pretendeu establecer un réxime de obrigas e cautelas que os operadores no mercado deben acatar co fin de evitar ou reducir os riscos.

Neste capítulo lévase a cabo tamén unha reflexión acerca dos diferentes tipos de riscos que cabe asegurar no ámbito dos ciberseguros. A autora clasifica os riscos asegurables en afirmativos e silenciosos, sendo os primeiros aqueles recollidos expresamente na póliza do seguro, fronte aos silenciosos, que son os riscos que, ao non estaren expresamente excluídos do contrato, permiten a súa posible incorporación a aquel mediante unha interpretación xudicial extensiva.

No sector dos ciberseguros avógase pola creación dun seguro estándar que cubra tres subtipos diferentes de riscos. En primeiro lugar, os asegurados pretenden que dentro do seguro se proporcione unha cobertura para os danos propios, como poden ser os prexuízos pola posible interrupción do negocio. En segundo lugar, preténdese que esta modalidade de seguros proporcione unha protección en relación cos gastos de defensa nos litixios que poidan xurdir como consecuencia dos ciberataques. E, finalmente, búscase que os ciberseguros proporcionen as indemnizacións de responsabilidade civil que o operador económico deba satisfacer aos seus clientes, en caso de roubo e difusión de datos persoais protexidos.

En resumo, a autora desenvolve unha aproximación moi completa á evolución do réxime dos ciberseguros e remata cunha reflexión acerca da inseguridade existente neste sector na actualidade, e a conseguinte necesidade de desenvolver un contrato estándar de seguro cibernético, ademais de potenciar a utilización complementaria de estratexias de xestión de riscos cibernéticos.

O capítulo dez, elaborado pola Dra. Miriam Martínez Pérez, aborda a problemática do tratamento dos datos de carácter persoal no ámbito das redes sociais. A este respecto, a autora ilustra os lectores sobre como os datos de carácter persoal dos usuarios deste tipo de plataformas son utilizados como obxecto de comercio

polos operadores económicos. Isto prodúcese mediante a análise masiva dos datos que resultan accesibles por medio das redes sociais (tratamento do *Big Data*) e que se utilizan como mecanismo de predición do comportamento dos usuarios dese servizo. Cos resultados ofrecidos pola análise dos datos é posible predicir os gustos, hábitos, pautas de consumo e comportamento do usuario, o que supón unha fonte de información esencial para a configuración do mercado.

Fronte á perspectiva do uso comercial dos datos de carácter persoal por parte dos operadores económicos, debe destacarse a calidade da explicación que ofrece a autora acerca da posición dos usuarios destes servizos e os dereitos que lles son recoñecidos pola lei. A normativa vixente na actualidade deriva principalmente do ámbito da Unión Europea, supondo un fito importante en materia de protección de datos a aprobación do xa citado Regulamento Xeral de Protección de Datos. Neste texto normativo diferénciase entre os datos cedidos voluntariamente polo usuario á plataforma e os datos obtidos mediante a monitorización dos seus dispositivos electrónicos. En ambos os dous supostos o prestador do servizo debe informar e solicitar consentimento expreso de cada unha das persoas para poder facer uso deses datos.

Ademais, o Regulamento Xeral de Protección de Datos e a normativa española que completa a regulación neste sector recoñécenlles unha serie de dereitos aos usuarios, entre os cales resulta destacable, por ser unha novidade, o dereito ao esquecemento. Este dereito permítelles aos usuarios a posibilidade de non aparecer nos motores de busca xerais, pero non os habilita en ningún caso para que os seus datos de carácter persoal sexan eliminados das bases de datos do prestador do servizo.

En resumo, este capítulo achega unha clara explicación sobre a problemática da protección dos datos persoais no ámbito das redes sociais e a súa conseguinte repercusión no sector mercantil, e ofrece unha visión crítica acerca das cuestións que representan un importante desafío para o lexislador e a sociedade actual.

O capítulo catorce, elaborado polo catedrático Luis Míguez Macho, aborda o proceso de implementación da Administración electrónica no ordenamento xurídico español.

O autor expón unha exhaustiva explicación acerca da complexidade do procedemento de incorporación da Administración electrónica no sistema actual, que debe concluírse como moito en outubro de 2020. A normativa aplicable neste sector parte da existencia de preceptos dispersos principalmente nas leis 39/2015 e 40/2015 que se pretenden desenvolver a través dun regulamento. Para estes efectos, no mes de maio de 2018 foi sometido ao trámite de consulta pública o Proxecto de Regulamento en materia de actuación e funcionamento do sector público por medios electrónicos.

En relación con ese proxecto de regulamento, o autor critica, en primeiro lugar, a ausencia dunha normativa legal completa que sirva de base habilitante ao posterior desenvolvemento e, neste sentido, cuestiona a operatividade dunha norma de rango regulamentario como instrumento que non só vai exercer unha función de desenvolvemento dunha lexislación preexistente, senón que o seu alcance vai máis alá, ao cumprir tamén un labor de creación de preceptos que carecen de fundamento nas leis 39/2015 e 40/2015. Ademais do argumento anterior, tamén resulta criticable a

regap



RECENSIONES

utilización dun regulamento para regular un sector normativo no cal practicamente á totalidade dos preceptos se lles vai dotar de carácter básico e, polo tanto, de aplicación obrigatoria para todas as administracións públicas.

No proxecto de regulamento plasmáronse as pautas que se deben seguir para a incorporación da Administración electrónica ao sistema actual. No dito texto recóllese os principios que deben inspirar a actuación dos poderes públicos neste sector e regúlase, ademais, a creación dos portais de internet e das sedes electrónicas das distintas administracións públicas e a forma de presentación dos documentos por medios electrónicos. Así mesmo, prevese a extensión da obriga de relacionarse unicamente coa Administración por medios electrónicos a outros administrados, como poden ser os participantes que pretenden concorrer a un proceso selectivo de acceso á función pública ou aos profesionais autónomos. Esta extensión é criticada polo autor por ampliar o ámbito de aplicación da obriga mencionada a supostos non previstos na Lei 39/2015.

En resumo, este capítulo ofrece unha aproximación completa ao proceso de implementación da Administración electrónica no sistema español actual e o autor achega, desde unha perspectiva crítica, unha análise da normativa que vai resultar de aplicación a este sector no futuro.

O capítulo dezaseis, elaborado pola Dra. Diana Santiago Iglesias, versa sobre o fenómeno das *smart cities* e a súa implementación na sociedade actual.

A autora, en primeiro lugar, achega un concepto de *smart city* e desenvolve os diferentes elementos que se poden incorporar para a constitución desta figura, entre os cales se destacan os de *smart governance*, *smart mobility*, *smart environment*, *smart living*, *smart people* e *smart economy*.

As *smart cities* xurdiron como un fenómeno emerxente na sociedade actual para incorporar ás cidades de todo o mundo as tecnoloxías da información e da comunicación (TIC), coa finalidade de alcanzar unha serie de propósitos, os cales se explican de forma ampla neste capítulo. Así, trátase de conseguir un desenvolvemento económico, ambiental e social sustentable, incrementando a calidade de vida dos cidadáns e procurando a mellor xestión dos servizos públicos e dos recursos dispoñibles.

Así mesmo, neste capítulo pódese obter unha visión máis completa acerca da experiencia práctica na implementación das *smart cities* na realidade actual. Con tal obxecto, a obra achega numerosos datos extraídos do estudo *Mapping Smart Cities in the EU*, que permiten comparar o distinto grao de desenvolvemento do fenómeno das cidades intelixentes nos países de Europa. Cabe destacar a acción dos países nórdicos, que aplicaron este fenómeno a moitas das súas cidades con grande éxito, seguidos de preto por países como Italia, Austria e Holanda. Tamén en España se apostou polo desenvolvemento das *smart cities*, e para a consecución deste obxectivo aprobáronse o Plan Nacional de Cidades Intelixentes e o Plan Nacional de Territorios Intelixentes.

En resumo, como fenómeno emerxente, as *smart cities* aínda non chegaron ao seu completo desenvolvemento, pero os distintos países europeos están a favorecer a súa incorporación.

O capítulo dezoito, elaborado pola Dra. Andrea Garrido Juncal, aborda a problemática do tratamento do *Big Data* no seo da Administración pública.

A primeira parte do capítulo expón as exigencias da lei en relación co formato en que deben presentarse os datos de que dispón a Administración pública. A autora ofrece unha visión completa da normativa que regula esta cuestión e que lle impón á Administración a obriga de difundir os datos de que dispón nun formato que permita a súa reutilización, é dicir, en formatos estruturados, de acceso aberto e sen propietario, como poden ser os formatos CSV ou XML, debendo evitar, *sensu contrario*, os formatos que non admiten modificacións ou edición, como é o caso do formato PDF.

A este respecto, é posible que a Administración pública e os demais organismos do sector público condicionen o acceso á información de que dispoñen mediante a exigencia aos interesados da obtención dunha licenza para poderen acceder aos ditos contidos. Cómpre matizar, non obstante, que se avoga pola concesión de licenzas en xeral e non pola concesión destas con carácter exclusivo, xa que isto pode ter implicacións negativas no mercado, tal como puxo de manifesto a Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia.

Así mesmo, a Administración pode exixir unha contraprestación económica por facilitar o acceso á información, sempre que a contraprestación non supere en última instancia o custo que supuxo a adquisición, tratamento e posta á disposición da información.

A autora extrae como conclusión do seu traballo a importancia do tratamento do *Big Data* como instrumento para a obtención non só de información, senón tamén de coñecemento, que permita á sociedade en xeral e á Administración pública en particular adoptar decisións máis áxiles e flexibles. O tratamento do *Big Data* no ámbito da Administración pode materializarse, por exemplo, nun aumento da eficiencia na prestación e xestión dos servizos públicos ou a prevención da corrupción, con mecanismos como o posto en marcha na Comunidade Valenciana. Este último consiste basicamente nun Sistema de Alertas Rápidas para a Prevención da Corrupción (SAR), que non deixa de ser un programa informático destinado á análise masiva de datos, co fin de detectar fraudes ou malas prácticas na xestión das distintas administracións.

Por todo o exposto, cabe concluír que a lectura do libro é sumamente recomendable, na medida en que pode achegar aos lectores unha visión global acerca das dificultades ás que se enfronta a sociedade actual, principalmente no plano xurídico, á hora de facer fronte á evolución das novas tecnoloxías e a todos os obstáculos que xurdan do seu desenvolvemento.

As tecnoloxías da información e da comunicación supuxeron en moitos ámbitos, non só no plano eminentemente xurídico, unha ruptura respecto do modelo anterior ou tradicional, e con isto puxo de manifesto a necesidade de que os lexisladores europeo e nacional traten de dar unha axeitada resposta aos novos fenómenos que van arraigando na sociedade e que transformaron a forma de entender e adaptarse ao mundo actual. Neste sentido, a lectura da obra achega o lector á normativa legal vixente, apoiándose na xurisprudencia e nas diferentes posicións doutrinarias. Ademais, en cada un dos capítulos da obra, os respectivos autores incorporan unha

Regap



RECENSIONES

bibliografía específica de cada unha das materias tratadas que lle permite ao lector obter, se o desexa, un coñecemento máis profundo sobre cada un dos temas.

En definitiva, a obra ofrece unha aproximación acerca de como as TIC afectaron aos sectores económico, mercantil, administrativo e laboral, explicando, así mesmo, cunha gran brillantez expositiva e de forma accesible ao público en xeral os distintos ámbitos que sufriron unha transformación ou adaptación pola aplicación destas novas tecnoloxías. Iso fai do libro un instrumento sumamente recomendable para todo tipo de público, xa que ofrece numerosos datos acerca de cuestións actuais que afectan ao conxunto da sociedade e, ademais, nun sector que presenta a dificultade engadida da falta de información suficiente, que lle impide á poboación aproveitar as novas posibilidades ou previr os posibles riscos que pode implicar o uso destas tecnoloxías disruptivas.

Revista Galega de Administración Pública

ISSN: 1132-8371

Núm. 57, enero-junio 2019 \ Number 57, January-June 2019

Sumario/Summary

1 ESTUDIOS / STUDIES

Juan Alfonso Santamaría Pastor

Dos años del nuevo recurso de casación241

Two years since the new appeal for reversal

José María Baño León

La jurisdicción contencioso-administrativa tras veinte años de vigencia de la Ley 29/1998261

The contentious-administrative jurisdiction after twenty years of the validity of Law 29/1998

Lucía Alarcón Sotomayor

Las ordenanzas de convivencia y su relación con la Ley de seguridad ciudadana: ¿Quién desplaza a quién?.....281

Municipal by-laws on citizen coexistence and their relationship with the citizen security law: Whose preemption?

Miguel Ángel Sendín García

Régimen jurídico de la denuncia, indefensión del denunciante e interpretación del derecho por la Administración pública311

Legal status of the complaint. Plaintiff's defenceless state and interpretation of the law on the part of public Administration

Jaime Pintos Santiago

La adquisición de material bibliográfico y de libros científicos como negocios jurídicos no excluidos de la LCSP 2017347

The acquisition of bibliographical material and scientific books as legal businesses not excluded from the LCSP 2017

2 COMENTARIOS Y CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

Frank Josef Fischer

La casación ante el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo alemán.367
The appeal on points of law before the German Federal Administrative Court

Juan Marquina Fuentes

Las políticas de fomento de las administraciones públicas ante la despoblación y el reto demográfico. Especial referencia a la Administración local379
Development policies that are being carried out from out public administrations, in particular those related to local entities

Rogério Gesta Leal

Limitaciones medioambientales a la ocupación del espacio urbano y la protección del derecho penal: un estudio de caso389
Environmental limitations on the occupation of urban space and the protection of criminal law: a case study

Lucía do Nascimento López

Cuestiones prácticas para la directa aplicación de la normativa de protección de datos en las administraciones públicas405
Between theory and practice, the data protection regulation in public administrations

Francisco de Cominges Cáceres

Jurisprudencia contencioso-administrativa.....417
Contentious-administrative jurisprudence

3 RECENSIONES / REVIEWS

Miguel Anxo Bastos Boubeta

Estudios sobre la nueva cultura y valores del empleo público457

Almudena Valiño Ces

Resolución judicial y extrajurisdiccional de conflictos en el proceso de modernización de la Administración de Justicia463

Noelia Betetos Agrelo

Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital471

Proceso de selección e avaliación dos orixinais	
Normas de publicación	479
Proceso de selección y evaluación de los originales	
Normas de publicación	483
Selection and evaluation process of originals	
Publication requirements	487

Regap



Regap

Estudios

1

Dous anos do novo
recurso de casación

Dos años del nuevo recurso de casación¹

Two years since the new
appeal for reversal



JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR
Catedrático de Derecho Administrativo
jsantamaria@ga-p.com

Recibido: 24/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.23>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Este traballo pretende realizar un balance da práctica producida na preparación e admisión dos recursos de casación suxeitos ao novo réxime establecido pola Lei orgánica 7/2015. Expón os principais datos cuantitativos dos recursos emprendidos e a análise sistemática dos criterios empregados para iso pola Sección de Admisión da Sala Terceira do Tribunal Supremo e avaliando o seu acerto.

Palabras clave: Recurso de casación, criterios de interese casacional.

Resumen: Este traballo pretende realizar un balance de la práctica producida en la preparación y admisión de los recursos de casación sujetos al nuevo régimen establecido por la Ley orgánica 7/2015. Expone los principales datos cuantitativos de los recursos emprendidos y el análisis sistemático de los criterios empleados para ello por la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y evaluando su acierto.

Palabras clave: Recurso de casación, criterios de interés casacional.

Abstract: This work aims to take stock of the practice pertaining to the preparation and admission of cassation appeals subject to the new regime laid down by Organic Law 7/2015. It sets out the main quantitative data for appeals filed and the systematic analysis of the criteria used for this purpose by the Admission Chamber of the Third Division of the Supreme Court as well as an assessment of their success.

Key words: Cassation appeal, criteria for objective cassational interest for the formation of case law.

¹ Este ensayo es el texto escrito de la conferencia pronunciada en la Escuela Gallega de Administración Pública el 28 de noviembre de 2018, en el seno de la jornada de celebración del vigésimo aniversario de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. La limitación del tiempo de exposición explica la síntesis quizá excesiva con la que se abordan las diferentes cuestiones.

SUMARIO: 1 El objeto. 2 Los datos numéricos. 2.1 La incoación. 2.2 La admisión. 2.3 La resolución. 3 La práctica de la admisión. 3.1 El papel de los jueces y tribunales *a quo*. 3.2 Los requisitos formales del escrito de preparación. 4 La apreciación del interés casacional. 4.1 Sobre los dos listados. 4.2 El supuesto del artículo 88.2.a). Pronunciamientos judiciales contradictorios. 4.3 Los supuestos del artículo 88.2.b) y c). Doctrina gravemente dañosa para los intereses generales y afección a gran número de situaciones. 4.4 Los supuestos del artículo 88.2.d) y e). Cuestiones de constitucionalidad. 4.5 Los supuestos del artículo 88.2.g) y 3.c). Cuestiones relativas a la legalidad de las disposiciones de carácter general. 4.6 El supuesto del artículo 88.3.a). Inexistencia de jurisprudencia. 4.7 El supuesto del artículo 88.3.b). El apartamiento deliberado de la jurisprudencia. 4.8 Los restantes supuestos de interés casacional. 5 Conclusión.

1 El objeto

Desde su aparición, en una modesta disposición final de la Ley orgánica 7/2015, el novísimo recurso de casación ha sido objeto de numerosas publicaciones; la mayor parte de ellas, tendentes a proponer –siempre de modo aventurado– interpretaciones de sus preceptos; algunas menos, dirigidas a advertir de los defectos técnicos –algunos, notorios– de la nueva regulación; solo excepcionalmente la llamada doctrina ha intentado avizorar el futuro, señalando las dificultades que se opondrían a la puesta en práctica efectiva del recurso y los problemas que crearía.

Estas dificultades son bien conocidas. En primer lugar, se advirtió del riesgo de un alud de recursos ocasionado por la supresión del umbral cuantitativo establecido en la normativa precedente, y también por la apertura a la casación de un importante número de sentencias y autos (básicamente, los dictados en apelación por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional; los dictados en única instancia por los juzgados unipersonales se encuentran muy restringidos por la ley). Esta circunstancia pondría en peligro la finalidad de reducir el número de asuntos que la Sala Tercera habría de fallar cada año, reducción que se confiaba a la selección discrecional de los que, a su juicio, presentasen interés casacional.

Se advirtió, también, del malestar que podría provocar en el colectivo de potenciales recurrentes la discrecionalidad en la admisión de los recursos y el previsible número de recursos admitidos, no pudiéndose descartar la adopción de criterios de apreciación de interés casacional dispares en asuntos muy semejantes, que ofrecerían una cierta apariencia de arbitrariedad. Era de temer que la práctica del nuevo recurso generase una sensación de desaliento similar a la que produjo el virtual cierre del recurso de amparo en los primeros años del siglo, con el inevitable descrédito de la utilidad de la actuación de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que no se compensaría con la aparición de una doctrina jurisprudencial de mejor calidad que la emitida en las décadas anteriores.

Alguna publicación, por último, llamó acertadamente la atención sobre un aspecto problemático, distinto y posterior al de la admisión de los recursos: en particular, las dificultades que ofrecería compatibilizar la función primordial de formar jurisprudencia –esencial en el nuevo diseño del recurso– con la de hacer justicia en las cuestiones de fondo que habrían de ser resueltas a través de este recurso: me refiero al conflicto latente entre lo que ha dado en llamarse *jus constitutionis* y *jus litigatoris*.

Desde la entrada en vigor de la nueva normativa han transcurrido, en este momento, veintisiete meses, un plazo quizá muy corto para comprobar en qué medida estos pronósticos negativos se han materializado –o no–, pero suficiente para adivinar algunas tendencias. Esta conferencia pretende hacer un primer balance de la práctica del nuevo recurso en estos dos años; no persigue realizar un análisis jurídico de los criterios de admisión, ni de la jurisprudencia sentada en este tiempo por las secciones sentenciadoras de la Sala Tercera, sino apuntar lo que quizá presuntuosamente podría llamarse una primera auditoría de gestión del recurso.

2 Los datos numéricos

Para empezar, unos pocos datos cuantitativos, referidos a los aspectos de incoación de nuevos recursos, de su admisión y de su resolución o fallo.

2.1 La incoación

Las cifras que reflejan el número de nuevos recursos preparados y elevados por las salas *a quo* al Tribunal Supremo son importantes. Según las informaciones amablemente proporcionadas por el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo², en 2017 llegaron a la Sala Tercera 7.102 recursos; y, en 2018, hasta el 30 de octubre, 7.206. No dispongo de los que accedieron en los últimos meses de 2016, que al parecer son poco relevantes: en total, la cifra se aproximaría, a finales del presente año, a los 14.500 recursos.

Estas cifras, además de significativas, son ciertamente preocupantes, por cuanto suponen un sustancial incremento sobre el número de casaciones que accedían al Tribunal Supremo bajo el régimen hoy derogado (aproximadamente, 4.000/año). El anunciado alud se ha producido, y es de temer que sus dimensiones aumenten en los próximos meses, sobre todo ante el efecto llamada que puede suponer el porcentaje de recursos admitidos a trámite por la Sección de Admisión.

2.2 La admisión

A ello me refiero de inmediato con los siguientes datos, que tienen el mismo origen, y que también se refieren a los años 2017 y 2018:

2017	
Resuelta admisión	4.784
Admitidos	917 (19,16%)
Inadmitidos	3.156
Terminados por otras causas	711

² En el que debo destacar la invaluable colaboración de su coordinador, D. Pedro Escribano Testaut, al que manifiesto mi gratitud.

2018	
Resuelta admisión	5.619
Admitidos	1.011 (17,99%)
Inadmitidos	3.687
Terminados por otras causas	921

De estas cifras pueden extraerse algunas conclusiones provisionales.

a) De una parte, el importante trabajo llevado a cabo por la Sección de Admisión de la Sala Tercera (y sus imprescindibles apoyos funcionariales), que en menos de dos años han conseguido formar criterio sobre la admisión de 10.403 recursos. No hay datos, obviamente, sobre el tiempo de espera transcurrido entre la fecha de llegada del recurso al Registro del Tribunal Supremo y la de su despacho por la Sección de Admisión, que, necesariamente, tiene que ir incrementándose conforme aumenta el número de recursos preparados; pero es también obvio que el aumento del número de admisiones/inadmisiones decretadas ha de tener como coste una disminución en la profundidad del análisis de los recursos y del porcentaje de acierto de las resoluciones.

b) De otra, el muy estimable porcentaje de recursos admitidos, que arroja una media del 18,59%. Este porcentaje es muy superior al que anunciaban algunas previsiones pesimistas, y también, desde luego, al de recursos de amparo admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional (70 sobre 6.286 en 2017, según la última Memoria del Tribunal: un 1,11%). No creo que, con esta pauta de conducta, la Sala Tercera haya pretendido evitar las críticas que ha merecido el Tribunal Constitucional (para la comunidad jurídica, el recurso de amparo se da por virtualmente desaparecido, y solo se interpone, con plena convicción de su fracaso, con la finalidad de prorrogar la pendencia de un litigio o como paso obligado para acceder a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo). Antes bien, creo que el importante número de recursos admitidos responde a la necesidad de formar jurisprudencia sobre materias y cuestiones que antes se hallaban excluidas del recurso de casación.

En mi opinión, y por explicable que sea, este número de recursos admitidos es excesivo. Es cierto que, entre ellos, hay un cierto número de recursos de contenido prácticamente idéntico (sobre todo, en materias como licencias VTC, asuntos de extranjería y tributarios; estos últimos suman casi una tercera parte de los admitidos). Pero la identidad de los recursos no ha de suponer una facilidad considerable en su resolución, ya que cada asunto ofrece aspectos y cuestiones de hecho siempre diferentes, cuyo análisis y detección consume una parte muy importante del tiempo requerido para la elaboración de una sentencia.

c) Y, por fin, y como correlato lógico, el considerable número de asuntos respecto de los cuales la sala ha asumido ya el deber de tramitar y fallar en sentencia: 1.928, a los que siempre habrán de sumarse los recursos directos previstos en el artículo 12 de la Ley de lo contencioso (y el resto de impugnaciones hechas bajo la vigencia del sistema precedente). En el supuesto de que el número de recursos admitidos se mantenga estable en los años venideros, el resultado sería que la Sala Tercera habría de

fallar algo más de mil asuntos por año, un número que, aunque no suponga una carga excesiva de trabajo para cada uno de los magistrados integrantes de las secciones de enjuiciamiento, sí puede dificultar la formación reflexiva de doctrina jurisprudencial y el mantenimiento de criterios uniformes de interpretación (la memoria, incluso colectiva, tiene sus límites).

Este era el problema que afectaba al viejo recurso, en el que la formulación de jurisprudencia había sido relegada a un segundo plano, tanto por el número de recursos a resolver como por el predominio del criterio del que antes llamamos *jus litigatoris* (en realidad, el antiguo recurso de casación era un recurso de apelación artificialmente restringido por razón de la materia y de la cuantía, y por la exclusión de cuestiones nuevas y de hecho). La invocación que entonces se hacía a los criterios sentados en resoluciones anteriores respondía, en muchos casos, más al criterio del precedente que al seguimiento de un cuerpo de *doctrina oficial consolidada*, lo que propiciaba la introducción de constantes matices y variantes atendiendo a las circunstancias de hecho de cada litigio.

2.3 La resolución

¿Cómo se está atendiendo a dar salida a este importante número de recursos admitidos? Los datos que a continuación ofrezco son, hasta ahora, bastante poco fiables, pero no hay otros.

Según el buscador de la base de datos del CENDOJ, las sentencias dictadas desde julio de 2017 a octubre de 2018, en recursos de casación interpuestos al amparo del nuevo régimen, ascienden a 331, con la siguiente distribución mensual:

2017: julio, 3; septiembre, 1; octubre, 9; noviembre, 10; diciembre, 10.

2018: enero, 29; febrero, 21; marzo, 29; abril, 11; mayo, 37; junio, 58; julio, 69; septiembre, 19; octubre, 25.

Promediando, el número de fallos de los nuevos recursos asciende a 23,64 sentencias/mes. Pero, aunque en un cálculo algo más afinado, prescindieramos de los meses de 2017 (en los que la implantación del nuevo sistema explica el bajo número de sentencias dictadas), el promedio de resoluciones solo aumentaría a 29,8 sentencias/mes, lo cual supone que, de mantenerse este ritmo, y dado que se hallan pendientes de fallo 1.928 recursos ya admitidos, su resolución requeriría un plazo de 64,69 meses: cinco años y cinco meses, aproximadamente, un período muy superior al que la Sala Tercera había conseguido alcanzar en 2016 y 2017.

Es de obligada lealtad relativizar estas cifras: admito la posibilidad de errores de cálculo, así como que mi consulta a la base de datos del CENDOJ no haya sido especialmente afortunada; y es necesario tener en cuenta que los miembros de la Sala Tercera compatibilizan hoy el despacho de los nuevos recursos con la resolución de los recursos interpuestos bajo la vigencia del sistema anterior. Pero me temo que, aun depuradas estas posibles deficiencias, las conclusiones no difieran en exceso a las apuntadas: al “tapón” en las admisiones se suma un nuevo atasco en la producción de resoluciones, de manera que, si no se quiere volver a las alarmantes demoras

Regap



ESTUDIOS

que se producían en los primeros años de la década anterior, no caben más que tres soluciones, todas quirúrgicas: reformar los artículos 86 y siguientes de la ley para reducir el número de resoluciones recurribles, minorar sustancialmente el porcentaje de recursos admitidos hasta la fecha, o someter al conjunto de la sala a un ritmo de producción estajanovista de sentencias. Aunque, por supuesto, carezco de autoridad alguna para elegir en este conjunto de técnicas desagradables (no me agradaría en absoluto tener la responsabilidad de hacerlo), creo que la menos inconveniente y nociva sería la segunda, que es la que, con un alto nivel de probabilidad, terminará adoptando la sala.

El panorama que se nos ofrece no es, pues, grato, pero es inexcusable tomar conciencia de él, antes de que el problema alcance dimensiones mucho mayores.

3 La práctica de la admisión

Tan importantes o más que las cifras y porcentajes de admisión de los nuevos recursos son los criterios empleados por la Sala Tercera en orden a asumir o rechazar el trámite de los recursos preparados por los recurrentes. Esta cuestión ofrece tres aspectos: los relativos a la posición de los jueces y tribunales autores de las resoluciones impugnadas (1); la exigencia de los requisitos formales impuestos al escrito de preparación del recurso por el artículo 89.2 de la ley (2); y la interpretación de los criterios o circunstancias determinantes del interés casacional objetivo (3).

3.1 El papel de los jueces y tribunales *a quo*

La posición que la vigente normativa del recurso asigna a los órganos jurisdiccionales autores de las resoluciones recurribles es, a mi juicio, confusa y deficiente; y la doctrina sentada hasta la fecha por la Sección de Admisión de la Sala Tercera no ha conseguido mejorarla.

a) Ante todo, no tiene explicación fácil el sistema de doble revisión de los requisitos formales de los escritos de preparación, que obligadamente ha de ser hecha por los órganos *a quo* – así lo ordena el artículo 89.4 – y posteriormente por la citada Sección de la Sala Tercera, conforme autoriza el artículo 90.4 en sus apartados a), b) y c) (que, además, la realiza con rigor). Esta duplicación responde, seguramente, a un bucle de desconfianzas: la ley reserva a la Sala Tercera la posibilidad de revisar lo ya revisado por el juez o tribunal de instancia, porque no confía en el rigor de estos, pero la revisión sucesiva intensifica naturalmente la tendencia de los órganos de instancia a examinar el cumplimiento de los requisitos formales con cierta laxitud.

Este doble filtro es por completo ineficiente y, además, contrario a toda razón. Si se examinan los requisitos formales enumerados en las letras a) a e) del artículo 89.2, es obligado concluir que el órgano jurisdiccional *a quo* es quien posee los mejores elementos de juicio para valorar su efectiva concurrencia (mucho más que la Sección del Tribunal Supremo); nadie mejor que él puede apreciar si las normas o la jurisprudencia supuestamente infringidas fueron realmente alegadas en el proceso,

si tales infracciones fueron las efectivamente relevantes o determinantes del fallo, y si se pidió la subsanación de las infracciones procesales invocadas. A mi entender, el control del cumplimiento de estos requisitos debiera ser confiado íntegramente a los órganos *a quo*, que es, además, lo que parece querer decir el propio artículo 90 en sus apartados 1 y 3, al referir la actuación de la Sección de Admisión exclusivamente a la constatación de la concurrencia de interés casacional (aunque, luego, el apartado 4 desmienta esta impresión). Bastaría con reservar a dicha sección la potestad de desautorizar la revisión hecha por el órgano de instancia en supuestos de incumplimiento manifiesto de alguno de los requisitos formales.

b) La tarea del órgano jurisdiccional *a quo* se limita, pues, a la comprobación de los requisitos formales del escrito de preparación, una comprobación que puede ser sustantiva, como acredita el que el órgano de instancia deba analizar si, por ejemplo, en el caso de que el recurrente invoque la existencia de resoluciones judiciales contradictorias, tal contradicción no se razona de forma argumentada, con referencia específica a las concretas circunstancias del caso que se enjuicia³, o si el escrito de preparación plantea únicamente cuestiones de hecho, no de derecho⁴.

En contraste, es firme la doctrina de la Sección de Admisión en el sentido de que excede de las facultades del órgano de instancia la apreciación del interés casacional del recurso⁵; lo único que puede verificar es si el escrito de preparación contiene una argumentación dirigida a razonar la concurrencia de tal interés⁶, pudiendo denegar la preparación en caso de que falte.

Esta doctrina debiera ser matizada, para hacerla compatible con la posibilidad que el artículo 89.5 atribuye al órgano de instancia de emitir informe acerca del “interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia”. Lo que probablemente quiera decirse –nada más– es que dicho órgano carece de potestad para tener el recurso por no preparado si estimara que el interés casacional alegado no existe, a su juicio; pero nada impide que emita un juicio favorable, o desfavorable, si entendiera que, a su entender, el citado interés concurre o no, efectivamente.

3.2 Los requisitos formales del escrito de preparación

a) Ante todo, una valoración general de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la ley. La lectura de las providencias de inadmisión que nos ha sido posible consultar –dado que no se publican, como es sabido– acredita una particular atención de la Sección de Admisión hacia el cumplimiento de estos requisitos formales; muchas de aquellas se fundan, justamente, en la inobservancia de alguno de dichos requisitos.

Debo reiterar mi parecer –ya expuesto en alguna publicación anterior– acerca de la falta de justificación objetiva que tiene la exigencia legal de todos estos requisitos.

³ ATS de 8 de marzo de 2017, Rec. queja 126/2016.

⁴ AATS de 8 de marzo de 2017, Rec. queja 8/2017, y de 5 de diciembre de 2018, Rec. queja 269/2017.

⁵ AATS de 2 de febrero y 5 de diciembre de 2017, Rec. queja 110/2016 y 269/2017, y de 4 de junio de 2018, Rec. queja 138/2018.

⁶ AATS de 8 de mayo de 2017, Rec. queja 155/2017, y de 21 de mayo de 2018, Rec. queja 125/2018.

Alguno de ellos es sencillamente ridículo, como la necesaria constancia de que las normas infringidas forman parte del derecho estatal o del de la Unión Europea. Pero es absurdo, además, que la Sección de Admisión haya de emplear su precioso tiempo de trabajo en la comprobación de estos requisitos –lo que, como acabamos de decir, debiera corresponder en exclusiva al órgano de instancia–, cuando lo único que debería valorar, sin distracción alguna, es la concurrencia del interés casacional; no tiene sentido que, dada la amplísima libertad que el Tribunal Supremo posee para estimar o negar la existencia de tal interés, sus decisiones de inadmisión hayan de fundarse en cuestiones formales. Antes bien, la abundancia de providencias que inadmiten los recursos apoyándose en estos motivos hace suponer –seguramente, de modo erróneo en algunos casos– que la real o supuesta infracción de los requisitos formales no responde más que al deseo de no herir la susceptibilidad de los recurrentes, negando interés casacional a cuestiones que para ellos son altamente relevantes. A ello se une el hecho de que algunas de las exigencias del artículo 89.2 son de apreciación absolutamente subjetiva, como sucede con la “precisión” con la que deben invocarse las normas que se pretenden infringidas, o con la relevancia o carácter determinante que hayan tenido, en el fallo que se impugna, las mencionadas infracciones.

Es cierto que los órganos de la jurisdicción deben conservar la posibilidad de fiscalizar el cumplimiento de los requisitos formales del escrito de preparación, sobre todo teniendo en cuenta que no pocos de dichos escritos, según se nos dice, adolecen de unas imperfecciones y de una carencia de técnica jurídica alarmantes e injustificables. Pero no tiene lógica alguna que la admisión de un recurso se subordine a un conjunto de requisitos formales (que en todo caso los órganos jurisdiccionales controlarían de oficio, lo diga o no el recurrente) y que se inadmita en los casos en que se produzca alguna deficiencia si el asunto sobre el que se pide que se forme jurisprudencia es de un interés inequívoco.

b) El examen de la doctrina sentada por la Sala Tercera a propósito de estos requisitos es, como se ha dicho, difícil. Solo se tiene acceso –*ex* artículo 90.7– a los autos de admisión, así como a los de inadmisión mencionados en el artículo 90.3, que en conjunto forman una exigua minoría del total de decisiones adoptadas; por ello, la información que estas resoluciones proporcionan acerca de los criterios formales de la sala es muy poco significativa.

Asumiendo esta grave limitación, cabe señalar que la Sala Tercera continúa utilizando prácticamente los mismos criterios de valoración de los requisitos formales que ya venía empleando bajo la vigencia del anterior sistema casacional a partir de los primeros años del siglo (que antes carecían de soporte legal: el artículo 89.2 ha venido a ser una forma de regularización *ex post* de aquellas prácticas). Como ejemplos de este continuismo pueden citarse los siguientes:

- el plazo para preparar el recurso (art. 89.1) es de caducidad, no interrumpible, subsanable ni rehabilitable *ex* artículo 128.1 LJCA⁷;

⁷ ATS de 5 de marzo de 2018, Rec. queja 697/2017.

- en este mismo orden de cosas, se ha dicho que extemporáneo el escrito presentado ante el Tribunal Supremo (no ante el órgano de instancia), que luego se presenta ante este, ya fuera de plazo⁸;
- no cabe plantear en el escrito de preparación cuestiones nuevas⁹;
- las normas y/o jurisprudencia infringidas han de citarse con precisión: no basta con aludir a normas jurídicas completas¹⁰ ni a la “jurisprudencia notoria”¹¹;
- es obligado razonar la “presencia” en el proceso de las normas y/o jurisprudencia infringidas¹²;
- en cuanto al juicio de relevancia (art. 89.2.d), se insiste en la obligación de razonar cómo, por qué y en qué forma la infracción ha sido determinante del fallo¹³, un defecto que no es subsanable¹⁴;
- y, con relación a los vicios de procedimiento invocados, es obligado razonar que han repercutido en un deficiente análisis de una cuestión sustantiva dotada de interés casacional¹⁵.

Nihil novum sub sole, podría decirse: todas estas cuestiones son idénticas a las que se planteaban en el régimen casacional anterior. Y, con relación al nuevo sistema, los pronunciamientos a los que se tiene acceso son aún muy escasos: así, se ha sentado que las alegaciones de fondo hechas en el escrito de personación son prematuras y han de tenerse por no puestas¹⁶; que es insuficiente la mera invocación del interés casacional si no se razona su concurrencia¹⁷, un razonamiento que ha de hacerse en relación con las concretas circunstancias del objeto litigioso¹⁸; y que, si se citan motivos de interés casacional de los apartados 2 y 3 del artículo 88, han de exponerse y razonarse de forma separada¹⁹. Su interés es, por ello, muy relativo.

Regap



ESTUDIOS

4 La apreciación del interés casacional

Mucho más nutridas, y de mayor utilidad práctica, son las decisiones de la Sección de Admisión relativas a la interpretación de las circunstancias que enumera el artículo 88 de la ley, que trataré de exponer de manera resumida.

⁸ AATS de 4 de octubre de 2017, Rec. queja 308/2017, y de 18 de abril de 2018, Rec. cas. 71/2016.

⁹ AATS de 3 de febrero de 2017, Rec. cas. 203/2016, y 5 de abril de 2017, Rec. cas. 268/2017.

¹⁰ AATS de 15 de junio de 2017, Rec. queja 318/2017, y de 14 de mayo de 2018, Rec. queja 151/2018.

¹¹ ATS de 13 de julio de 2017, Rec. queja 379/2017.

¹² AATS de 17 de noviembre de 2017, Rec. queja 417/2017, y 6 de abril de 2018, Rec. queja 73/2018.

¹³ AATS de 8 y 15 de junio de 2017, Rec. queja 105 y 297/2017, y de 6 de abril de 2018, Rec. queja 64/2018.

¹⁴ ATS de 27 de noviembre de 2017, Rec. queja 396/2017.

¹⁵ ATS de 12 de julio de 2017, Rec. queja 58/2017.

¹⁶ ATS de 27 de noviembre de 2017, Rec. cas. 4425/2017.

¹⁷ ATS de 25 de enero de 2017, Rec. cas. 15/2016.

¹⁸ AATS de 19 de abril de 2017, Rec. queja 170/2017, y de 25 de junio de 2018, Rec. queja 7/2018.

¹⁹ ATS de 18 de enero de 2018, Rec. cas. 643/2017.

4.1 Sobre los dos listados

Como era de esperar, la Sala Tercera ha confirmado el carácter abierto de los listados de interés casacional objetivo y, por tanto, la apreciación como de interés casacional de circunstancias no mencionadas en los apartados 2 y 3 del artículo 88: la mención “entre otras circunstancias” que figura en el párrafo inicial del apartado 2 no admitía otra interpretación razonable. Pero esta aceptación se ha matizado con el anuncio de un criterio restrictivo en el acogimiento de circunstancias *extra legem*, advirtiendo que su invocación tiene un carácter de “*excepcionalidad*”, lo que exige que el escrito de preparación “justifique *cuidada y rigurosamente* el interés casacional objetivo del recurso que revela la circunstancia invocada”²⁰. Basta leer entre líneas para concluir (i) que el razonamiento que se exige al recurrente acerca de la nueva circunstancia va a ser bastante más estricto, y (ii) que la concurrencia de estas circunstancias va a ser apreciada de forma restrictiva (“*excepcionalidad*”).

Algún interés, aunque menor, tiene la precisión –que antes mencioné de pasada– según la cual, cuando el escrito de preparación invoca simultáneamente circunstancias de interés casacional comprendidas en uno y otro listado (esto es, del apartado 2 y del 3), su alegación y justificación razonada ha de hacerse de modo separado²¹ (es de suponer, en párrafos con epígrafes diferenciados).

Esta exigencia no va a ser fácil de cumplir en los supuestos de motivos de interés casacional de textura muy próxima o íntimamente relacionados [como sucede, por ejemplo, entre los previstos en la letra a) del apartado 2 y la letra b) del apartado 3; o entre los mencionados en la letra g) del apartado 2 y la letra c) del apartado 3]. Y, en la línea apuntada por este auto, parece que ha de deducirse que la invocación y justificación de varios motivos pertenecientes al mismo apartado habrá de hacerse con idéntica separación física, por más que su fundamento sea el mismo (por ejemplo, cuando la sentencia recurrida verse sobre la impugnación de un reglamento, haya aplicado erróneamente una doctrina constitucional, vulnerando al tiempo el derecho de la Unión y creando una doctrina que afecte a gran número de situaciones).

Ciertamente, comparto la preocupación que muestra el Tribunal Supremo por la separación física de los argumentos, que no es sino un legítimo deseo de claridad que tantas veces se echa en falta en los escritos de parte. Pero esta directiva de desagregación puede chocar con la limitación física que a los escritos impuso el Acuerdo de su Sala de Gobierno de 19 de mayo de 2016²², por lo que será conveniente, en estos casos, hacer uso de la posibilidad que la propia sección ha abierto de sustituir la argumentación por la remisión a lo ya expuesto en otros apartados del mismo escrito²³.

²⁰ AATS de 15 de marzo de 2017, Rec. cas. 93/2017, de 2 de abril de 2018, Rec. cas. 5956/2017, y de 7 de mayo de 2018, Rec. queja 738/2017.

²¹ ATS de 19 de enero de 2018, Rec. 643/2017.

²² Una limitación que todos estamos aplicando a los escritos de preparación, por más que el acuerdo establezca que, por ahora, tiene carácter orientativo respecto de dichos escritos; intuitivamente, todos los abogados suponemos que exceder –al menos, notablemente– las dimensiones recomendadas pone en riesgo la admisión del recurso.

²³ Auto de 18 de diciembre de 2017, Rec. queja 339/2017.

4.2 El supuesto del artículo 88.2.a). Pronunciamientos judiciales contradictorios

Como era previsible, este motivo de interés casacional es el de invocación más frecuente, y el que ha dado lugar a un mayor número de precisiones por parte de la sala. Sobre el mismo pesaba la inquietud de su semejanza con el antiguo recurso de casación para la unificación de doctrina, cuya escasísima eficacia práctica se advirtió en numerosas ocasiones a la luz de la sumamente restrictiva interpretación que el Tribunal Supremo hizo de sus requisitos de admisión (básicamente, de la llamada *triple identidad*).

a) Con un criterio elogiabile, la Sección de Admisión ha decidido marcar distancias respecto de aquel malhadado recurso, sentando criterios de una cierta generosidad en la apreciación de esta primera circunstancia de interés casacional. Así lo ha hecho, advirtiendo:

- que no nos hallamos ante una reformulación del recurso de casación para la unificación de doctrina y que, por tanto, no son exigibles las clásicas identidades de este²⁴;
- que las resoluciones citadas de contraste no han de ser necesariamente firmes, como se exigía en el recurso de casación para la unificación de doctrina²⁵;
- que cabe invocar, de contraste, sentencias dictadas por otras Salas del Tribunal Supremo, tanto de la Primera²⁶ como de la Cuarta²⁷; no tenemos noticia de que este criterio se considere también aplicable a sentencias de otras jurisdicciones (Tribunal Constitucional, TJUE, TEDH, en los casos en que no sean aplicables los motivos previstos en las letras e) y f) del apartado 2); y
- que no cabe descartar la invocación de sentencias de la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo, siempre que se haga con la finalidad de reafirmar, reforzar, completar o aclarar su doctrina²⁸; se ha hecho así una interpretación ampliatoria del requisito de que la doctrina de contraste provenga de “otros órganos jurisdiccionales”, que en mi opinión es harto procedente, dadas las imprecisiones que la jurisprudencia anterior presentaba en muchos casos.

La flexibilidad mostrada en la adopción de estos criterios interpretativos tiene, sin embargo, contrapesos de sentido opuesto.

b) Así, en el campo de las antes citadas semejanzas con el viejo recurso de casación para la unificación de doctrina, se ha sentado el criterio de que la inexigencia de las identidades previstas para aquel recurso no excusa que el recurrente acredite la “igualdad sustancial” de las cuestiones resueltas en las sentencias

²⁴ ATS de 7 de febrero de 2017, Rec. cas. 161/2016.

²⁵ ATS de 14 de diciembre de 2017, Rec. queja 426/2017.

²⁶ AATS de 19 de junio de 2017, Rec. queja 346/2017, y de 27 de septiembre de 2017, Rec. cas. 1168/2017.

²⁷ ATS de 26 de junio de 2017, Rec. cas. 1134/2017.

²⁸ AATS de 3, 16 y 24 de mayo de 2017, Rec. cas. 189, 685 y 678/2017, y de 23 de mayo de 2018, Rec. cas. 527/2018.

de contraste, igualdad que debe referirse tanto a la norma aplicada como a la realidad a la que se aplica y que debe razonarse adecuadamente en el escrito de preparación²⁹; y, asimismo, que se requiere razonar en el escrito que la discrepancia deriva de la interpretación de la norma, no de la valoración de la prueba o de otras circunstancias de hecho³⁰.

El primero de estos criterios me parece fuera de lugar. La “igualdad sustancial” solo tiene sentido cuando se refiere a la doctrina sentada por la sentencia impugnada y la(s) de contraste; el que las normas aplicadas sean iguales y que el supuesto de hecho tenga también que serlo es algo completamente ajeno al nuevo recurso de casación, que no trata de garantizar la igualdad en la aplicación de la ley, sino la homogeneidad de la jurisprudencia.

c) Y, en el ámbito del origen de las sentencias de contraste, se ha declarado que no cabe citar como de contraste sentencias dictadas por la misma sala y sección de la que se impugna³¹. En este caso, parece haber jugado el límite de que se trate de resoluciones dictadas por “otros órganos jurisdiccionales”, que antes se mencionó. Pero esta limitación legal carece por completo de fundamento; si hay algo chocante y escandaloso para los recurrentes es la emisión de sentencias de sentido contradictorio dictadas por la misma sección de idéntica sala; y puede carecer de sentido cuando se trate de sentencias dictadas por secciones cuya composición personal sea muy diferente (p. ej., por haber sido dictadas en momentos temporales muy diversos).

4.3 Los supuestos del artículo 88.2.b) y c). Doctrina gravemente dañosa para los intereses generales y afección a gran número de situaciones

No es impertinente la consideración conjunta de estos dos motivos de interés casacional. Aunque su sustancia sea evidentemente muy dispar, tienen en común el alto nivel de vaguedad de las situaciones a que pretenden aludir, que se describen mediante conceptos indeterminados de una considerable amplitud.

Desde el punto de vista del órgano encargado de la admisión de los recursos, la diferencia con las restantes circunstancias de interés casacional es apreciable: aunque la previsible producción de daños al interés general y la posibilidad de afección a situaciones similares son datos hipotéticamente susceptibles de ser constatados de manera objetiva, el énfasis que aportan los términos “gravemente” y “gran” abre al Tribunal Supremo un margen de apreciación mucho mayor que el que permite la formulación literal de otros motivos del artículo 88.

²⁹ AATS de 29 de marzo de 2017, Rec. cas. 302/2016, y de 30 de octubre de 2017, Rec. cas. 3666/2017.

³⁰ AATS de 27 de noviembre de 2017, Rec. queja 619/2017, y de 2 de abril de 2018, Rec. queja 651/2017.

³¹ AATS de 16 de octubre de 2017, Rec. cas. 2787/2017, de 15 de marzo de 2018, Rec. queja 694/2017, y de 16 de abril de 2018, Rec. queja 47/2018.

El enunciado de estas circunstancias ofrece, sin embargo, dificultades mucho más intensas a los recurrentes a la hora de argumentar su concurrencia (y, sobre todo, de intentar hacerlo de manera sólida y razonable).

a) La existencia de un perjuicio al interés general choca, de entrada, con la ambigüedad de la noción de “interés *general*”, que no se sabe si alude al conjunto de los intereses de la nación o es aplicable también a los de colectivos más reducidos (de una comunidad autónoma o de un ayuntamiento). Por lo demás, la doctrina de la Sección de Admisión ha venido a complicar las cosas, al declarar que el interés general no puede confundirse con el de la Administración o con la mera conveniencia administrativa, ya que, por ejemplo, la constancia de que una determinada doctrina provoca una reducción de los ingresos fiscales del Estado no supone necesariamente que de ello se derive un grave perjuicio al interés general³². Pero, si el interés general no es el propio de los entes administrativos, no cabe otra alternativa que referirlos al conjunto de los ciudadanos, cuyos intereses son eminentemente heterogéneos, lo que hace mucho más difícil identificar y describir dicho interés *general*.

Pero, sobre todo, la producción de daños a los intereses generales es una cuestión que, aparte de su radical opinabilidad, solo puede ser apreciada intuitivamente, por lo que su descripción es muy difícil de hacer sin acudir a vaguedades, que la vergüenza ajena del redactor responsable de un escrito tiende a evitar. Es, por ello, de problemático cumplimiento la exigencia, establecida en diversas resoluciones, de que no basta la mera afirmación apodíctica de los daños³³.

b) Algo semejante sucede con la afectación a un gran número de situaciones. Aparte de que esta sea una conclusión que normalmente solo puede hacer la Administración demandada (que es la única que conoce el número de posibles destinatarios de un acto o disposición administrativa), la definición del motivo parece que no puede traducirse en la mera abundancia cuantitativa de situaciones, medida en términos absolutos (más de mil, por ejemplo), sino que debe ser puesta en relación con el número de posibles afectados por una determinada medida, sea este muy elevado o no (por ejemplo, una disposición que afecte a un generador de energía eléctrica no puede tener impacto más que en un limitado número de empresas).

Esta es una precisión que la doctrina de la Sección de Admisión no ha hecho aún. Como en el caso anterior, se ha limitado a exigir un razonamiento detallado, sin más precisiones, advirtiendo que no son suficientes las referencias genéricas y abstractas, y que ha de argumentarse, aun de manera sucinta, la virtualidad expansiva de la doctrina sentada por la resolución judicial que se impugna³⁴. Muy pocas indicaciones prácticas se hallarán en estas resoluciones.

³² ATS de 5 de abril de 2017, Rec. cas. 249/2017. Es de suponer que tal perjuicio sí podrá producirse cuando su impacto en los ingresos o gastos públicos sea considerable (aunque el ATS de 25 de enero de 2017, Rec. cas. 15/2016, dice literalmente que lo que cuenta es la doctrina sentada, no la cuantía del pleito): pero ¿dónde ha de trazarse la línea?

³³ AATS de 29 de marzo de 2017, Rec. queja 302/2016, de 30 de octubre de 2017, Rec. cas. 3666/2017, y de 26 de febrero de 2018, Rec. queja 609/2017.

³⁴ AATS de 1 de febrero de 2017, Rec. cas. 31/2016, de 8 de marzo de 2017, Rec. cas. 40/2017, de 2 de noviembre de 2017, Rec. cas. 4196/2017, y 7 de mayo de 2018, Rec. queja 503/2017.

4.4 Los supuestos del artículo 88.2.d) y e). Cuestiones de constitucionalidad

La doctrina sentada en relación con estos dos apartados es, hasta la fecha, muy escasa y poco orientativa.

a) Sobre el primero de ellos, la Sección de Admisión parece haber objetivado la apreciación de este motivo, exigiendo para ello la concurrencia de solo tres requisitos: (a) que se hubiera producido debate en la instancia sobre la procedencia de plantear la cuestión de constitucionalidad; la exigencia de debate suscita dudas sobre los supuestos en los que la(s) parte(s) demandada(s) no hiciera(n) alusión alguna a este asunto planteado por la demandante; (b) que existan dudas fundadas sobre la constitucionalidad de la norma debatida; y (c) que el tribunal *a quo* no hubiera dado ninguna respuesta a la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad³⁵.

No se ha hecho, que sepamos, matiz alguno que condicione la admisión del recurso a la efectiva relevancia de la norma legal discutida en el proceso, como sucede en la letra c) del apartado 3 de este artículo. La mera y posible inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, unida al silencio del órgano *a quo* sobre ello, parecen datos suficientes para la admisión del recurso.

b) En relación con el supuesto de la letra e) (interpretar y aplicar con aparente error una doctrina constitucional), los autos de la Sección de Admisión han aportado algunos criterios de utilidad. De una parte, aplican a este supuesto unas exigencias formales similares a las impuestas para las contradicciones de la sentencia impugnada con las dictadas por otros órganos jurisdiccionales, al requerir la necesidad de que el escrito de preparación argumente “por qué se trata de supuestos iguales y en qué forma se ha adoptado un criterio diferente”³⁶. Y, de otra, describe el proceso lógico que debe seguir tal argumentación, describiendo (i) qué interpretación o aplicación de la doctrina constitucional ha realizado la sentencia recurrida; (ii) qué razón conduce a pensar que la doctrina constitucional se ha aplicado erróneamente; y (iii) cómo tal interpretación ha constituido el fundamento o *ratio decidendi* de la resolución que se impugna³⁷.

Salvo error por nuestra parte, no hemos encontrado pronunciamiento alguno referido al motivo de interés casacional previsto en la letra f) del artículo 88.2.

4.5 Los supuestos del artículo 88.2.g) y 3.c). Cuestiones relativas a la legalidad de las disposiciones de carácter general

Los motivos de interés casacional mencionados en el epígrafe se encuentran, como es notorio, también estrechamente emparentados: ambos se refieren a las sentencias dictadas en procesos en los que se haya impugnado una disposición de carácter general, presumiéndose dicho interés cuando la sentencia la haya declarado nula

³⁵ ATS de 3 de febrero de 2017, Rec. cas. 319/2016.

³⁶ AATS de 8 de marzo de 2017, Rec. queja 126/2016, y de 31 de mayo de 2017, Rec. queja 191/2017.

³⁷ AATS de 18 de septiembre de 2017, Rec. queja 149/2017, y de 7 de mayo de 2018, Rec. queja 503/2017.

(salvo que, con toda evidencia, careciere de relevancia suficiente), y –meramente– pudiendo concurrir cuando tal anulación no haya sido dictada.

Estos preceptos apenas suscitan dudas interpretativas; la apuntada tempranamente por algún autor –si la presunción del apartado 3.c) opera también en las sentencias que resuelvan en sentido estimatorio un recurso indirecto, pero sin anular *erga omnes* la disposición– no tiene fundamento alguno, porque en este supuesto el órgano judicial deberá elevar la cuestión de ilegalidad, que se resolverá en sentido confirmatorio (en cuyo caso estaremos en el supuesto de la letra c) del apartado 3) o revocatorio, caso en el que podrá entrar a jugar el motivo de la letra g) del apartado 2.

En su lugar, la Sección de Admisión de la Sala Tercera ha sentado criterio sobre algunas otras cuestiones –no excesivas–, y no siempre con acierto. Así, nos parece correcta la interpretación de que el motivo de interés casacional del apartado 2.g) puede concurrir cuando el debate, en el proceso de instancia, haya versado acerca de si la actuación impugnada posee o no naturaleza reglamentaria³⁸; también, en los casos en los que el órgano jurisdiccional de instancia carezca por completo de competencia para declarar la disposición impugnada en el proceso, por tratarse de una norma perteneciente al ordenamiento de la Unión Europea³⁹. Y es de estricta lógica el criterio que rechaza la aplicabilidad de la presunción establecida en el apartado 3.c) cuando lo controvertido en casación es la parte de la disposición que no fue anulada en la instancia (en los casos de anulación parcial de la norma)⁴⁰.

Por el contrario, nos parece injustificada la exigencia que se impone, también respecto a la aplicación del apartado 3.c), de que es carga del recurrente justificar, en estos casos, que la disposición reglamentaria anulada posee trascendencia suficiente, a efectos de la inaplicación de la excepción establecida en el último inciso de este precepto⁴¹. Dado el carácter reforzado de la excepción (salvo que la norma “... con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente”), parece que constatar el grado de relevancia de la norma es una tarea que corresponde al juez de casación –o, en todo caso, a la parte que se oponga al recurso–, en ningún caso al recurrente.

Los supuestos previstos en las letras h) e i) del apartado 2 serán analizados, con otros de características semejantes, al final de esta exposición.

4.6 El supuesto del artículo 88.3.a). Inexistencia de jurisprudencia

Ya en alguna ocasión anterior me he pronunciado sobre los problemas prácticos que suscita la aplicación de este supuesto de interés casacional, desde la perspectiva de los recurrentes. La llamada “jurisprudencia” se encuentra en un complejo documental de dimensiones inabarcables, integrado por las sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (y, antes de 1985, por sus salas Tercera, Cuarta y Quinta) a lo

³⁸ ATS de 18 de octubre de 2017, Rec. cas. 2049/2017.

³⁹ ATS de 12 de diciembre de 2017, Rec. cas. 4535/2017.

⁴⁰ ATS de 28 de abril de 2017, Rec. cas. 433/2017.

⁴¹ AATS de 8 de marzo de 2017, Rec. queja 75/2017, de 2 de noviembre de 2017, Rec. cas. 2911/2017, de 9 de marzo de 2018, Rec. cas. 6541/2017, y de 2 de abril de 2018, Rec. cas. 5956/2017.

largo de toda su historia: decenas de miles de resoluciones que solo son accesibles hoy utilizando medios informáticos, pero con insuperables dificultades. Las bases de datos alcanzan solo a un corto período de la historia (la del CENDOJ, a mediados de los años noventa; la de Westlaw, algo más allá); los *thesaurus* que permiten la búsqueda son aún imperfectos y poco fiables, y su deficiencia viene incrementada por el empleo de términos diversos para aludir a los mismos conceptos e instituciones; y, ante todo, la doctrina que han establecido las sentencias venía normalmente diluida a lo largo de sus fundamentos jurídicos, siendo solo detectable a través de un análisis minucioso de sus textos. En resumen, la “jurisprudencia” es una noción vaga y de conocimiento problemático.

A ello se suma el inconveniente capital que supone la acreditación de un hecho negativo –que no existe jurisprudencia sobre un punto concreto–, demostración que, como es bien sabido, es lógicamente imposible. El recurrente que pretende invocar esta circunstancia de interés casacional no puede ir más allá, una vez agotadas sus habilidades informáticas, que acudir a las obras especializadas (preferentemente, los comentarios escritos de las leyes respectivas en busca de citas de sentencias; consultar los miles de trabajos monográficos en los que pueda encontrarse alguna referencia jurisprudencial es una tarea inabarcable). Pero, aun consumadas estas ímprobables tareas, la afirmación de que no existe jurisprudencia continúa siendo aventurada.

Es seguro que la Sección de Admisión de la Sala Tercera es consciente de estas insuperables dificultades. Pero, si es así, no es comprensible que exija, al igual que en supuestos anteriores, que el escrito de preparación contenga “una mínima argumentación” acerca de esta inexistencia⁴², exigencia que es de cumplimiento imposible, a menos que se acuda al absurdo procedimiento de mencionar las obras de referencia consultadas en busca de jurisprudencia, y sus respectivas páginas, como el autor de estas líneas se ha visto obligado a hacer en alguna ocasión. Al igual que antes se dijo a propósito de un supuesto semejante, rebatir dicha afirmación, haciendo constar la jurisprudencia existente, es una tarea que debe hacer de oficio la sala (cuya memoria acerca de su propia doctrina es, naturalmente, mucho más rica que la que pueda tener cualquier letrado) o la parte que se oponga a la tramitación del recurso, si es que tiene acceso al contenido del escrito de preparación.

Salvo en este capital extremo, las restantes indicaciones relativas a este motivo casacional proporcionados por los autos de la Sección de Admisión son bastante lógicas y, en algún caso, bien conocidas. Así, cuando ha recordado su tradicional doctrina de que un único pronunciamiento del Tribunal Supremo no constituye jurisprudencia⁴³, lo que permite la válida invocación de este motivo, o cuando ha advertido que cabe tal invocación cuando, aun existiendo fallos reiterados, es conveniente un nuevo pronunciamiento dirigido a reafirmar, reforzar o clarificar la doctrina ya emitida⁴⁴.

⁴² AATS de 9 de febrero de 2017, Rec. cas. 131/2016, de 2 y 27 de noviembre de 2017, Rec. cas. 2872/2017 y Rec. queja 523/2017, y de 11 de abril de 2018, Rec. queja 45/2018.

⁴³ ATS de 5 de febrero de 2017, Rec. cas. 2717/2017, de 5 de diciembre de 2017, Rec. cas. 2717/2017, y de 16 de marzo de 2018, Rec. cas. 6716/2017.

⁴⁴ AATS de 15 de marzo de 2017, Rec. cas. 93/2017, de 16 de mayo de 2017, Rec. cas. 685/2017, y de 27 de noviembre de 2017, Rec. cas. 4432/2017.

Y también, cuando ha recordado que la inexistencia de jurisprudencia no es un hecho suficiente, por sí solo, para hacer entrar en juego este motivo casacional, siendo imperativo que la parte recurrente argumente y justifique el interés casacional que objetivamente posea la doctrina que se pretenda sentar⁴⁵.

Es menos asumible, por el contrario, su “teoría del acto claro”, en virtud de la cual no resulta necesaria la formación de jurisprudencia cuando los términos literales de la norma cuya interpretación se pretende son inequívocos⁴⁶. Ciertamente, no es acogible un recurso de casación en el que la doctrina que se pretende que sea sentada constituya una reproducción de los términos literales de la norma, pero es notorio que toda norma, por clara que sea, admite interpretaciones diversas, por lo que no es impertinente intentar que se confirme alguna de ellas, incluso aunque esté acogida generalmente en la comunidad jurídica.

4.7 El supuesto del artículo 88.3.b). El apartamiento deliberado de la jurisprudencia

Como se ha dicho ya en numerosas ocasiones, esta circunstancia de interés casacional es tan incuestionable como de producción excepcional. Desde luego, nada impide que un juez o tribunal *a quo* sienta en sus sentencias una doctrina que, discrepando explícitamente de la sentada por el Tribunal Supremo, pretenda la rectificación del criterio de este último; más aún, me parece una práctica sumamente oportuna, que posibilita la evolución de la doctrina jurisprudencial.

Pero no es menos evidente que esta forma de actuar es insólita: aunque es evidente que mi conocimiento de los fallos de los tribunales es muy limitado, he de confesar que, en mi prolongada experiencia, como profesor y como abogado, no he tenido oportunidad de leer una sola sentencia de instancia que se pronuncie en los términos indicados. Los órganos de instancia fallan inaplicando con una cierta frecuencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero lo hacen bien por ignorancia de esta, bien por respeto al Alto Tribunal, omitiendo la referencia a la doctrina de la que se discrepa. La ignorancia es tan comprensible como excusable, dadas las deficiencias que han existido en la exposición tradicional de la jurisprudencia, que antes resaltamos; pero el respeto al Tribunal Supremo carece por completo de justificación, y no solo porque confunde a los recurrentes, sino porque es mucho más cortés y elegante, si cabe, la discrepancia amable que la contradicción disimulada.

Por estas razones, no me parece acertado el insistente criterio de la Sección de Admisión que, acogéndose a los términos literales del artículo 88.3.b), ha exigido que el apartamiento detectado en la sentencia de instancia sea consciente, reflexivo y razonado⁴⁷, requisitos que excluyen a las discrepancias implícitas, pero inequívocas.

⁴⁵ AATS de 8 de mayo de 2017, Rec. cas. 1439/2017, de 30 de octubre de 2017, Rec. queja 3666/2017, y de 14 de noviembre de 2017, Rec. queja 459/2017.

⁴⁶ AATS de 4 de abril de 2018, Rec. cas. 41/2018, de 7 y 14 de mayo de 2018, Rec. cas. 1163/2018, y 4614/2017, y de 18 de junio de 2018, Rec. queja 117/2018.

⁴⁷ AATS de 8 de marzo de 2017, Rec. cas. 40/2017, de 10 y 24 de abril de 2017, Rec. cas. 91 y 611/2017, de 20 de noviembre de 2017, Rec. queja 309/2017, y de 16 de mayo de 2018, Rec. queja 505/2017.

Entre estos casos se encuentran aquellos en los que la resolución recurrida no hace referencia alguna a la jurisprudencia que las partes hayan invocado a lo largo del debate, en los que la Sección de Admisión ha negado la concurrencia de este motivo casacional⁴⁸; la omisión de alusiones a la jurisprudencia citada es un indicio evidente de la discrepancia, que la Sala Tercera debiera corregir en vía casacional.

4.8 Los restantes supuestos de interés casacional

No merece una exposición separada la doctrina sentada hasta la fecha por la Sección de Admisión respecto de los demás supuestos de interés casacional no referidos anteriormente, que, sin perjuicio de su importancia en algunos casos, es muy escasa, por lo que puede mencionarse en un solo epígrafe de modo sintético.

a) Así, y siguiendo el orden del artículo 88, puede decirse, respecto del supuesto previsto en su apartado 2.h) (*impugnación de convenios interadministrativos*), que la sección citada ha hecho una interpretación ampliatoria del mismo, entendiéndolo que este motivo puede concurrir no solo en los casos estrictos de impugnación directa de un convenio, sino también cuando el debate versa sobre actos de ejecución de un convenio, pero cuya resolución exige la interpretación del mismo⁴⁹. No podemos sino manifestar nuestra valoración positiva de esta exégesis del precepto, que en otro caso limitaría su ámbito de aplicación al recurso emprendido por terceros de los convenios celebrados por dos administraciones; los convenios se celebran para ser cumplidos, no para ser impugnados *a posteriori* por las partes.

b) Igualmente razonable ha sido la doctrina sentada a propósito del apartado 2.i) (*haber sido dictada la sentencia en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales*), cuyo entendimiento literal hubiera conducido a un nuevo abuso de este procedimiento especial como una vía indirecta para la apertura posterior del recurso de casación. Con harto fundamento, la Sección de Admisión ha declarado que el hecho de haber recaído la sentencia en el procedimiento especial es un mero indicio, no automático, de la existencia de interés casacional, el cual debe ser argumentado y razonado de modo cumplido por la parte recurrente⁵⁰.

c) Ha sido un tanto oscilante la doctrina sentada sobre el apartado 3.d) del artículo 88 (*sentencias relativas a la impugnación de actuaciones de los organismos reguladores cuyo enjuiciamiento compete a la Sala de la Audiencia Nacional*). En algún caso, la Sección de Admisión ha optado por una interpretación literal y restrictiva del precepto, rechazando los recursos relativos a actuaciones de organismos no mencionados explícitamente en la disposición adicional cuarta de la Ley jurisdiccional⁵¹, siendo así que tal disposición no menciona todas las personificaciones a las que es aplicable esta

⁴⁸ AATS de 8 de marzo de 2017, Rec. cas. 40/2017, y de 10 y 21 de noviembre de 2017, Rec. cas. 3196 y 1263/2017.

⁴⁹ ATS de 5 de diciembre de 2017, Rec. cas. 4797/2017.

⁵⁰ AATS de 15 de marzo de 2017, Rec. queja 110/2017, y de 2 de noviembre de 2017, Rec. queja 575/2017.

⁵¹ Así, en el ATS de 18 de abril de 2017, Rec. cas. 114/2016; bien es cierto que la actuación impugnada en la sentencia era del Comisionado para el Mercado de Tabacos, que muy difícilmente puede calificarse de auténtico organismo regulador. Igualmente, el ATS de 18 de octubre de 2017, Rec. cas. 3206/2017, que niega acertadamente la consideración de organismo regulador al Secretario de Estado de Telecomunicaciones.

calificación. En otros, ha aplicado analógicamente las reglas de los apartados 1, 2 y 6 de la mencionada disposición adicional cuarta respecto de las sentencias relativas a actos de autoridades que resuelven recursos contra actuaciones de organismos reguladores⁵²; aunque este criterio ha sido contradicho en otros supuestos⁵³.

d) Y es oportuno recordar la única decisión interpretativa del apartado 3.3 del artículo 88 (*actos o disposiciones dictados por los Gobiernos o Consejos de Gobierno de comunidades autónomas*), en la que se ha negado tal consideración a las diputaciones forales de los territorios históricos del País Vasco⁵⁴.

e) Finalmente, y en relación con las salvedades a la presunción de interés casacional que afectan a los supuestos de las letras a), d) y e) del apartado 3, ha de mencionarse la doctrina de la Sección de Admisión que recuerda la obligación de los recurrentes de justificar razonadamente la no concurrencia de estas salvedades y, por tanto, la relevancia del asunto a efectos de formación de jurisprudencia⁵⁵, una doctrina que diluye aún más la cuestionable distinción que la ley ha establecido entre los supuestos de los apartados 2 y 3.

5 Conclusión

Los datos que han quedado expuestos ofrecen, por sí solos, un panorama que casi no es necesario resumir. En el plano cuantitativo, la perspectiva que presenta el abultado número de recursos de casación preparados es literalmente alarmante, igual que el número de recursos admitidos a trámite; una y otra circunstancia amenazan con retrotraernos al estado de congestión que padecía el Tribunal Supremo en los primeros años de la década precedente, lo que impedirá la construcción reflexiva y meditada de jurisprudencia, a menos que se opte por la producción en masa de sentencias, que impediría tal construcción y el objeto crucial de la reforma. Por más impopular que resulte esta propuesta (y más dicha por un abogado en ejercicio), no cabe otra alternativa que una reducción drástica del número de recursos admitidos y una mejora y aumento de los efectivos de apoyo de que dispone hoy la Sala Tercera.

Y, en su aplicación práctica, la doctrina sentada hasta la fecha por la Sección de Admisión no ofrece excesivos perfiles dignos de crítica. Las interpretaciones apuntadas sobre el sentido de las distintas circunstancias de interés casacional enumeradas en el artículo 88 son, en conjunto, razonables, si se hace excepción del rigor en la exigencia de argumentaciones allí donde estas no son necesarias o simplemente posibles. Y, aunque el empleo de los reales o supuestos vicios formales de los escritos de preparación sea excesivo e innecesario, es comprensible teniendo en cuenta la escasa calidad técnica de muchos recursos que llegan a la Sala Tercera. Es verdad

⁵² ATS de 12 de junio de 2017, Rec. cas. 1883/2017, sobre una decisión del Ministro de Economía y Competitividad, que resuelve el recurso interpuesto contra una sanción dictada por la CNMV.

⁵³ Así, en los acuerdos del TEAC dictados en recursos contra actos de la AEAT: AATS de 25 de julio de 2017, Rec. cas. 1263/2017, y de 18 de junio de 2018, Rec. queja 117/2018.

⁵⁴ ATS de 2 de noviembre de 2017, Rec. cas. 2911/2017.

⁵⁵ ATS de 4 de julio de 2018, Rec. cas. 1461/2017, relativo a la letra e) del apartado 3.

que el nivel de conocimiento del proceso contencioso-administrativo ha aumentado notablemente en el mundo de la abogacía española; pero restan todavía numerosos colectivos que continúan imperturbablemente instalados en la ignorancia y en el desprecio hacia las formas, y también en la inclinación a interponer recursos carentes de toda viabilidad por razones puramente económicas. De nada sirve la autocontención y el rigor formal en la Sala Tercera si ello no se acompaña de una actitud idéntica en los letrados de los recurrentes, que solo se conseguiría con la imposición de estrictos requisitos de experiencia y prestigio para la firma de los escritos casacionales, como sucede en muchas jurisdicciones extranjeras, una imposición que hoy es de imposible planteamiento, pero que, como tantas otras cosas, tendrá que llegar.

A xurisdición contencioso-administrativa tras vinte anos de vixencia da Lei 29/1998

La jurisdicción contencioso-administrativa tras veinte años de vigencia de la Ley 29/1998

The contentious-administrative jurisdiction after twenty years of the validity of Law 29/1998



JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid
jbano@pdi.ucm.es

Recibido: 02/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.29>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Tras vinte anos de vixencia, a Lei 29/1998 da xurisdición contencioso-administrativa mostra signos de debilidade que exixen reformas. O traballo explora criticamente a aplicación da lei, propón reformas tanto da lei procesual como dalgúns dos factores extraprocesuais que condicionan a xustiza administrativa.

Palabras clave: Contencioso-administrativo, competencias, medidas preventivas, execución de sentenza, calidade da xustiza, dixitalización do contencioso, planta da xurisdición, obxecto do recurso, procedemento contencioso, reconvencción, reforma do contencioso, vía de feito.

Resumen: Tras veinte años de vigencia, la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa muestra signos de debilidad que exigen reformas. El trabajo explora críticamente la aplicación de la ley, propone reformas tanto de la ley procesal como de algunos de los factores extraprocesales que condicionan la justicia administrativa.

Palabras clave: Contencioso-administrativo, competencias, medidas cautelares, ejecución de sentencia, calidad de la justicia, digitalización del contencioso, planta de la jurisdicción, objeto del recurso, procedimiento contencioso, reconvencción, reforma del contencioso, vía de hecho.

Abstract: After 20 years in force, Law 29/98 of the Judicial Administrative Litigation Proceedings shows signs of weakness that require reform. This paper explores critically the application of the norm, proposes reforms both procedurally and outside the proceeding of those aspects that constrain administrative justice.

Key words: Administrative litigation, competences, interim measures, execution of a judicial decision, quality of Justice, digitalization, territorial jurisdiction, proceeding, reconvene, reform of administrative litigation proceedings, fait accompli.

SUMARIO: 1 Planteamiento metodológico. 2 Factores extrínsecos. 2.1 La calidad de la justicia, el dilema brevedad o calidad. 2.2 La calidad de la justicia contenciosa depende mucho de la calidad del procedimiento y del recurso administrativo. 2.3 Calidad de las partes y del juez. 2.4 La digitalización del contencioso. 2.5 El sistema de retribuciones como condicionante de la independencia judicial. 3 Factores intrínsecos al proceso. 3.1 Planta y competencia de los órganos jurisdiccionales. 3.2 Una omisión relevante: la reconvencción. 3.3 El objeto del recurso: Actuación frente a acto administrativo. Los leves progresos de la ley. 3.4 Excurso sobre la vía de hecho. 3.5 El procedimiento abreviado. 3.6 Medidas cautelares: Algunas propuestas de mejora. 3.7 Ejecución de sentencias contra la Administración: Resumen de una frustración.

1 Planteamiento metodológico

Los 20 años transcurridos desde la entrada en vigor de la reforma de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa es tiempo suficiente para justificar un balance sobre los efectos de la ley, sus aciertos e insuficiencias.

Ese balance quedaría muy mermado, sin embargo, si no atendiéramos a otros factores que siempre deben tenerse en cuenta en la aplicación de una ley procesal administrativa, que está muy condicionada por la calidad del procedimiento y la vía previa administrativas y por la forma de organización del poder judicial.

No trataremos en este trabajo algunas de las modificaciones introducidas a lo largo de estos años en la Ley jurisdiccional, como la reciente reforma del recurso de casación o la introducción por la Ley de garantía de la unidad de mercado de un procedimiento especial, con reglas excepcionales de legitimación de la CNMC o de competencia de la Audiencia Nacional, que pese a su indudable interés desbordarían los límites de nuestro análisis. Tampoco examinaremos la peculiar posición del procedimiento especial sobre derechos fundamentales que responde a la exigencia constitucional del artículo 53 CE, pero que hoy en día se antoja como un procedimiento anacrónico, si se parte de la base de que en un Estado de derecho los derechos fundamentales conforman el entero ordenamiento jurídico, incluyendo, como es lógico, el derecho procesal. Lo que tuvo sentido en el año 1978 (recuérdese que la Ley 62/78 que introdujo el procedimiento especial es anterior a la Constitución) hoy es una reliquia que solo tiene utilidad para el derecho de manifestación y que ha quedado mayoritariamente reducido al derecho de acceso del artículo 23.2 CE.

Mientras no se reforme la Constitución, el legislador está obligado a mantener ese recurso preferente y ordinario, y los tribunales tendrán que seguir ocupándose de la bizantina discusión entre las afectaciones directas a los derechos fundamentales y los que son propios de la legislación ordinaria, *summa divisio* propia de la jurisdicción constitucional, pero totalmente artificial cuando se examina la legalidad de la actuación administrativa.

2 Factores extrínsecos

2.1 La calidad de la justicia, el dilema brevedad o calidad

Desde la instauración del Consejo General del Poder Judicial, ha habido una loable política de reducción de los plazos bajo el conocido tópico de que una justicia que es lenta no es justicia. Es indudable que, en conjunto, los plazos de tramitación hasta la sentencia de los procesos contencioso-administrativos se han reducido sencillamente y no cabe sino felicitarse por ello¹. La creación de los juzgados de lo contencioso-administrativo han contribuido a ese éxito sin duda, como también lo hicieron en su día la imposición de costas por vencimiento como medida general o la política de tasas hasta que fue declarada inconstitucional por varias sentencias del Tribunal Constitucional, o más simplemente la influencia de la crisis económica de 2008.

Ese feliz acortamiento de los plazos no se ha correspondido con un aumento de la calidad del contencioso-administrativo. Aunque no están establecidos académicamente los factores que influyen en la calidad, es un hecho que no escapa a la observación de cualquiera que tenga trato con la jurisdicción contencioso-administrativa que hay diversos indicios objetivos de calidad que demuestran el largo camino que queda por recorrer, pues si bien una justicia lenta puede no ser justicia tampoco lo es una justicia injusta por falta del reposo o conocimiento necesarios para resolver un proceso que afecta a los derechos del ciudadano y a los poderes públicos. Podemos destacar entre esos indicios de calidad los siguientes:

2.2 La calidad de la justicia contenciosa depende mucho de la calidad del procedimiento y del recurso administrativo

a) La justicia administrativa no empieza ni termina en el proceso contencioso, empieza y termina en la Administración, evitando el mayor número de conflictos y facilitando la ejecución de las sentencias.

Es un hecho que, en la Administración en masa (sanciones de tráfico, inmigración y extranjería, por ejemplo) no existe un sistema útil de recursos administrativos lo que pesa sobre el contencioso. La experiencia de los tribunales de recursos contractuales ha demostrado que la instauración de órganos administrativos neutrales de recursos contribuye a la mejora de la justicia administrativa. Del mismo modo, una reconsideración del entero sistema de la vía económico-administrativa en los recursos contra la hacienda pública, reforzando la posición independiente de los tribunales económico-administrativos podría contribuir a reducir la enorme litigiosidad en la interpretación de la normativa tributaria. En otro lugar² hemos tratado con alguna extensión la crítica al sistema de recursos administrativos, por lo que es obligado

¹ DÍEZ SASTRE, S. (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018. Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial, Derechos Fundamentales, Personal de la Administración, Protección de Datos y Transparencia*, CIJA-UAM, Madrid, 2018.

² BAÑO LEÓN, J.M.ª, "El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español", López Ramón, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA/INAP, Madrid, 2016, pp. 647-670.

remitirnos por entero a aquellas consideraciones que, por lo demás, comporta la mayoría de la doctrina científica.

b) Independientemente del sistema de recursos administrativos, las normas del procedimiento administrativo técnicamente defectuosas pueden impedir o dificultar el control contencioso-administrativo. Lo ilustraremos con el ejemplo de la regulación del expediente administrativo en la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común (LPAC).

El artículo 70 LPAC, tras definir en sus tres primeros párrafos el concepto de expediente, dice en el párrafo número 4 que “no formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo”, entre la que cuenta “los juicios de valor emitidos por las administraciones públicas, salvo que se trate de informes preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento”.

En otro lugar³ nos hemos ocupado de la sinrazón de esta excepción que impide al interesado conocer los juicios de un funcionario si no se le ha solicitado y su dudosa constitucionalidad conforme al artículo 24 CE. Lo que ahora nos interesa destacar es que este tipo de preceptos dificulta extraordinariamente el control jurisdiccional y la información del particular. En el procedimiento impugnatorio el cabal conocimiento del expediente es esencial para apreciar ilegalidades no advertibles a simple vista. Si la misma ley procedimental permite el expurgo del expediente, se convendrá en que se puede obstaculizar, cuando no cercenar, el derecho a un juicio justo.

2.3 Calidad de las partes y del juez

No menos importante es la calidad de las partes. Digamos claramente que no siempre en los procesos contencioso-administrativos los abogados cuentan con la calidad debida. Se trata de una cuestión de difícil resolución, por cuanto no parece que en España pudiera fácilmente aprobarse normas, como existen en otros países, que introducen factores de antigüedad o de calidad para actuar ante determinadas instancias como el Tribunal Supremo. Por otra parte, los servicios jurídicos de la Administración, muchas veces desbordados, no siempre están servidos como debiera ser idealmente, aunque es una práctica inveterada que el juez de lo contencioso defiende la posición de la Administración, pese a los defectos técnicos de la defensa, en aras al interés público al considerar que la actuación es ajustada a derecho. Esto no está previsto en la LRJCA, a salvo de la potestad jurisdiccional para plantear a las partes de oficio cuestiones no alegadas por estas (artículo 65.2) o acordar, también de oficio, la práctica de pruebas (artículo 61.1), pero muchos jueces de lo contencioso lo aplican a diario, matizando el argumento de que se trata de un auténtico proceso entre partes; es desde luego un proceso pero el interés público siempre planea sobre

³ BAÑO LEÓN, J.M.ª, “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”; Parejo Alfonso, L., y Vida Fernández, J., *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, Libro homenaje al Prof. Tomás de la Quadra-Salcedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 442-445.

la decisión del juez, haya sido o no adecuadamente sostenida por el defensor de la Administración pública.

Muy relevante es, también, la especialización judicial. Según el presidente de la Sala de lo Contencioso⁴, el número de especialistas no supera el 10 %. Si a él le sumamos los magistrados provenientes del cuarto turno que, por su origen, han acreditado conocimientos y experiencia en materias administrativas, puede decirse que, en total, el número de magistrados con algún tipo de especialización en el derecho público (incluyendo el derecho constitucional, el derecho administrativo y el derecho tributario) no llega al 20 %, cifra a todas luces insuficiente.

A nuestro juicio, la especialización judicial genérica en las grandes ramas del derecho es imprescindible. No estamos hablando de expertos en una materia concreta, urbanismo, tributos, medio ambiente, sino de un mínimo conocimiento de las bases del derecho público. El sistema de acceso común a la carrera judicial debería ser revisado, incluida la índole exclusivamente memorística de las pruebas. Pero, al margen de la idoneidad de las pruebas, la especialización por las grandes ramas del ordenamiento parece una condición necesaria para una justicia de calidad. Es posible que factores corporativos hayan influido en el inmovilismo, pero pretender que un juez pueda servir en el contencioso-administrativo sin otro bagaje que los 14 temas dedicados al derecho administrativo, dos de ellos al contencioso-administrativo, los 26 dedicados al derecho constitucional, internacional y derecho de la Unión Europea, y ninguno al derecho tributario⁵, dice mucho del anacrónico sistema de formación de nuestros jueces. No negamos que todo jurista debe tener una formación básica en derecho civil y penal, pero pretender que se pueda resolver un contencioso-administrativo con garantías sin acervo alguno de derecho público da que pensar.

Hay, en fin, otros factores de los que también depende la calidad de la justicia. Nos referimos, por un lado, a la adecuación tecnológica y, por otro, a las deficientes normas sustantivas que puede inducir a una incorrecta administración de justicia.

2.4 La digitalización del contencioso

Otro elemento en absoluto desdeñable es la digitalización de la Administración de justicia, todavía en ciernes. Va de suyo que este es un hecho ineluctable, como en su día fue el de la mecanización de la escritura, y nada hay que oponer a que se implante en la Administración de justicia como se está haciendo progresivamente en la Administración pública.

Existe sin embargo un peligro, que ya se advierte en la práctica: la digitalización puede convertirse en un medio de cercenar derechos si no se ponen las cautelas necesarias. Como hemos subrayado en otro lugar⁶, la garantía efectiva de los derechos en

⁴ DÍEZ-PICAZO, L.M.ª, "Reflexiones sobre la justicia administrativa en España", versión provisional de la ponencia presentada al XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Murcia, 2019. Disponible en: www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos (25 de marzo de 2019).

⁵ Véase el programa publicado en el BOE n. 165, de 9 de julio: 92 temas de derecho civil, 63 de derecho penal, 58 de derecho procesal civil, 35 de derecho procesal penal, 16 de derecho mercantil, 13 de derecho del trabajo.

⁶ BAÑO LEÓN, J.M.ª, "Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015", cit., pp. 434-437.

la Administración, en particular en la de justicia, no se juega tanto en las previsiones de la ley como en el diseño técnico del *software* que haga posible el ejercicio de los derechos. Es obvio que la Constitución y los derechos que garantiza tienen que ser los mismos en la Administración tradicional que en la digital. Denominamos a esta garantía “principio de equivalencia”.

Este principio no se cumple, sin embargo, en la práctica de nuestra Administración, ya que las proclamaciones enfáticas de nuestras leyes sobre las ventajas de la Administración digital no van acompañadas de la exigencia de que los programas informáticos garanticen en todo caso los derechos. Rubén Martínez⁷ ha mostrado la falta de garantías en este sentido. Puede añadirse a sus consideraciones un ejemplo. No existe técnica alguna sobre la forma de confeccionar el expediente judicial y el índice descriptivo de los documentos que contiene. Cualquiera que tenga experiencia práctica puede comprobar cómo cada Administración “confecciona” el expediente de una manera, haciendo a veces imposible el manejo razonable de la documentación mediante la edición de documentos en formato PDF sin una referencia suficiente. El resultado es que las partes tienen muchas dificultades para un acceso rápido al expediente y poder detectar los extremos que le interesan o los documentos que se necesitan. Añádase a ello el hecho de que cada comunidad autónoma tiene un sistema diferente informático, de modo que no es extraño que a veces el juez tenga dificultades para la consulta.

Este panorama se debe a que la digitalización exige, sin duda, un protocolo técnico único que haga posible el ejercicio real de los derechos, incluido el derecho de defensa. Esta es una cuestión básica que no puede quedar al albur de cada Administración y en la que se juega, nada menos, que la posibilidad misma de ejercicio de los derechos.

2.5 El sistema de retribuciones como condicionante de la independencia judicial

La lectura del Reglamento 2/2018, aprobado por el Consejo General del Poder Judicial (BOE de 18 de diciembre de 2018), es desoladora. El reglamento fija las reglas pretendidamente objetivas para la remuneración por productividad de los jueces. Para ello establece la duración media de las actuaciones judiciales.

En el contencioso-administrativo, por ejemplo, una hora para adoptar una medida cautelar, 5 o 6 horas para una sentencia, incluyendo en este cómputo no solo el tiempo de redacción, sino –se supone que existe– estudio del asunto.

Esta visión tayloriana del trabajo judicial no es neutra en el contencioso-administrativo. Tiene como indeseable repercusión favorecer a la Administración autora del acto. Puesto que el juez tiene que trabajar a destajo, en la acertada expresión de Gabriel Doménech, el incentivo para desestimar el recurso o la medida cautelar aceptando los razonamientos de la Administración es muy elevado. Como demostró

⁷ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Los retos de la innovación tecnológica en la jurisdicción contencioso-administrativa”, Ponencia al XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Murcia, 2019. Disponible en: www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos (25 de marzo de 2019).

precisamente Gabriel Doménech con estadísticas irrefutables, la forma de retribución influye en el sesgo de la decisión judicial⁸.

Por lo demás no será impertinente notar que una decisión de tal calado debería ser adoptada por el legislador mismo y no por el Consejo General del Poder Judicial⁹. En este sentido, el artículo 8 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo¹⁰ es de dudosa constitucionalidad, en la medida en que remite prácticamente en blanco al Consejo la competencia para la adopción de los criterios en que se basa la productividad, en contra de la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 83/84; 292/2000). No hay una causa objetiva y razonable que justifique esta habilitación sin límite de la ley al reglamento. En atención a las importantes repercusiones que la productividad tiene sobre la función jurisdiccional, debería ser el legislador el que estableciera los criterios esenciales que deben medirla y el que, sustancialmente, debería optar por un sistema de medición cualitativa o cuantitativa. Así lo exigen los artículos 117 y 122 CE, que establecen la reserva de ley en esta materia. Todo ello al margen de que criterios como el de estimación del horario medio de las resoluciones judiciales podrían considerarse contrarios a la independencia judicial, en la medida en que *de facto* incentivan el estudio superficial de los asuntos, impidiendo que el juez dedique todo el tiempo que estime suficiente a la resolución del caso.

La previsión en el reglamento de la posibilidad de que el juez excepcionalmente solicite más tiempo para los asuntos de mayor complejidad no es suficiente para justificar el sistema, pues de lo que se trata es de que el juez pueda ejercer independientemente su labor jurisdiccional. La retribución del juez en razón a criterios cuantitativos debiera seriamente reconsiderarse, en tanto afecta a la esencia misma de la función jurisdiccional. Un juez no es un inspector de hacienda¹¹.

⁸ DOMÉNECH PASCUAL, G., *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

⁹ Véase la STC 135/2018, de 13 de diciembre, que anula el artículo 367.1 LOPJ, por no precisar las consecuencias derivadas de la carencia de aptitud de los jueces y magistrados suspensos que pretenden reingresar al servicio activo. En el F.J. 7 el Tribunal sostiene que se ha infringido la reserva de ley en los siguientes términos: "De la literalidad del precepto no se pueden obtener los parámetros para alcanzar certeza o cognoscibilidad de los presupuestos que definen, ni de la concreta finalidad que se persigue con la declaración de aptitud necesaria para la reincorporación al servicio activo y en consecuencia para que cese la situación de suspensión de funciones aplicada como sanción disciplinaria. La ausencia de regulación normativa, que afecta directamente al estatuto judicial, no permite efectuar una valoración anticipada por quienes deben aplicarla. La orfandad reguladora, en la que el término «aptitud» aparece desasido de cualquier ropaje jurídico que permita delimitarlo, produce una incertidumbre insuperable acerca de los aspectos a tomar en consideración para valorar la misma, pese a que de la declaración de aptitud depende que el magistrado pueda ejercer o no la función jurisdiccional. La norma no permite definir qué debe entenderse por aptitud y en consecuencia cuáles son los parámetros para valorar la idoneidad, suficiencia o capacidad de quien pretenda dicha declaración. No se dan las condiciones de accesibilidad ni de cognoscibilidad del contenido de la declaración a la que se refiere el precepto y de la que depende de facto la proyección temporal o el cese de la sanción de suspensión de funciones iniciada como consecuencia del procedimiento disciplinario. La norma en este punto aparece desprovista de las garantías constitucionalmente exigidas por el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y reserva de ley (arts. 117.2 y 122.1 CE). Es cierto que la norma se tiene por existente y vigente, presupuestos éstos necesarios para satisfacer las exigencias de seguridad jurídica, pero no suficientes, en tanto que de la misma no resulta la posibilidad de entender lo que la norma determina: su sentido". Cabe plantearse si *mutatis mutandi* no ocurre lo mismo respecto de la Ley 15/2003, pues, aunque se trate de ley ordinaria, no cabe, a nuestro juicio, entregar al CGPJ una competencia en blanco sobre los criterios de las retribuciones variables, dado su importante relieve en la neutralidad de la función jurisdiccional.

¹⁰ Dice el número 1 del texto legal: "El objetivo para cada destino en la carrera judicial se fijará por el Consejo General del Poder Judicial con arreglo a módulos de dedicación u otros criterios técnicos que estime convenientes".

¹¹ Ello al margen de que, también, los sistemas de retribución variables de la inspección de hacienda tienen un sesgo muy marcado. Es obvio que, si la retribución variable tuviera en cuenta no solo la cuantía de las actas liquidadas, sino también su ratificación o anulación por los tribunales, la actitud de la Agencia Tributaria sería más garantista. Pero, siendo grave que

3 Factores intrínsecos al proceso

3.1 Planta y competencia de los órganos jurisdiccionales

Tras examinar los factores que hemos denominado extrínsecos a los propiamente procesales, debemos ocuparnos de estos últimos. Para ello contrastaremos las principales novedades de la Ley 29/1998 con su aplicación práctica.

No es imputable a la Ley 29/1998 la organización de la planta contencioso-administrativa que viene diseñada por la LOPJ con el cuerpo extraño de la Audiencia Nacional y los juzgados centrales, que no responde a lógica alguna más allá de poner en evidencia la singularidad procesal penal de dicha jurisdicción creada, originariamente, para combatir el terrorismo.

Sí que es criticable que la LRJCA siga manteniendo la distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales con fundamento en un criterio orgánico, de modo que simples cambios en la atribución de competencias entre los órganos de una misma Administración determinen automáticamente una modificación en la distribución de asuntos entre los órganos de la jurisdicción, permitiendo que la Administración, por un simple reglamento orgánico, influya en la determinación del juez competente, lo cual es dudosamente compatible con el derecho fundamental del ciudadano al juez ordinario predeterminado por la ley, que no se cumple, a nuestro juicio, cuando por vía reglamentaria se permite *de facto* que la Administración altere o “elija” al órgano jurisdiccional que más le conviene.

En nuestra opinión, sería deseable que la atribución de competencias jurisdiccionales responda al criterio objetivo del ámbito territorial de cada Administración, de modo que, con excepciones tasadas, corresponda al juez la competencia para dirimir los procesos en primera instancia y a los tribunales superiores de justicia las apelaciones, garantizándose, por regla general, la doble instancia sin perjuicio del recurso extraordinario de casación. La lista de excepciones, es decir, de asuntos que deben corresponder en primera instancia a los tribunales superiores o al Tribunal Supremo debe quedar reducida a las disposiciones de carácter general y para algunos asuntos especialmente complejos.

3.2 Una omisión relevante: la reconvención

Otro asunto que la LRJCA 98 no afronta es el de la posibilidad de reconvención, que ya González Pérez propuso tempranamente.

No se trata de generalizar la reconvención, pues ningún sentido tiene este planteamiento cuando lo que se demanda es pura y simplemente la anulación de un acto

las retribuciones puedan influir en la objetividad de los funcionarios, no es comparable institucionalmente con la exigencia de neutralidad de la función jurisdiccional.

administrativo o el reconocimiento de un derecho en relación entre la Administración y el particular¹².

Existen casos, sin embargo, donde la reconvencción podría facilitar la gestión del proceso, como todos aquellos que se basan en procedimientos administrativos de concurrencia competitiva (selección de contratistas, concursos de funcionarios, etc.).

En la práctica, ocurre que el codemandado a quién beneficia el acto no puede a su vez exigir una modificación del resultado del concurso a su favor por el simple hecho de que dicho resultado le beneficia. Así, el número uno en un concurso no impugna lógicamente el resultado del concurso, pero, cuando lo hace quien ha obtenido un número superior o simplemente ha suspendido, aquel puede tener interés también en los aspectos que le perjudiquen. Dígase lo mismo en materia contractual. El plazo preclusivo de dos meses perjudica al beneficiario del acto cuando tiene noticia de que existe un recurso que le perjudica. La legislación procesal solo le permite defender el acto, pero no impugnarlo mediante la reconvencción cuando su situación pudiera mejorar como consecuencia de la incorrecta baremación o puntuación del candidato.

Es lógico que quien se beneficia del acto no recurra, pero es igualmente ilógico que no exista la posibilidad de mejorar su posición cuando el acto es impugnado por otro candidato. El interés en la impugnación del beneficiario del acto solo nace cuando su posición jurídica es amenazada por el recurso de otro concursante. En estas circunstancias, es absurdo que la ley no prevea la posibilidad de abrir la impugnación mediante la reconvencción a la vista de la demanda, pues esa imprevisión del legislador sitúa al codemandado en una posición de indefensión e impide que el juez tenga un conocimiento completo de todas las circunstancias del concurso, de modo que puede darse el caso de que el beneficiario de la adjudicación del contrato, por ejemplo, sea relegado como consecuencia de la estimación del recurso del demandante al no poder aquel poner de relieve la minusvaloración de otro aspecto de la oferta que ignoraba en el momento de adjudicación del contrato a su favor. Téngase en cuenta que, en este tipo de procedimiento competitivo, la reconvencción no va dirigida tanto contra la Administración, a la que es indiferente jurídicamente que se imponga uno u otro de los candidatos, como contra el competidor. En estos procesos competitivos no tiene lógica que la Administración pueda recurrir, pero sí la tiene enteramente que lo haga el competidor codemandado.

Otro tipo de asuntos en los que la reconvencción tiene toda lógica en el proceso contencioso son los que se refieren a relaciones bilaterales, tanto las provenientes de los contratos públicos como las de los convenios administrativos e interadministrativos.

En la lógica de la relación bilateral civil es frecuente que la denuncia por una parte del incumplimiento del contrato se responda por la otra parte con una demanda reconvenccional por incumplimiento de la otra parte.

Reducir la oposición de la parte demandante a la *exceptio non adimpleti contractus* supone una minoración de los derechos de defensa, ya sea la parte demandada una Administración o un particular. En la actualidad la inexistencia de reconvencción

¹² Cierto es que en el derecho procesal sancionador de la Unión Europea se admite que la Comisión puede pedir y el juez imponer una sanción más grave que la impuesta por la Administración.

obliga al demandado a iniciar un procedimiento administrativo nuevo si se trata de la Administración contratante, o a instar de la Administración una nueva solicitud si se trata de un particular¹³, cuando lo lógico sería que en el mismo pleito se sustanciara todas las pretensiones relacionadas con la ejecución del contrato o del convenio administrativo, dado que estamos ante una relación jurídica bilateral¹⁴.

La tradicional prohibición de la reconvención en el contencioso¹⁵ se basaba en la existencia de un proceso exclusivamente dirigido al acto, de donde podía decirse que quien no había impugnado en su momento la resolución administrativa no podía luego reabrir la por la vía de la reconvención. Por otra parte, se ha argüido que el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos y la prohibición de *reformatio in peius* se oponen con carácter general a la reconvención¹⁶. Pero esta prohibición ha perdido gran parte de su lógica cuando el objeto del contencioso-administrativo remite hoy no solo a la actividad de la Administración, sino a un conjunto muy importante de relaciones jurídico-públicas, muchas de ellas bilaterales, y también a actos administrativos multipolares, en los cuales tiene perfecta lógica que quien consiente el acto que le beneficia pueda optar por la reconvención cuando la demanda del recurrente pone de relieve que también el acto le puede perjudicar en un procedimiento competitivo o cuando se trata de relaciones bilaterales, donde propiamente no existe un acto administrativo.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sentencia 604/2019, de 7 de mayo), que menciona sin citarla otras anteriores de la misma sala y sección, ha tratado de remediar los males que suscita la imposibilidad de reconvención en los concursos de funcionarios mediante una interpretación creativa de la ley procesal, que en síntesis consiste en decir que el derecho a la tutela judicial efectiva permite al codemandado en un procedimiento competitivo alegar en la contestación ante el tribunal y pedir que se revisen los aspectos del acto administrativo que le perjudican, una vez que conoce la demanda del aspirante que impugna el acto. Ya hemos expuesto aquí las razones que justificarían la posibilidad de reconvención, que es lo que viene a reconocer el Tribunal Supremo en esas sentencias. No obstante, creemos que el asunto hubiera merecido una reflexión del pleno de la Sala Tercera, que no puede reducirse al ámbito funcional, pues los mismos problemas se plantean en cualquier procedimiento de concurrencia competitiva, y que debería haber dejado claro un cambio de criterio en la posición procesal del codemandado, que es revolucionaria a la vista de los estrictos términos del artículo 21.1.d) en relación con el artículo 46.1 LRJCA, así como la reiterada jurisprudencia que sostiene que el emplazamiento como codemandado no

¹³ En el caso de un convenio entre administraciones con distinto ámbito territorial, la inexistencia de reconvención produce además el efecto añadido de que la Administración demandada en un proceso ante un juez tendrá que plantear una demanda ante otro juez en un ámbito territorial diferente, lo que puede permitir sentencias contradictorias.

¹⁴ Aunque en la legislación contractual pública las pretensiones se articulen como un proceso de impugnación al acto, en realidad se trata de pretensiones relativas a una relación jurídica bilateral (interpretación, efectos, incumplimiento, resolución de un contrato), por lo que tendría toda la lógica que la Administración pudiera reconvenir en una futura reforma de la LRJCA.

¹⁵ ALCALÁ-ZAMORA, N., *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943, citado por GONZÁLEZ-PÉREZ, J., "La acumulación de pretensiones en el proceso administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 10, 1953, p. 98, *apud.* nota 19.

¹⁶ *Vid.* HUERGO LORAS, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 56-58.

autoriza a impugnar el acto, sino solo a defenderlo. La posibilidad de que el demandado no solo haga valer las razones que se oponen a la demanda, sino que introduzca a su vez los elementos de impugnación del acto que refuerzan su posición, que el tribunal deduce sin más del derecho a la tutela judicial efectiva, debe ser bienvenida y debería mover al legislador a una reforma en el sentido apuntado.

3.3 El objeto del recurso: actuación frente a acto administrativo. Los leves progresos de la ley

La lectura de la exposición de motivos de la Ley 29/1998 puede llegar a la errónea conclusión de que la norma introduce un profundo cambio respecto de la concepción de la LRJA 1956, en la que la acción impugnatoria del acto monopolizaba todo el sistema de acciones de la ley, de suerte que cualquier pretensión, fuera o no auténticamente impugnatoria, o el reconocimiento de un derecho y no propiamente la anulación de un acto administrativo, debía articularse a través de la impugnación de un acto expreso o presunto. Con la limitada excepción de la Ley 62/1978, de protección de derechos fundamentales, que permitía el acceso a la jurisdicción frente a cualquier violación de un derecho fundamental, aun sin mediar acto o recurso administrativo alguno, la Ley de 1956 instrumentaba cualquier pretensión a través de la impugnación de un acto expreso o presunto.

Ciertamente, la LRJCA 1998, en los artículos 29 y 30, innovó al reconocer acciones propiamente ejecutivas sin necesidad de la impugnación de un acto, ya que, frente a los incumplimientos administrativos de obligaciones reconocidas por ley, acto o convenio, no se ejercita acción impugnatoria alguna, sino que, una vez reclamado el cumplimiento a la Administración, el particular puede acudir a la jurisdicción pidiendo el cumplimiento de la obligación, sin que estemos en presencia de acto administrativo alguno. Y de ello resulta la imposibilidad de que la Administración oponga la excepción del acto consentido si el particular no recurre la desestimación del requerimiento. De la misma forma, la vía de hecho, que también la Ley de 1998 introduce formalmente como objeto de una pretensión autónoma (aunque ya la jurisprudencia previa lo había admitido), no reviste los caracteres de una acción impugnatoria típica, sino de una acción de condena consistente en que cesa la actuación manifiestamente ilegal de la Administración.

El ámbito de las acciones de condena de los artículos 29 y 30 es muy limitado. El artículo 29 se refiere, exclusivamente, a derechos concretos reconocidos en favor de una persona determinada, lo que excluye de su ámbito las acciones en que se discute el alcance del derecho que necesariamente tiene que llevarse por la vía de la impugnación del acto expreso o presunto que desestima la reclamación. Y el artículo 30, al referirse a actos firmes que reconozcan obligaciones por la Administración, tiene también un círculo de acción reducido.

La Ley de 1998, sea por descuido o por la inercia de la tradición, no regula, por ejemplo, la acción contra las actuaciones materiales de la Administración no constitutivas de vía de hecho, pese a proclamar lo contrario la exposición de motivos e

regap



ESTUDIOS

insistir en que el objeto de la ley no puede reducirse al acto, sino a toda la actuación administrativa. Del mismo modo, no se ocupa la ley de la forma de actuar frente a los incumplimientos de los convenios entre la Administración y un particular o frente a las acciones derivadas de la eficacia de los convenios entre administraciones públicas, que siguen artificialmente teniendo que resolverse mediante el expediente de provocar un acto administrativo que se impugna, con lo cual las reglas de competencia del tribunal llamado a enjuiciar el asunto no dependen de datos objetivos, como el domicilio del demandado o el lugar de celebración del convenio, sino de quien sea la Administración que aparezca como demandada. Y sobre todo la acción tiene necesariamente que articularse como impugnatoria de la decisión expresa o presunta de la pretensión que ejercita la parte, como si se tratara de un acto administrativo, lo que obviamente no es, ya se trate de una simple actividad material, ya sea un convenio administrativo, cuestiones ambas que tienen creciente interés y no pueden ser consideradas anecdóticas.

También carece de un cauce procesal adecuado el control de otras formas de actuación administrativa. La Administración cada vez más interviene mediante técnicas de orientación o persuasión que inciden o pueden incidir en los derechos de los particulares. Las advertencias, comunicaciones, etc., no son actos administrativos y, sin embargo, carecen de un cauce procesal específico, más allá de la generación artificial de un acto impugnabile.

Dígame lo mismo del silencio. La Ley 29/1998 mantiene el mecanismo del silencio administrativo negativo y su fijación del acto presunto desestimatorio, en un claro ejemplo de conversión de una acción de condena a que la Administración dicte un acto en una acción de anulación de un acto ficticio desestimatorio.

La ley, en fin, tampoco llega a atisbar la necesidad de articulación de un cauce procesal para el conocimiento de los actos administrativos privados con efectos jurídico-públicos, caso de las autoliquidaciones tributarias, que ahora han adquirido una notable importancia con el auge de las comunicaciones previas y las declaraciones responsables, actos que no pueden ser impugnados directamente por los titulares de otros derechos a los que aquellos afectan, ya que necesariamente hay que lograr un acto administrativo expreso o presunto para poder acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Tales insuficiencias se hubieran remediado o mitigado si la ley, en efecto, hubiera previsto un cauce procesal para las relaciones jurídico-públicas que no se sustancian en un acto administrativo, bien por revestir otras formas de manifestación distintas al acto unilateral, bien por tratarse de acto de un particular con efectos jurídico-públicos.

Estas insuficiencias se reflejan muy bien en el contraste entre el artículo 45.1 y el artículo 1 de la LRJCA. El artículo 45.1 LRJCA sigue anclado claramente en una tradición impugnatoria, por un lado, sin que se corresponda su contenido con el artículo 1 LRJCA. En efecto, el artículo 45.1 dice:

“El recurso contencioso-administrativo se iniciará por un escrito reducido a citar la disposición, acto, inactividad, o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne...”.

Mientras que, por su parte, el artículo 1 tiene un contenido más amplio, al establecer que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con la “actuación” de las administraciones públicas sujetas al derecho administrativo.

Curiosamente, tampoco hay correspondencia entre los artículos 45.1, que tiene la importante misión de fijar los límites del objeto del recurso, o el artículo 46, que fija el *dies a quo* del cómputo del plazo, y el artículo 44, que fija el objeto del requerimiento previo facultativo en los pleitos entre administraciones públicas. Más correctamente, este último precepto dice que, antes de que una Administración pública interponga recurso contencioso-administrativo contra otra Administración, podrá requerirle previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que está obligada”. En este precepto se distingue mucho más precisamente lo que son acciones impugnatorias de lo que son acciones de condena, incluso se habla de actuaciones materiales (aunque no de vía de hecho). Sin embargo, a la hora de plantear el recurso, el artículo 45.1 obliga a la Administración recurrente a amoldar la acción al recipiente de la acción impugnatoria, lo que no tiene demasiado sentido.

Todas estas insuficiencias aconsejarían una reforma profunda del objeto del proceso contencioso-administrativo.

3.4 Excurso sobre la vía de hecho

Cabe plantearse también el acierto de incorporar la vía de hecho como objeto del recurso contencioso-administrativo y la idoneidad de establecer para este caso un régimen especial.

No es preciso aquí extendernos sobre el origen de la vía de hecho, pero sí que es conveniente recordar que tal concepto va anudado a las peculiaridades de la justicia administrativa en Francia y su distinción de la jurisdicción ordinaria en el seno de la peculiar visión francesa de la división de poderes.

La vía de hecho (*manquement de droit, manquement de procédure*, en los términos de HAURIU) es un expediente para permitir que el ciudadano acuda al juez ordinario cuando la Administración, al actuar completamente al margen del derecho, ya no actúa como tal Administración, revestida de sus privilegios, sino como simple particular, y por eso puede ser juzgada por el juez civil.

En España la recepción de la vía de hecho se hizo de manera acrítica, como un intento de reforzar las garantías del justiciable, pese a que desde la Ley de 1886 la justicia administrativa es justicia ordinaria. De hecho, en el plano legal el reconocimiento se produce en la LEF 1954 (artículo 125) como excepción a la regla tradicional que no admite “interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos en

materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido”, en los términos del artículo 103 LPA 1958.

La introducción en la Ley de la jurisdicción de la vía de hecho tuvo en cuenta, sin duda, la crítica que hizo López Menudo¹⁷ a los vaivenes de la jurisprudencia menor civil. Pero más allá de este dato, que la exposición de motivos no recoge, la explicación que la ley ofrece no es muy esclarecedora:

“Otra novedad destacable es el recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho. Mediante este recurso se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase. La acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares. Por razón de la materia, la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de estos recursos se explica sobradamente”.

La LOPJ también recoge en el artículo 9.4 que el orden contencioso-administrativo conocerá de “las actuaciones materiales (de la Administración) que constituyan vía de hecho”.

La ambigüedad de los textos legales ha llevado a discutir si sigue vigente el artículo 125 LEF y aunque la doctrina mayoritariamente parece seguir opinando sobre la compatibilidad de ambas opciones, la jurisprudencia civil mayoritariamente se inclina a considerar que es una competencia exclusiva de lo contencioso-administrativo¹⁸.

Sea como fuere, lo que cabe considerar es si una ley moderna de lo contencioso-administrativo debería plantearse la desaparición de la vía de hecho. Si toda la actividad material y formal de la Administración está sujeta a la jurisdicción contencioso-administrativa, no se ve la necesidad de mantener la vía de hecho como objeto de impugnación específica. Una de dos, o la vía de hecho es necesaria como mecanismo reforzado de protección ante el juez civil, o la vía de hecho es un supuesto de nulidad, que, como cualquier tipo de ilegalidad, desde la más grosera a la más leve, debe ser objeto de enjuiciamiento jurisdiccional contencioso-administrativo.

Si el juez de lo contencioso-administrativo es un juez ordinario y si la CE reconoce a los particulares el derecho a la tutela judicial efectiva, si la jurisdicción contencioso-administrativa verdaderamente ha superado las limitaciones que existían en el año 1956, no tiene sentido alguno que exista un régimen peculiar de la vía de hecho, pues este solo tiene justificación si existe una dualidad jurisdiccional.

El quid de la cuestión es sencillamente la medida cautelar, como la propia exposición de motivos reconoce. Se sobreentiende que una actuación groseramente ilegal de la Administración es apreciable *ictu oculi* y debe dar lugar a la adopción de una medida cautelar. De ahí que el artículo 136, en estos casos, disponga que la medida cautelar se adoptará salvo que patentemente no concurren las circunstancias que definen a la vía de hecho o exista una perturbación grave de los intereses generales o

¹⁷ LÓPEZ MENUDO, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988.

¹⁸ Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., “Vía de hecho”, Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2005, pp. 2651 y ss.

de terceros. De ahí¹⁹, también, que en Francia la ampliación de las medidas cautelares a disposición del juez administrativo y el reconocimiento del Consejo de Estado de que la vía de hecho puede ser objeto de un recurso por exceso de poder haya venido a reducir drásticamente la competencia del juez civil.

La supervivencia de la vía de hecho solo tiene justificación si se parte de la base de que la justicia administrativa es ineficaz para remediar este tipo de actuaciones. Pero una justicia administrativa ordinaria a la altura del siglo XXI no requiere, no debería requerir, un tratamiento especial, más allá del que debe o debería dispensar a cualquier ilegalidad manifiesta.

3.5 El procedimiento abreviado

Introducido en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de 1998 y tomado a préstamo del derecho procesal laboral, el procedimiento abreviado, pensado inicialmente para cosas sencillas, ha venido a convertirse en un procedimiento cada vez más utilizado al haber aumentado la cuantía (hasta 30.000 euros) y haberse ampliado las competencias de los jueces de lo contencioso por las sucesivas reformas de las leyes procesales.

La experiencia práctica demuestra que hay dos aspectos necesitados de mejora. En primer término, la oportunidad de que la Administración conteste por escrito a la demanda antes de la vista, lo que se explica fácilmente por dos razones. Facilitaría el trabajo del juez, ya que la vista permitiría concentrarse tanto en las excepciones procesales que impiden la continuación del juicio como en las pruebas, habida cuenta de que tanto el juez como las partes acudirán a la vista conociendo los argumentos de debate. En la actualidad, cualquier excepción procesal tiene que resolverse en la vista, con el inconveniente de que ni la parte actora ni el juez han tenido conocimiento previo. Así, se garantiza la igualdad de armas de las partes, ya que la actora solo conoce la excepción en la propia vista con las dificultades que eso comporta para el derecho de defensa, máxime en un ordenamiento jurídico tan complejo como el administrativo.

En segundo lugar, examinada la demanda y la contestación, las partes tendrían oportunidad de pedir prueba antes de la vista, que podría practicarse en la misma. Actualmente el demandante que escucha por vez primera en la vista la contestación a la demanda difícilmente puede analizar con un mínimo de sosiego si complementa la proposición de prueba para combatir los hechos aducidos por la Administración.

Otra alternativa que pudiera manejarse es pura y simplemente trasladar al contencioso-administrativo el procedimiento ordinario civil (demanda, contestación, vista preliminar y vista definitiva), aunque tal vez no fuera necesario en la mayoría de los casos trasladar el sistema de doble vista civil y bastaría, como se ha dicho antes, con introducir las modificaciones que se proponen en la fase previa a la vista.

¹⁹ BURLADA ECHEVESTE, J.L., *La vía de hecho en el Derecho Administrativo francés*, Bosch, Barcelona, 2018, pp. 171-213.

3.6 Medidas cautelares. Algunas propuestas de mejora

La Ley 29/1998 mejoró muchos aspectos de las medidas cautelares, haciendo suyos los criterios más avanzados de la jurisprudencia. Así, la posibilidad de adoptar medidas cautelares *inaudita parte*, la concepción misma de la medida cautelar no reducida como en la LRJCA de 1956 a la suspensión del acto administrativo, la conversión de la regla general favorable a la no adopción de la medida cautelar, salvo el *periculum in mora* del demandante, en los casos del artículo 29 (proceso ejecutivo para el efectivo reconocimiento de derechos en favor de una persona determinada ya previsto en una ley, contrato o acto administrativo, proceso de ejecución forzosa de actos firmes), en la que la regla general es la adopción de la medida cautelar.

Estas indudables virtudes de la Ley 29/1998 no alcanzan, sin embargo, al conjunto de la regulación de las medidas cautelares, que podría mejorarse sustancialmente a nuestro juicio en dos aspectos, procesal y sustantivo.

Procesalmente, sería muy conveniente la exigencia de vista previa, en la que el juez pudiera resolver sus dudas sobre los posibles efectos perjudiciales de la adopción o no de la medida cautelar. Comoquiera que el juez no cuenta con el expediente administrativo a la hora de adoptar la medida, la vista le instruiría mucho más adecuadamente sobre la oportunidad o no de la medida.

Sustantivamente debería modificarse el artículo 130.1 LRJCA para acoger en el caso de actos administrativos restrictivos de derechos, en los que no existen otros interesados con derechos contrapuestos, la regla general de suspensión, salvo que el interés público demande en el caso concreto el mantenimiento de la eficacia del acto. Las razones constitucionales, que sostienen este paradigma, la necesidad de distinguir entre estos actos citados y los multipolares las hemos explicado en un reciente trabajo al que es forzoso remitir al lector²⁰.

3.7 Ejecución de sentencias contra la Administración: resumen de una frustración

Nadie puede negar a la vigente LRJCA su dedicación al logro de una pronta ejecución de las sentencias contra la Administración. La panoplia de medios puesta a disposición del juez para obligar a la Administración a cumplir con lo ordenado por la sentencia no es menor y es comparable cuando no supera las existentes en el derecho comparado.

Ese empeño loable del legislador trae causa de una realidad innegable: la resistencia al pronto cumplimiento de las sentencias por parte de la Administración²¹.

²⁰ BAÑO LEÓN, J.M.^a, "Medidas cautelares y ejecución de Sentencias: Balance de la Ley 29/1998", Ponce Solé, J., y Cudero Blas, J. (coords.), *Balance y perspectivas de la LJCA en su XX aniversario*, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).

²¹ Entre las últimas aportaciones, cfr. PÉREZ ALONSO, J., "La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelo de "inejecución" de Sentencias", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 40, 2015. La raíz sociológica de los problemas de ejecución de sentencias de condena contra la Administración se refleja muy bien en el contraste de la legislación española con la alemana. Pese a ser esta última mucho menos exhaustiva que la española, ya que solo permite la multa coercitiva contra la Administración, no contra el titular del órgano, los casos de incumplimiento se cuentan con los dedos de una mano. Los dos ejemplos más recientes que se relatan como excepcionales son el de la ciudad de Wetzlar, que

Lo que debería ser un comportamiento normal del poder público, el cumplimiento fiel del fallo, se convierte, en no pocas ocasiones, en una actitud patológica de obstaculización de la ejecución. La principal culpable de este comportamiento es, sin duda, la Administración pública, que no actúa siempre con la lealtad institucional que es exigible como poder público. La inercia del antiguo privilegio de autoejecución administrativa de las sentencias sigue pesando tanto o más que la Constitución, la LOPJ y la LRJCA, que no dejan resquicio alguno a la duda sobre la exclusiva potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En un segundo plano, también influye negativamente la falta de impulso judicial de la ejecución por parte del juez, excesivamente tolerante en ocasiones con la falta de diligencia administrativa en el cumplimiento de las sentencias. En resumen: no es imputable a la Ley 29/1998 la tardanza en la ejecución de las sentencias contra la Administración.

Dicho lo anterior, sí que hay algunos extremos de la regulación del procedimiento de ejecución que hemos propuesto revisar²² y que resumimos ahora:

1.º Tal como observa la LEC, debe sentarse el principio de que las sentencias estrictamente anulatorias o declarativas de derechos no requiere de ejecución.

2.º Si las sentencias de condena requieren un nuevo acto reglado de la Administración, ese acto no es un acto administrativo en sentido estricto, sino un acto de ejecución de la sentencia, que debe ser notificado al tribunal, quien decidirá, a la vista de los argumentos de las partes, si cumple o no con la ejecutoria. Dichos actos no son susceptibles de recurso autónomo.

3.º Por el contrario, si el fallo ordena dictar un nuevo acto, pero la Administración conserva un poder de apreciación sobre su contenido, bien porque sea discrecional bien porque el juez carezca de los elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre el fondo del asunto, la Administración cumplirá el fallo dictando el acto, que será susceptible de recurso autónomo.

4.º No debería hablarse de incidente de imposibilidad legal de ejecución en las sentencias de condena, sino de ejecución por equivalencia cuando resulta físicamente imposible la ejecución en sus propios términos. Las sentencias estrictamente de anulación no pueden nunca ser de imposible ejecución, por la elemental razón de que no se necesita de dicha ejecución para producir los efectos de la anulación.

5.º El artículo 103.4 debiera ser modificado en la línea de reconocer al juez la competencia de adoptar todas las medidas para hacer posible la ejecución dejando sin efecto cualquier acto o disposición que vaya contra la cosa juzgada. La importante STS de 4 de febrero de 2019 (R. casación 3965/2017) ha observado certeramente que el juez de la ejecución puede inaplicar los actos o disposiciones de la Administración contrarios a los pronunciamientos de la sentencia cuando no es competente para poder declarar directamente la nulidad. No obstante, cabe plantearse si el precepto

se resistió a dejar un local municipal para un acto electoral al Partido de extrema derecha NPD pese a la orden judicial, y del plan de limpieza atmosférica del aeropuerto de Múnich, cuya modificación fue ordenada como consecuencia de Sentencia de 9 de octubre de 2012. Ambos ejemplos de oposición pueden verse en KRING, J., "Die Zwangsvollstreckung von Gerichtsurteilen gegenüber der öffentlichen Hand – Zwangshaft für Behördenleiter?", *NVwZ*, n. 1-2, 2019, pp. 23-28.

²² BAÑO LEÓN, J.M.ª, "La eficacia de las Sentencias contra la Administración o la claudicación del Estado de Derecho", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 177, 2016.

está bien orientado cuando exige, según la jurisprudencia, una desviación de poder (“actos dictados con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia”). A nuestro juicio, se trata simplemente de establecer si el acto es contrario o no a la cosa juzgada sin necesidad de acudir al pie forzado de la desviación de poder²³.

6.º Debería derogarse la potestad de expropiación de sentencias reconocida actualmente en el artículo 105.3 LRJCA. Una cosa es que el juez pueda ejecutar una sentencia por equivalencia y otra bien distinta que la ley permita que la Administración expropie los derechos derivados de una sentencia y los sustituya por una indemnización, pues en ese caso se quebranta el principio de división de poderes.

El temor fundado de guerra o el quebranto de la integridad territorial son situaciones de excepción que, en su caso, justificarían medidas excepcionales conforme a la Ley orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción o sitio. Si bien la Constitución no permite suspender la vigencia del artículo 24, sí cabría que, en una situación excepcional, y decretado el estado de sitio, pudiera habilitarse ese recurso excepcional. Pero lo que no tiene sentido alguno en un Estado de derecho es que la ley deje en manos de la Administración esa potestad excepcional de transformación del fallo con carácter ordinario, pues claro es que la sustitución de una sentencia de condena por su equivalente económico, que es lo que significa en definitiva la expropiación, debe corresponder al juez, tal como ocurre en el supuesto del párrafo 2.º del citado artículo 105.3 LRJCA, que atribuye exclusivamente al juez la competencia para apreciar si existe “peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos”.

Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA, N., *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943.
- BAÑO LEÓN, J.M.^a, “El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español”, López Ramón, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA/INAP, Madrid, 2016.
- BAÑO LEÓN, J.M.^a, “La eficacia de las Sentencias contra la Administración o la claudicación del Estado de Derecho”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 177, 2016.
- BAÑO LEÓN, J.M.^a, “Medidas cautelares y ejecución de Sentencias: Balance de la Ley 29/1998”, Ponce Solé, J., y Cudero Blas, J. (coords.), *Balance y perspectivas de la LJCA en su XX aniversario*, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).
- BAÑO LEÓN, J.M.^a, “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”, Parejo Alfonso, L., y Vida Fernández, J., *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, Libro homenaje al Prof. Tomás de la Quadra-Salcedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

²³ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El artículo 130.4. LS no les gusta a los jueces”, Sánchez Blanco, A.; Domínguez-Berrueta de Juan, M., y Rivero Ysern, J.L. (coords.), *El nuevo derecho administrativo. Libro homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, RATIO Legis, Salamanca, 2012, pp. 139 y ss. FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 100, 2018.

- BURLADA ECHEVESTE, J.L., *La vía de hecho en el Derecho Administrativo francés*, Bosch, Barcelona, 2018.
- DÍEZ-PICAZO, L.M.^a, “Reflexiones sobre la justicia administrativa en España”, versión provisional de la ponencia presentada al XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Murcia, 2019. Disponible en: www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos (25 de marzo de 2019).
- DÍEZ SASTRE, S. (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018. Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial, Derechos Fundamentales, Personal de la Administración, Protección de Datos y Transparencia*, CIJA-UAM, Madrid, 2018.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El artículo 130.4. LS no les gusta a los jueces”, Sánchez Blanco, A., Domínguez-Berrueta de Juan, M., y Rivero Ysern, J.L. (coords.), *El nuevo derecho administrativo. Libro homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis, Salamanca, 2012.
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R., “La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 100, 2018.
- GONZÁLEZ-PÉREZ, J., “La acumulación de pretensiones en el proceso administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 10, 1953.
- HUERGO LORAS, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- KRING, J., “Die Zwangsvollstreckung von Gerichtsurteilen gegenüber der öffentlichen Hand – Zwangshaft für Behördenleiter?”, *NVwZ*, n. 1-2, 2019.
- LÓPEZ MENUDO, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988.
- LÓPEZ MENUDO, F., “Vía de hecho”, Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Los retos de la innovación tecnológica en la jurisdicción contencioso-administrativa”, ponencia al XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Murcia, 2019. Disponible en: www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos (25 de marzo de 2019).
- PÉREZ ALONSO, J., “La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelo de “inejecución” de Sentencias”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 40, 2015.

As ordenanzas de convivencia
e a súa relación coa Lei de
seguridade cidadá: Quen
despraza a quen?

Las ordenanzas de convivencia y su relación con la Ley de seguridad ciudadana: ¿Quién desplaza a quién?¹

Municipal by-laws on
citizen coexistence and their
relationship with the citizen
security law: Whose preemption?

57
Regap

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba
lucia.alarcon@uco.es

Recibido: 21/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.15>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Nos últimos quince anos un bo número de municipios aprobou as súas ordenanzas de convivencia cidadá nas cales tipificou moitísimas infraccións e sancións na materia. A doutrina e a xurisprudencia acolléronas sorprendentemente ben e, en xeral, non as criticaron como merecían. Todo o contrario aconteceu coa LOPSC, que previu en moitos casos as mesmas infraccións que as ordenanzas, e que, non obstante, si recibiu críticas innumerables e especialmente duras por facer o mesmo que antes fixeron elas. Con todo, unha das maiores debilidades da LOPSC é que ignorara case por completo esas ordenanzas. Nin articulou a súa relación con elas nin enmarcou o seu réxime sancionador. De feito, co pouco que di sobre elas –e o mal que o fai– pode mesmo propiciar que se tipifiquen máis infraccións que antes. Un verdadeiro despropósito.

Palabras clave: Ordenanzas de convivencia cidadá, Lei de seguridade cidadá, réxime sancionador, relacións, críticas, garantías, esquecementos.

Resumen: En los últimos quince años un buen número de municipios ha aprobado sus ordenanzas de convivencia ciudadana en las que ha tipificado muchísimas infracciones y sanciones en la materia. La doctrina y la jurisprudencia las han acogido sorprendentemente bien y, en general, no las han criticado como se merecían. Todo lo contrario ha ocurrido con la LOPSC, que ha previsto en muchos casos las mismas infracciones que las ordenanzas, y que, sin embargo, sí ha recibido críticas innumerables y especialmente duras por hacer lo mismo que antes hicieron ellas. Con todo, una de las mayores debilidades

¹ Este trabajo tiene su origen en una comunicación que presenté y defendí públicamente en el Congreso Internacional sobre Orden Público, Seguridad Ciudadana y Justicia Preventiva, celebrado en Valencia los días 21 a 23 de noviembre de 2018 y organizado por la Universidad de Valencia y la UIMP. Las actas de ese congreso están pendientes de publicación. Se enmarca en el Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196.

de la LOPSC es que haya ignorado casi por completo a esas ordenanzas. Ni ha articulado su relación con ellas ni ha enmarcado su régimen sancionador. De hecho, con lo poco que dice sobre ellas –y lo mal que lo hace– puede hasta propiciar que tipifiquen más infracciones que antes. Un verdadero despropósito.

Palabras clave: Ordenanzas de convivencia ciudadana, Ley de seguridad ciudadana, régimen sancionador, relaciones, críticas, garantías, olvidos.

Abstract: A large number of municipalities have approved their citizen coexistence ordinances in the last fifteen years in which many infractions and sanctions in the matter have been typified. The doctrine and the jurisprudence have received the ordinances surprisingly well and, in general, they have not criticized it. Quite the opposite has happened with the LOPSC, which has in many cases typified the same infractions as the ordinances, and which, however, has received innumerable and especially hard criticisms for doing the same thing that the ordinances did before. However, one of the greatest weaknesses of the LOPSC is that it has almost completely ignored these ordinances. The LOPSC neither has articulated its relationship with them nor has framed its sanctioning regime. In fact, the LOPSC could even encourage the ordinances to typify more infractions than before. A true nonsense.

Key words: Citizen coexistence ordinances, Citizen Security Law, sanctioning regime, relationships, criticisms, guarantees, oversights.

SUMARIO: 1 Las ordenanzas de civismo en nuestro derecho. 2 Nuestra tradición de criticar a todas las leyes de seguridad ciudadana. 3 Sobre todo, las críticas existentes hacia la LOPSC de 2015 por el régimen sancionador tan amplio que ha previsto. 4 La ausencia de críticas a las ordenanzas de convivencia pese al amplísimo régimen sancionador que han establecido. 5 Las semejanzas entre las infracciones de la LOPSC y de las ordenanzas de convivencia. 6 Las garantías del derecho sancionador y su posible incumplimiento en la LOPSC y las ordenanzas de convivencia. 6.1 La garantía *non bis in idem*. 6.2 La tipicidad de las infracciones y la reserva de ley y la culpabilidad en las sanciones. 6.3 El principio de proporcionalidad de las sanciones. 6.3.1 Infracciones que sancionan conductas irrelevantes o muy poco lesivas. 6.3.2 Infracciones que tipifican el ejercicio de derechos fundamentales. 7 Los descuidos y olvidos de la LOPSC.

1 Las ordenanzas de civismo en nuestro derecho

Uno de los problemas que se ha planteado con la aprobación de la nueva Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LOPSC), y que, sin embargo, ha pasado prácticamente desapercibido hasta ahora es el de su relación con el régimen sancionador de las ordenanzas de convivencia. Y ello por cuanto un elevado número de municipios españoles ha ido aprobando en los últimos quince años ordenanzas para regular las relaciones de convivencia entre sus ciudadanos, y en todas ellas se han tipificado infracciones y sanciones administrativas bajo el amparo legal del título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante, LRBRL)². La doctrina ha estudiado estas ordenanzas³, que traen causa de las antiguas ordenanzas municipales de policía y

² Vid., por todos, REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M., y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Título XI. Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias", Rebollo Puig, M. (dir.), e Izquierdo Carrasco, M. (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 3733-3752; y VELASCO CABALLERO, F., y Díez Sastre, S., "Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora", *Cuadernos de Derecho Local*, n. 5, 2004, pp. 60-62.

³ Vid., destacadamente, los trabajos de PEMÁN GAVÍN, J., "Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 305, 2007,

buen gobierno, y, en general, las ha aceptado con benevolencia y sin ponerles casi reparos⁴. Y lo mismo ha hecho la jurisprudencia hasta el momento. Pero lo cierto es que prácticamente todas ellas han tipificado muchísimas infracciones y sanciones en esta materia –de la convivencia de los ciudadanos– que está íntimamente relacionada con la seguridad pública y ciudadana, y lo han hecho la mayoría de las veces fuera de orden y medida o, dicho vulgarmente, sin ton ni son.

La ordenanza de referencia en este sentido y que ha servido de modelo a todas las demás es la de Barcelona, aunque antes ya se habían aprobado algunas –como la de Valladolid de 2004⁵–. Pero ha sido después cuando se ha producido la avalancha y muchos municipios –grandes y no tan grandes– se han decidido a aprobarlas: entre otros, A Coruña, Albacete, Algeciras, Almagro, Ávila, Badajoz, Benalmádena, Bilbao, Cáceres, Castellón, Ceuta, Ciudad Real, Cuenca, El Puerto de Santa María, Fuengirola, Gandía, Gijón, Gerona, Granada, Guadalajara, Huesca, Jerez de la Frontera, Las Palmas de Gran Canaria, León, Lérida, Málaga, Marbella, Melilla, Mérida, Oviedo, Palencia, Pamplona, Priego de Córdoba, Salamanca, Santander, Santa Cruz de Tenerife, Segovia, Sevilla, Talavera de la Reina, Tarragona, Teruel, Toledo, Vigo, Zamora o Zaragoza⁶.

En todos estos municipios, sus ayuntamientos han adoptado dichas ordenanzas con el objetivo principal, como explica la exposición de motivos de la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona de 23 de diciembre de 2005, “de preservar el espacio público como un lugar de convivencia y civismo, en el que todas las personas puedan desarrollar en libertad sus actividades de libre circulación, de ocio, de encuentro y de recreo, con pleno respeto a la dignidad y a los derechos de los demás y a la pluralidad de expresiones y de formas de vida diversas”. Para lograr tal objetivo, las ordenanzas han establecido las normas generales de conducta que han de ser observadas por los ciudadanos en el espacio público⁷. Estas normas de conducta han sido formuladas normalmente en forma de prohibiciones y están divididas en cada texto legal por títulos y capítulos

pp. 9-55; y “La política de civismo en los Ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 36, 2010, pp. 11-51.

⁴ En este sentido, *vid.* MERINO ESTRADA, V., “Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 300-301, 2006, pp. 485-510; y RUIZ-RICO RUIZ, C., “Las Ordenanzas Locales de Convivencia y su impacto constitucional a propósito de la STS de 14 de febrero de 2013”, *Actualidad Administrativa*, n. 1, 2014.

⁵ La estudia MERINO ESTRADA, V., “Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana”, *cit.*, pp. 495-504. La ordenanza de convivencia de 2004 fue reformada en 2012. La actualmente vigente es la ordenanza de protección del medio urbano de 2018, que ha derogado a la anterior.

⁶ De entre todos los que no lo han hecho, resulta llamativo que el municipio de Madrid no haya aprobado todavía su ordenanza de convivencia. Mantiene, por el contrario, vigente su antigua ordenanza de policía y gobierno de 1948. *Id.*, al respecto, IBÁÑEZ PICÓ, M., “Municipio y civismo. Las ordenanzas municipales como instrumento para la convivencia”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 307, 2008, p. 153.

⁷ PEMÁN GAVÍN, J., “Las Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, *cit.*, pp. 10-31, explica con detalle las circunstancias del entorno socio-jurídico que justificaron la proliferación de las ordenanzas de civismo, y señala (p. 10) que los problemas que han pretendido resolver son a veces muy antiguos, pero en otros casos están vinculados a las nuevas realidades y a los hábitos sociales del tiempo presente y son, por tanto, de aparición más reciente.

separados en función del bien jurídico protegido en cada caso⁸. De forma que, resumiendo y por seguir ahora la estructura de la ordenanza de Barcelona –que es la que se repite en la mayoría de ellas–, hay prohibiciones con muy pequeñas variantes sobre: a) atentados contra la dignidad de las personas; b) degradación visual del entorno urbano mediante pintadas, grafito, carteles, pancartas o folletos; c) apuestas en el espacio público; d) uso inadecuado del espacio público para juegos; e) mendicidad y ofrecimiento y demanda de servicios sexuales en espacios públicos; f) necesidades fisiológicas (defecar, orinar, escupir) en espacios públicos; g) consumo de bebidas alcohólicas en espacios públicos cuando pueda causar molestias o se utilicen latas o envases de cristal; h) comercio ambulante no autorizado de alimentos, bebidas y otros productos; i) actividades y prestación de servicios no autorizados, como tarot, videncia, masajes o tatuajes en espacios públicos; j) uso impropio de los espacios públicos (acampar en la calle, ducharse o bañarse en las fuentes, lavar la ropa en las fuentes, usar los bancos para usos distintos al destinado); k) actitudes vandálicas en el uso del mobiliario urbano; l) contaminación acústica; y m) práctica del nudismo o casi nudismo (ir en bañador o similar) en espacios públicos, salvo paseos marítimos o calles contiguas a la playa⁹.

Una vez prevén estas normas de conducta o prohibiciones, las ordenanzas, con el fundamento que les ofrecen los arts. 139 a 141 LRBRL¹⁰, han tipificado su incumplimiento como infracción administrativa leve, grave o muy grave, en función de los criterios de antijuridicidad que establece el artículo 140 LRBRL¹¹, y han sancionado su

⁸ Lo explican MERINO ESTRADA, V., "Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana", cit., pp. 498-502; y CASINO RUBIO, M., "Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia", *Istituzioni del federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, n. 4, 2011, pp. 745-747.

⁹ Hay, no obstante, un modelo normalizado de "ordenanza tipo de seguridad y convivencia ciudadana" que ha sido aprobado por la Federación Española de Municipios y Provincias, y que puede consultarse en su página web. Este modelo, además de incorporar las normas de conducta y el régimen sancionador que establece la ordenanza de Barcelona, ha añadido otras tantas sobre materias que la de Barcelona no trata (sobre animales, malos olores, uso del agua, establecimientos públicos, hogueras y fogatas, actuaciones musicales en la calle, etc.).

¹⁰ Artículo 139. Tipificación de infracciones y sanciones en determinadas materias. "Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes".

¹¹ Artículo 140. Clasificación de las infracciones.

1. "Las infracciones a las ordenanzas locales a que se refiere el artículo anterior se clasificarán en muy graves, graves y leves. Serán muy graves las infracciones que supongan:

a) Una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable o a la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en el capítulo IV de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana.
b) El impedimento del uso de un servicio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.
c) El impedimento o la grave y relevante obstrucción al normal funcionamiento de un servicio público.
d) Los actos de deterioro grave y relevante de equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio público.
e) El impedimento del uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.
f) Los actos de deterioro grave y relevante de espacios públicos o de cualquiera de sus instalaciones y elementos, sean muebles o inmuebles, no derivados de alteraciones de la seguridad ciudadana.

2. Las demás infracciones se clasificarán en graves y leves, de acuerdo con los siguientes criterios:

a) La intensidad de la perturbación ocasionada en la tranquilidad o en el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas o actividades.
b) La intensidad de la perturbación causada a la salubridad u ornato públicos.

comisión con multas de hasta 3.000 €¹². Ni que decir tiene que el número de conductas prohibidas por cada ordenanza suele ser muy elevado y que esto se ha traducido en un régimen de infracciones amplísimo, a veces para sancionar conductas aparentemente inocuas (arrancar una flor del parque o echar la siesta en un banco) y otras veces, sin embargo, estrechamente vinculadas con el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos (la libertad de empresa, la libertad de expresión o el derecho de propiedad). Luego insistiré en ello, pero adelanto ya que estas ordenanzas plantean problemas jurídicos de envergadura –entre ellos, su relación y compatibilidad con el régimen sancionador de la LOPSC– que, sin embargo, han pasado desapercibidos y no han sido estudiados como debieran. Por lo pronto, porque resulta que sus fines y los de la LOPSC son parcialmente coincidentes y se solapan, dado que la protección de la convivencia y la tranquilidad ciudadanas –que son los objetivos de las primeras–, por un lado, y la seguridad pública y ciudadana –que pretende garantizar la segunda–, por el otro, son manifestaciones de un mismo bien jurídico más general que es el orden público, que también engloba a la salud pública e, incluso, a la moralidad pública o buen decoro (protección de los animales, de la infancia y de la juventud, etc.). Y ello hasta el punto de que muchas veces ambas han tipificado los mismos ilícitos para proteger los mismos bienes jurídicos. Después insistiremos en ello.

Regap



ESTUDIOS

2 Nuestra tradición de criticar a todas las leyes de seguridad ciudadana

Frente a la buena voluntad con la que los autores han recibido a las ordenanzas de civismo, la LOPSC ha sido una de las leyes más criticadas de las que se han aprobado en España en las últimas décadas. Las críticas mordaces a la denominada “Ley mordaza” han sido innumerables y especialmente duras.

Sin embargo, esas feroces críticas se han visto apaciguadas o moderadas en los últimos meses por los hechos acaecidos¹³, pues, por un lado, la vigencia durante más de tres años de la LOPSC no ha supuesto el cataclismo democrático que se le imputaba¹⁴

c) La intensidad de la perturbación ocasionada en el uso de un servicio o de un espacio público por parte de las personas con derecho a utilizarlos.

d) La intensidad de la perturbación ocasionada en el normal funcionamiento de un servicio público.

e) La intensidad de los daños ocasionados a los equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio o de un espacio público”.

¹² El precepto que ofrece cobertura legal a las sanciones de multa es el artículo 141 LRRL.

Artículo 141. Límites de las sanciones económicas.

“Salvo previsión legal distinta, las multas por infracción de ordenanzas locales deberán respetar las siguientes cuantías:

Infracciones muy graves: hasta 3.000 euros.

Infracciones graves: hasta 1.500 euros.

Infracciones leves: hasta 750 euros”.

¹³ REBOLLO PUIG, M., “La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).

¹⁴ A este respecto, es importante afirmar que el número total de sanciones impuestas por la comisión de las infracciones previstas en la LOPSC durante los años 2016 y 2017, así como la cuantía recaudada, ha sido muy inferior a lo que los críticos de la LOPSC pronosticaban y no ha provocado, desde luego, el efecto desaliento del ejercicio de los derechos fundamentales –sobre todo, de libertad de expresión, reunión, manifestación y libertad de información– que esos sectores críticos vaticinaban. Estos datos pueden consultarse con sumo detalle en el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior de 2017 –que es el último publicado– que incluye tablas sobre las sanciones impuestas y su cuantía desglosadas por

y, por el otro, los dos recursos de inconstitucionalidad que se han interpuesto contra ella y que están pendientes de resolución son muy limitados, es decir, no afectan a la esencia de la LOPSC, sino solo a unos cuantos preceptos, de modo que, aunque esos recursos fuesen íntegramente estimados por el TC, la LOPSC permanecería incólume en la mayoría de sus aspectos¹⁵.

Pero, como explica REBOLLO PUIG¹⁶, no es solo que haya sido criticada la LOPSC actual, sino que todas las leyes españolas que han abordado esta materia han dado origen a campañas de desprestigio similares y a ataques muy fuertes. No hace falta que me refiera a las duras críticas que recibió la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de seguridad ciudadana (en adelante, LOPSC/92), la denominada “ley de la patada en la puerta”, que es como se la apodó, que aún están presentes en la memoria de todos. Y no me refiero tampoco a las críticas vertidas sobre la Ley de orden público de 1959, que fue considerada –con razón– una de las piezas centrales del régimen de represión franquista. Lo mismo sucedió con la Ley de defensa de la República de 1931 y con la Ley de orden público de 1933, que estuvo vigente durante una buena parte del régimen dictatorial posterior. De la Ley de 1933 dijo precisamente ROYO VILLANOVA¹⁷, por poner un ejemplo, que con ella “el ciudadano está entregado a la arbitrariedad de la autoridad administrativa”.

3 Sobre todo, las críticas existentes hacia la LOPSC de 2015 por el régimen sancionador tan amplio que ha previsto

Buena parte de las críticas que se han hecho a la LOPSC actual se han dirigido a su capítulo V, que es el dedicado al régimen sancionador. Estas críticas –que son muy variadas– pueden reconducirse, no obstante, a dos grandes grupos¹⁸. Por un lado, ha

tipos, por provincias y por CCAA. Baste con poner de ejemplo aquí lo que ha ocurrido con el tipo previsto en el artículo 36.2 LOPSC, que tipifica la infracción denominada “rodea el Congreso” y que, pese a la alarma social y política que generó, solo ha sido sancionada tres veces en 2017 (con una sanción media de unos 700 € en cada ocasión) y que no ha sido objeto de sanción alguna en todo el año 2016: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1203602/Anuario_estadistico_2017_126150729.pdf/9947dc22-782a-4c26-b15e-3aea87081331.

¹⁵ Señala sobre esto BILBAO UBILLOS, J.M., “La llamada Ley Mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana”, *Teoría y realidad constitucional*, UNED, n. 36, 2015, p. 226, que “se presentaron dos recursos de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la nueva LOPSC. El primero, fechado el 21 de mayo, promovido por más de 50 diputados de los grupos parlamentarios Socialista; La Izquierda Plural; UPyD; y Mixto (CC, Compromís-Q) del Congreso... El segundo, promovido por el Parlamento de Cataluña (con los únicos votos en contra del PP), fue admitido a trámite el 27 de julio. Sin entrar a juzgar ahora la solidez de los motivos alegados por los recurrentes, lo que se constata a primera vista es un cierto desfase entre la contundencia con que se critica y condena la nueva regulación en el plano político y el reducido número de preceptos impugnados (8 en el caso del recurso formulado por los diputados de la oposición y 9 en el del Parlament, sólo en parte coincidentes)”.

Según consta en el BOE de 16 de junio de 2015, el primer recurso de inconstitucionalidad n. 2896-2015 se interpuso contra los artículos 19.2, 20.2, 36.2, 36.23, 37.1 en relación con el 30.3, 37.3, 37.7 y la disposición final primera de la LOPSC. Por su parte, el segundo recurso de inconstitucionalidad n. 3848-2015 se interpuso contra los artículos 20; 35.1; 36.1, 2, 8, 22 y 23; 37.7 y la disposición final primera de la LOPSC (BOE de 25 de julio de 2015).

¹⁶ REBOLLO PUIG, M., “La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana”, cit. (en prensa).

¹⁷ Vid. BALLBÉ I PRUNÉS, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Universidad, 1984, pp. 359 y ss., para quien, en efecto, “esta ley completaba las bases de un Estado autoritario”.

¹⁸ REBOLLO PUIG, M., “La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana”, cit. (en prensa).

habido muchas críticas al simple hecho de la existencia de un derecho administrativo sancionador tan extenso en materia de seguridad ciudadana que se ha construido en parte en la LOPSC a base de suprimir las faltas de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (en adelante CP). Por otro lado, se ha criticado el régimen sancionador concreto que ha previsto la LOPSC y los tipos específicos de infracciones y sanciones que están previstas en ella.

Con relación a lo primero, coincido con esas críticas. Los penalistas y constitucionalistas –que son los que más han estudiado esto– han aludido a la codicia del derecho administrativo sancionador de la seguridad ciudadana. Porque el legislador, según dicen, se ha hartado de tipificar infracciones en la LOPSC¹⁹. Desde luego, si se la compara con la anterior, la actual tipifica muchísimas más infracciones que ella para proteger bienes jurídicos que no eran tutelados –ni siquiera nombrados– por la LOPSC/92 –por ejemplo, la convivencia ciudadana, el normal funcionamiento de las instituciones, la protección en general de las personas y los bienes, la pacífica utilización de las calles, la prevención de delitos e infracciones administrativas, la normalidad en la prestación de los servicios básicos esenciales o la tranquilidad ciudadana–. La LOPSC/92 era poco represiva si se la compara con la actual. Por eso, me atrevo a afirmar que la LOPSC de 2015 ha contribuido en gran medida a mejorar la imagen de la LOPSC/92²⁰, que fue muy criticada en su momento²¹.

Muy conectado con esas críticas está el principio de intervención mínima o *ultima ratio* del derecho penal, que en nuestro ordenamiento jurídico todos vienen aceptando como un bien común. Ni que decir tiene que también comparto las bondades de la intervención mínima, pero, en contra de lo que sostiene en general la doctrina penalista española, este principio no puede suponer que se reduzca sistemáticamente el contenido del derecho penal a costa de ampliar sin medida el derecho administrativo sancionador²², que es precisamente lo que –según el propio legislador explicaba en los preámbulos de sus leyes– ha inspirado en buena parte la última reforma del CP y la aprobación de la actual LOPSC. Invocando ese principio se suprimieron todas las faltas del CP –también las relativas al orden público y los intereses generales– y buena parte de ellas se convirtieron en nuevas infracciones administrativas de la

¹⁹ Vid. PRESNO LINERA, M., "La expansión del derecho administrativo sancionador securitario: Análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana", Cuerva Arnau, M.L., y García Amado, J.A. (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 49, se refiere a "la expansión codiciosa del Derecho administrativo sancionador"; y en "El primer Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 34, 2014, pp. 283-286, alude a un "incremento injustificado de infracciones y sanciones" en el anteproyecto de la LOPSC. Vid., también, ALONSO RIMO, A., "El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la seguridad (¿ciudadana?): Análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación", *Revista General de Derecho Penal*, n. 21, 2014, p. 15.

²⁰ Se refiere a ello MORILLAS CUEVA, L., "Reflexiones críticas sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana", Abogacía Española. Consejo General, <http://www.abogacia.es/2014/03/27/reflexiones-criticas-sobre-el-anteproyecto-de-ley-organica-de-seguridad-ciudadana>, p. 2.

²¹ BARCELONA LLOP, J., "Las infracciones y sanciones administrativas en la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Algunos aspectos problemáticos", *Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Trotta, Madrid, 1993, p. 176, resalta el marcado componente represivo del régimen sancionador de la LOPSC/92.

²² Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública*, n. 195, 2014.

LOPSC²³. Pues bien, esto –que viene ocurriendo de un tiempo a esta parte en prácticamente todos los sectores de intervención administrativa y que no es exclusivo de la seguridad ciudadana, aunque los penalistas solo lo hayan criticado curiosamente en este ámbito– no puede decirse que sea expresión o consecuencia del principio de intervención mínima, sino todo lo contrario, puesto que lo que supone más bien es esconder la represión –y no hacerla mínima– debajo del velo del derecho administrativo sancionador.

4 La ausencia de críticas a las ordenanzas de convivencia pese al amplísimo régimen sancionador que han establecido

La doctrina –sobre todo, penalistas y constitucionalistas–, como digo, ha criticado y con razón la enorme extensión que tiene el derecho administrativo sancionador en la LOPSC²⁴. Lo que, sin embargo, me ha resultado muy extraño es que esas críticas demoledoras se hayan hecho exclusivamente con relación a las infracciones y sanciones de la LOPSC, pero no respecto del régimen sancionador de las ordenanzas de convivencia ciudadana que se han ido aprobando.

Si atendemos a la estructura prevista por las ordenanzas, la lista de conductas prohibidas que incluyen es ciertamente muy larga y, de hecho, en sus formulaciones más detalladas, comprende varios centenares de prohibiciones. Como explica CASINO RUBIO²⁵, en algunos casos esas prohibiciones son tan extravagantes como tumbarse en el césped o en un banco; regar las plantas de los balcones; subirse a los árboles; dar de comer a las palomas en el parque; arrancar flores; cambiar los muebles de lugar o hacer reparaciones domésticas durante la hora de la siesta o por la noche; tocar el piano o el trombón en casa; lavar el coche en la vía pública; dar un portazo o un grito o correr por el pasillo; escupir y arrojar cualquier clase de desperdicio al suelo; jugar a la pelota o con un avión de aeromodelismo, o circular con monopatín; o, en fin, también, caminar en bikini o sin camiseta, o sacudir la ropa o las zapatillas

²³ En concreto, se han transformado en infracciones administrativas de la LOPSC y han desaparecido como faltas del CP las siguientes: La falta de perturbación leve del orden en actos públicos que preveía el antiguo art. 633 CP, que se ha convertido en la infracción grave del art. 36.1 LOPSC; la falta de uso público e indebido de uniforme, traje, insignia o condecoración oficial del antiguo art. 637 CP, que se ha transformado en la infracción grave del art. 36.14 LOPSC; la falta de abandono de jeringuillas del antiguo art. 630 CP, que ha pasado a ser la infracción grave del art. 36.16 LOPSC (aunque ya estaba prevista en la LOPSC/92); la falta consistente en faltar al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes o en desobedecerlos levemente que estaba tipificada en el art. 634 CP y que se ha convertido en la infracción leve del art. 37.4 LOPSC y en la infracción grave del art. 36.6 LOPSC (si bien esta última también estaba regulada en la LOPSC/92); la falta de deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado del anterior art. 626 CP, que se ha convertido en la infracción leve del art. 37.13 LOPSC; y las falta consistentes en dejar sueltos animales feroces o dañinos y la de abandono de animales domésticos cuando pueda peligrar su vida tipificadas en el antiguo art. 631.1 y 2 CP, que se han transformado en las infracciones leves del actual art. 37.16 LOPSC. *Vid.*, sobre todo esto, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menos y muchas infracciones más", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 191, abril-junio 2018, pp. 107-148.

²⁴ Recientemente también la ha criticado por los mismos motivos CASINO RUBIO, M., "La moderna Ley Orgánica 4/2015, de Seguridad Ciudadana, y sus debilidades sancionadoras", Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).

²⁵ CASINO RUBIO, M., "Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia", cit., p. 748.

por la ventana. Naturalmente, junto a estas prohibiciones las hay también, y en buen número, además, que son mucho menos discutibles, al menos materialmente.

En cualquier caso, todas ellas están respaldadas luego por el correspondiente régimen sancionador que las tipifica como infracciones castigadas con multas que pueden llegar hasta los 3.000 € según su gravedad. A poco que se observe –dice CASINO– podrá verse enseguida que el repertorio de ilícitos es efectivamente amplio y comprende comportamientos tan cotidianos, y hasta en ocasiones puramente reflejos, que no hay ciudadano, por escrupuloso que sea, capaz de no tropezar con alguno de ellos. De modo que nadie después de leer este tipo de ordenanzas pueda estar seguro de no cometer alguna infracción y, llegado el caso, de no ser sancionado por ello²⁶.

Ante tantas infracciones aprobadas por ordenanza, llama poderosamente la atención que la mayoría de los autores las hayan acogido con tanta simpatía –salvo excepciones puntuales como la de CASINO– y que los tribunales las hayan aceptado en sus sentencias prácticamente sin hacer ningún reparo. Y la sorpresa aumenta cuando uno comprueba que a la LOPSC se la ha criticado ferozmente –también el CGPJ y el Consejo Fiscal en sus informes al anteproyecto– por prever muchas veces las mismas infracciones reguladas en las ordenanzas (beber alcohol en las calles, ofrecer o demandar servicios sexuales retribuidos en la vía pública, consumo o tenencia de drogas en lugares públicos, acampar en las calles, causar daños en los espacios públicos, exhibir objetos peligrosos, venta ambulante no autorizada, obstrucción a los controles e inspecciones de los agentes de la autoridad, maltrato animal, animales peligrosos, obstaculizar la prestación de servicios públicos, etc.) que, sin embargo, allí no han recibido reproche alguno.

5 Las semejanzas entre las infracciones de la LOPSC y de las ordenanzas de convivencia

El número de infracciones previstas en la LOPSC es ciertamente elevado. En concreto, tipifica unas cincuenta infracciones. De esas cincuenta, unas veinte ya estaban en la LOPSC/92, por lo que hay unas treinta infracciones nuevas. De esas nuevas, unas cinco provienen de antiguas faltas²⁷, así que “nuevas, nuevas” hay unas veinticinco infracciones. Es mucho si tenemos en cuenta que la LOPSC/92 tipificaba unas veintinueve infracciones en total.

Para que nos hagamos una idea, la LOPSC en los artículos 35, 36 y 37 ha tipificado infracciones administrativas –muy graves, graves y leves, respectivamente– en ámbitos tan variados como estos: sobre manifestaciones ilegales (art. 35.1, art. 36.7, art. 37.1); intrusión en infraestructuras críticas o en las que se prestan servicios básicos para la comunidad (art. 35.1, art. 36.9); fabricación, comercio o utilización ilegales

²⁶ CASINO RUBIO, M., “Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia”, cit., p. 749.

²⁷ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., “Seguridad ciudadana, descriminalización y garantías”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).

de armas (art. 35.2, art. 36.12); celebración de espectáculos públicos ilegales (art. 35.3); proyección de haces de luz sobre conductores de medios de transporte (art. 35.4 y art. 37.6); perturbación del orden en actos públicos (art. 36.1), manifestaciones frente a las sedes del Congreso y Senado cuando perturben gravemente la seguridad ciudadana (art. 36.2); desorden en las vías públicas (art. 36.3); actos de obstrucción que pretendan impedir a las autoridades o funcionarios el ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus resoluciones administrativas o judiciales (art. 36.4); obstaculizar el funcionamiento de los servicios de emergencia (art. 36.5); desobediencia o resistencia a la autoridad o sus agentes (art. 36.6); portar armas prohibidas o de forma negligente o temeraria (art. 36.10); solicitar o aceptar servicios sexuales retribuidos en lugares públicos que usen menores o donde se pueda producir un accidente de tráfico (art. 36.11)²⁸; negativa de acceso u obstrucción deliberada de las inspecciones o controles reglamentarios previstos por la ley en fábricas, locales, bares, hoteles... (art. 36.13); uso público e indebido de uniformes oficiales o de cuerpos policiales o de servicios de emergencia que pueda generar engaño (art. 36.14); incumplimiento del deber de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la averiguación de delitos o prevención de acciones peligrosas impuesto a determinadas personas (art. 36.15); consumo o tenencia ilícita de drogas en lugares o transportes públicos (art. 36.16); abandono de jeringuillas (art. 36.16); traslado de personas en vehículos para facilitarles el acceso a drogas (art. 36.17); plantación y cultivo ilegal de drogas en lugares visibles al público (art. 36.18); tolerancia en el consumo ilegal o tráfico de drogas en locales o falta de diligencia en orden a impedirlo (art. 36.19); carencia o irregularidades de registros obligatorios previstos en la ley (art. 36.20, art. 37.9); alegar datos falsos para obtener el DNI (art. 36.21); incumplir restricciones a la navegación impuestas a barcos y aviones ligeros (art. 36.22); uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de las autoridades y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando pueda implicar un peligro para su seguridad (art. 36.23)²⁹; exhibir objetos peligrosos con ánimo intimidatorio (art. 37.2); incumplir las restricciones de circulación peatonal impuestas en virtud de actos públicos o manifestaciones cuando provoquen alteraciones menores en su desarrollo (art. 37.3); falta de respeto y consideración a miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 37.4); realizar o incitar a la realización de actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual o realizar actos de exhibicionismo (art. 37.5); ocupar bienes inmuebles privados vacíos que no sean domicilio en contra de la voluntad de su titular (art. 37.7)³⁰; ocupar las calles vulnerando la ley o las decisiones de la autoridad, incluyendo la ocupación para la venta ambulante no autorizada (art. 37.7); irregularidades

²⁸ Vid. FERNÁNDEZ LE GAL, A., "La respuesta sancionadora del Estado frente a la prostitución", Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).

²⁹ Vid. MARTÍN FERNÁNDEZ, C., "El uso no autorizado de imágenes de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).

³⁰ Vid. PIZARRO NEVADO, R., "La tutela sancionadora del patrimonio privado inmobiliario en la LOPSC", Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).

en la documentación de armas y explosivos (art. 37.8); no obtener el DNI (art. 37.10); no denunciar su pérdida o sustracción (art. 37.10); perder el DNI tres veces o más en un año (art. 37.11); negativa a entregar el DNI cuando proceda (art. 37.12); daños o deslucimiento de bienes muebles e inmuebles de uso o servicio público o de bienes privados que estén en la vía pública (art. 37.13); escalar edificios o monumentos sin autorización cuando cause un peligro para la seguridad de personas o bienes (art. 37.14); remoción de vallas colocadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 37.15); dejar sueltos animales feroces o dañinos (art. 37.16); abandonar animales domésticos en condiciones en que pueda peligrar su vida (art. 37.16); beber alcohol en lugares o transportes públicos cuando se perturbe gravemente la tranquilidad ciudadana (art. 37.17)³¹.

Para esas infracciones, la LOPSC ha regulado sanciones de multa y otras accesorias en el artículo 39 (clausura temporal de establecimientos, suspensión temporal de licencias, comiso de bienes, retirada de armas). Respecto a las multas, las cuantías previstas en la LOPSC no han variado mucho en relación con las fijadas en la LOPSC/92. No se han mantenido intactas, pero tampoco se ha incrementado su importe de forma sustancial, teniendo en cuenta los 23 años transcurridos³².

Por su parte, las ordenanzas de convivencia también han tipificado infracciones en ámbitos variadísimos. De hecho, se ha insistido en su naturaleza claramente transversal³³, por cuanto “afectan a un buen número de competencias locales y atraviesan gran parte de la estructura de responsabilidades políticas y del sistema administrativo municipal”³⁴. La de Barcelona, por ejemplo –cuya estructura han copiado luego otras muchas–, ha tipificado infracciones sobre: toda conducta de menosprecio a la dignidad de las personas (art. 16.1 y art. 17.1); cualquier comportamiento discriminatorio (art. 16.1 y art. 17.1); en especial, las mismas conductas anteriores cuando se dirijan contra personas mayores, menores y personas con discapacidades (art. 16.2 y art. 17.1); las actitudes de acoso, agresión o asedio a menores en el espacio público (art. 16.3 y 4 y art. 17.2); realizar todo tipo de grafito, pintada, mancha, garabato, escrito, inscripción o grafismo, con cualquier materia (tinta, pintura, materia orgánica, etc.) o bien rayando la superficie sobre cualquier elemento del espacio público (arts. 20 y 21); colocar carteles y pancartas en cualquier espacio público; rasgar, arrancar y tirar al espacio público carteles, anuncios, pancartas y similares; colocar publicidad sobre la parte exterior de los cristales de los vehículos; esparcir y tirar toda clase de folletos o papeles de publicidad comercial en la vía pública (arts. 23 y 24); ofrecer juegos que impliquen apuestas con dinero o bienes en el espacio público (art. 27 y 28); practicar juegos de pelota, monopatín o similares en el espacio público y competiciones deportivas masivas y espontáneas que perturben los legítimos derechos

³¹ *Vid.*, sobre todo esto, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menos y muchas infracciones más”, cit., pp. 130-140.

³² *Vid.* ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menos y muchas infracciones más”, cit., pp. 142-144.

³³ PEMÁN GAVÍN, J., “Las Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, cit., p. 31.

³⁴ Así lo subraya la exposición de motivos de la ordenanza de civismo de Barcelona.

de los vecinos y vecinas; prácticas de acrobacias y juegos de habilidad con bicicletas, patines o monopatines (art. 31 y 32); las formas de mendicidad coactivas o de acoso o bajo formas organizadas o que obstaculicen intencionadamente el libre tránsito de los ciudadanos en los espacios públicos o que se realicen con menores o discapacitados; ofrecer cualquier bien o servicio a personas que se encuentren en el interior de vehículos privados o públicos, incluidos los servicios de limpieza de parabrisas de automóviles (art. 35 y 36); ofrecer o aceptar prestar servicios sexuales retribuidos en el espacio público, en especial cuando se haga cerca de colegios; solicitar, demandar y negociar servicios sexuales retribuidos en el espacio público por parte de los clientes potenciales; mantener relaciones sexuales mediante retribución en el espacio público (art. 39 y 40); hacer necesidades fisiológicas como defecar, orinar o escupir en los espacios públicos, en especial cuando se realice en espacios de concurrencia afluída o frecuentados por menores o en monumentos o edificios catalogados o protegidos (art. 43 y 44); consumir bebidas alcohólicas en los espacios públicos cuando pueda causar molestias a las personas que utilizan el espacio público y a los vecinos, y cuando se haga en envases de cristal o de lata, y, especialmente cuando pueda alterar gravemente la convivencia ciudadana; tirar al suelo o depositar en la vía pública latas, botellas, vasos o cualquier otro objeto (art. 46 y 47); la venta ambulante no autorizada en el espacio público de bebidas, alimentos y otros productos; colaborar en el espacio público con los vendedores ambulantes no autorizados con acciones como facilitar el género o vigilar y alertar sobre la presencia de los agentes de la autoridad; comprar o adquirir en el espacio público alimentos, bebidas y otros productos procedentes de la venta ambulante no autorizada (art. 50 y 51); realizar actividades y prestar servicios no autorizados en el espacio público, como tarot, videncia, masajes o tatuajes; colaborar en el espacio público con quien realiza esas actividades o servicios con acciones como vigilar y alertar sobre la presencia de agentes de la autoridad; demandar, usar o consumir esas actividades o servicios (art. 54 y 55); los usos impropios de los espacios públicos, entre otros, acampar en las vías y espacios públicos, por ejemplo, en tiendas de campaña, vehículos, autocaravanas o caravanas; dormir de día o de noche en tales espacios; utilizar bancos para usos distintos de los destinados; lavarse o bañarse en fuentes o estanques; lavar la ropa en fuentes, estanques, duchas o similares (art. 58 y 59); conductas vandálicas, agresivas o negligentes en el uso del mobiliario urbano; destrozos de los espacios públicos (art. 62 y 63); bañarse en espigones y zonas no permitidas; utilizar jabón en las duchas públicas de las playas (art. 66 y 67); perturbar el descanso y la tranquilidad de los vecinos mediante el funcionamiento de aparatos de televisión, radios, musicales u otros aparatos sonoros, cantos, gritos, peleas o cualquier otro acto molesto (art. 71 y 72); ir desnudo o casi desnudo por los espacios públicos; transitar o estar en los espacios públicos sólo en bañador u otra prenda similar, excepto en piscinas, playas, paseos marítimos y vías inmediatamente contiguas a las playas (art. 74 bis y 74 ter); la negativa o la resistencia a las tareas de inspección o control del Ayuntamiento en los ámbitos de la convivencia ciudadana; la negativa o la resistencia a suministrar datos o facilitar la información requerida por los funcionarios actuantes en cumplimiento

de sus funciones; suministrar a los funcionarios información o documentación falsa; e incumplir las órdenes o requerimientos específicos formulados por las autoridades municipales o sus agentes (art. 79).

Además de todas estas, otras ordenanzas de convivencia también han tipificado infracciones en ámbitos diferentes. La de Granada de 2009 lo hace, por ejemplo, en materia de armas (el art. 24.1 tipifica portar armas en la vía pública), animales domésticos (el art. 72.2 tipifica como infracción abandonar animales muertos o limpiar a los animales en la vía pública), contaminación atmosférica, contaminación lumínica y animales peligrosos. La de Las Palmas de Gran Canaria tipifica infracciones sobre ruidos en la vía pública. La ordenanza de Málaga de 2013, la de Sevilla de 2008, la de Teruel de 2011 y la de Oviedo de 2010 lo hacen en general sobre animales; las de Mérida de 2004 y Sevilla sobre fuegos y actividades pirotécnicas en la vía pública; la de Palma de Mallorca de 2011 sobre consumo de drogas en las vías y establecimientos públicos (art. 15). Y la de Salamanca de 2008 sanciona a quien impida u obstaculice el normal funcionamiento de los servicios públicos (art. 22), así como el consumo y tenencia de drogas en lugares públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares (art. 22).

Para estas infracciones locales, las ordenanzas prevén sanciones de multa que deben respetar las cuantías del artículo 141 LRBRL (hasta 750 euros las infracciones leves, hasta 1.500 euros las infracciones graves y hasta 3.000 euros las infracciones muy graves). Pero, además, también han establecido la posibilidad de imponer otras medidas correctoras en sustitución de la sanción de multa –en principio, sin la cobertura legal que le proporciona a la multa el título XI LRBRL–, entre otras, la asistencia a sesiones formativas o los trabajos en beneficio de la comunidad³⁵. Lo hacen, por ejemplo, la ordenanza de Barcelona en los artículos 84 y 93³⁶, la ordenanza de Zamora

Regap



ESTUDIOS

³⁵ Dice TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., "Las ordenanzas cívicas: especial referencia a la Ordenanza de convivencia ciudadana de Barcelona", *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 545-546, que esto lo ha hecho la ordenanza de Barcelona sin la cobertura legal necesaria. En la misma línea, VELASCO CABALLERO, F., y Díez SASTRE, S., "Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora", cit., p. 62, dicen que en el art. 141 LRBRL solo están previstas multas pecuniarias. Así que las ordenanzas municipales no pueden establecer –a menos que otra ley así lo disponga– otras clases de sanciones, como de revocación o suspensión temporal de una licencia o actividad". Igualmente, LASAGABASTER HERRARTE, I., "La potestad sancionadora local en la Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 68, 2004, p. 17. Vid., también, MELERO ALONSO, E., "Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es Derecho administrativo del enemigo", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 6, 2016, p. 16. Lo mismo opina RODRÍGUEZ ALONSO, C., "La indeterminación competencial y la potestad sancionadora de los entes locales como presupuesto fallido para la sustitución de las sanciones administrativas por trabajos en beneficio de la comunidad", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 6, 2016, pp. 103-104; "aunque pueda parecer, a simple vista, que se trata de una medida de las entidades locales que busca la garantía y la facilidad de oportunidades en los ciudadanos, no podemos dejar atrás el razonamiento defendido y la vulneración de principios básicos y estructurales de nuestro ordenamiento como es el principio de legalidad, base de nuestro constitucionalismo".

³⁶ La STS de 18 de julio de 2011, recurso de casación n. 224/2010, RJ/2011/6637, declara que los trabajos en beneficio de la comunidad, no así las demás medidas del art. 84.2 de la ordenanza de Barcelona, sí encuentran cobertura legal en la Ley de responsabilidad del menor. En concreto, la Sala III confirma la sentencia de instancia que declaraba que "tan sólo los trabajos en beneficio de la comunidad, previstos en el Código Penal como una pena privativa de derechos, y en la Ley que regula la responsabilidad de los menores como una de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores, puede admitirse como medida correctora que sustituya a la sanción pecuniaria, siempre que conste el consentimiento del menor, y se motive adecuadamente por qué se aplica, la medida y el plazo de duración de la misma, que no podrá exceder, en ningún caso, de los límites previstos en las leyes citadas, y no el elenco que se menciona en el artículo 84.2 de la Ordenanza (asistencia a reuniones formativas, otro tipo de actividades de carácter cívico), que carece de cobertura legal. También carece de la necesaria cobertura legal la previsión, contenida en el artículo 93.3 de la Ordenanza, de imponer con carácter obligatorio las medidas alternativas a la sanción, con excepción de los trabajos en beneficio de la comunidad". Igualmente,

en el artículo 60³⁷, la ordenanza de El Puerto de Santa María de 2012 en el artículo 56, la de Málaga de 2013 en el artículo 51, la ordenanza de Palma de Mallorca en el artículo 22, la de Segovia en el artículo 46 y la ordenanza de Oviedo en el artículo 30.

Con todo, el régimen sancionador de las ordenanzas no termina aquí, porque, por si fuera poco, han regulado, además –en ocasiones, sin el necesario amparo legal ni del título XI de la LRBRL ni de la legislación sectorial, como de hecho ha declarado la jurisprudencia–, otras cuestiones sancionadoras relevantes. Aquí haré referencia a dos de ellas.

En primer lugar, un nutrido grupo de ordenanzas ha previsto la responsabilidad sancionadora solidaria de los padres o tutores por las infracciones cometidas por los menores de edad que dependan de ellos³⁸. Pero la mayoría de esos preceptos han sido anulados por vulnerar o la reserva de ley o el principio de personalidad de las sanciones (art. 84.4 de la ordenanza de Barcelona³⁹, art. 40.4 de la ordenanza de Segovia de 2011, art. 36.5 de la ordenanza de Albacete⁴⁰, art. 46.1 de la ordenanza de Zamora⁴¹, arts. 14.4 y 38.4 de la ordenanza de Alcalá de Henares de 2010⁴² y art. 124 de la ordenanza de Bilbao de 2010⁴³, entre otros. Por su parte, el art. 35.3 de la ordenanza de Granada prevé su responsabilidad subsidiaria).

En segundo término, algunas ordenanzas han establecido provisiones sobre las medidas provisionales que pueden acordarse en el procedimiento sancionador de dudosa legalidad. Por ejemplo, el artículo 83.3 de la ordenanza de Barcelona prevé la imposición, como medida cautelar, del pago inmediato de la sanción antes de la resolución del procedimiento sancionador cuando la persona infractora no resida en el municipio⁴⁴, lo que me parece que, como poco, vulnera el derecho a la presunción de inocencia del acusado y no residente.

STS de 25 octubre 2011, RJ\2012\1548. *Vid.*, al respecto, GARCÍA GARCÍA, M.J., *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, CEMCI, Granada, 2014, pp. 125-170.

³⁷ En el mismo sentido de la sentencia anterior, la STSJ de Castilla y León, de 30 de enero de 2012, n. 134/2012, anula el art. 60 de la Ordenanza de Zamora que preveía la sustitución o reducción de la sanción de multa por la asistencia a sesiones formativas por vulnerar la reserva de ley.

³⁸ Lo critica por oponerse al principio de personalidad de las sanciones PEMÁN GAVÍN, J., “Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, cit., pp. 47-48: “hubiera sido por ello más acertado restringir la responsabilidad solidaria de los padres a las obligaciones de pago derivadas de la imposición de multas a los menores”.

³⁹ Lo declara nulo la STSJ de Cataluña, de 23 de noviembre de 2009, n. 1156/2009, recurso contencioso-administrativo n. 330/2006, por vulnerar la reserva de ley en materia sancionadora.

⁴⁰ Lo declara nulo la STSJ de Castilla La Mancha, de 1 de julio de 2014, n. 449/2014, por vulnerar la reserva de ley en materia sancionadora.

⁴¹ Lo declara nulo por vulnerar el principio de culpabilidad, la STSJ de Castilla y León, de 30 de enero de 2012, n. 134/2012.

⁴² Lo declara nulo la STSJ de Madrid, de 8 de marzo de 2012, n. 337/2012, por vulnerar el principio de personalidad de las sanciones.

⁴³ Sin embargo, la STSJ del País Vasco, de 27 de junio de 2012, n. 521/2012, declara que el precepto es conforme a derecho y no vulnera el principio de personalidad de las sanciones.

⁴⁴ Lo critica PEMÁN GAVÍN, J., “Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, cit., p. 49, porque “en realidad más que de una medida cautelar o provisional en sentido propio se trata de una ejecución anticipada de la sanción que se lleva a cabo (...) incluso antes de existir una resolución sancionadora como tal”. *Vid.*, sobre esto, la STSJ de Cataluña, de 23 de noviembre de 2009, n. 1156/2009, recurso contencioso-administrativo n. 330/2006.

6 Las garantías del derecho sancionador y su posible incumplimiento en la LOPSC y las ordenanzas de convivencia

Es verdad que el régimen sancionador de la LOPSC ha planteado problemas por posible vulneración de algunas de las garantías propias del derecho sancionador. Pero pasa lo mismo con el de las ordenanzas de convivencia, aunque prácticamente no hayan sido cuestionadas por ello, salvo alguna excepción⁴⁵. De hecho, creo –después de estudiar esto con detalle– que el régimen sancionador previsto en la LOPSC no es más represivo ni menos garantista que el de las ordenanzas de convivencia, todo lo contrario. Y, sin embargo, estas han pasado inadvertidas y no han recibido las críticas doctrinales y jurisprudenciales que claramente se merecían.

Con relación al régimen sancionador concreto de la LOPSC, prácticamente todo lo que se ha escrito sobre él han sido críticas muy duras. En mi opinión, no hay para tanto. Se ha afirmado sistemáticamente que es un derecho administrativo sancionador menos garantista y mucho más represivo que el anterior: que el de la LOPSC/92. No lo creo. Al revés, creo que la LOPSC actual ha regulado mejor que su antecesora muchos aspectos del régimen sancionador en esta materia, pero ahora no es el momento de entrar en ello⁴⁶.

Por el contrario, sí mereció muchas de las críticas que se le hicieron el anteproyecto de LOPSC que presentó el Gobierno. Pero el texto finalmente aprobado supo corregir, a partir de las propuestas de mejora que figuraban en los informes del CGPJ y del Consejo Fiscal y en el dictamen del Consejo de Estado, muchas de las debilidades del anteproyecto. En este sentido, puede decirse que el anteproyecto cometía tantos excesos e irregularidades que ha hecho hasta buena a la LOPSC finalmente aprobada.

¿Cuáles han sido las principales deficiencias que se le han imputado al régimen sancionador de la LOPSC? La vulneración, en algunos casos, de los principios de tipicidad de infracciones y sanciones, proporcionalidad de las sanciones y de la garantía *non bis in idem*⁴⁷. Analizaré estos problemas a continuación, pero no solo respecto de la LOPSC, sino también con relación a las ordenanzas de convivencia.

⁴⁵ TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., "Las ordenanzas cívicas: especial referencia a la Ordenanza de convivencia ciudadana de Barcelona", cit., pp. 546 y 554, sí alude en su trabajo en varias ocasiones a la mala o lamentable técnica jurídica con que se redactó la ordenanza de Barcelona que ha generado problemas con relación a varias garantías del derecho sancionador, como la reserva de ley, la tipicidad, el principio de personalidad de las sanciones, la imposición de sanciones de plano, el régimen de las medidas cautelares o la prohibición de la *reformatio in peius* (pp. 545-548).

⁴⁶ Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menos y muchas infracciones más", cit., pp. 137-144.

⁴⁷ En cualquier caso, hay más garantías de los ciudadanos que podrían verse afectadas, sobre todo, por la disminución de derechos que conlleva tramitar un procedimiento administrativo sancionador en lugar de un proceso penal, que es una de las consecuencias que ha tenido la conversión en infracciones administrativas de algunas de las antiguas faltas del CP. Tanto el Consejo de Estado como el CGPJ lo advirtieron en sus respectivos informes al anteproyecto y, de hecho, el Consejo de Estado lo criticó de una manera especialmente vigorosa.

6.1 La garantía *non bis in idem*

Con relación a la garantía *non bis in idem*, el principal problema que ha planteado la LOPSC, según la doctrina, es que muchas de sus normas sancionadoras se solapan o concurren con normas penales que tipifican delitos. Ocurre en materia de armas, de orden público, de drogas, de cumplimiento de servicios esenciales, etc. Lo demuestran los preceptos de la LOPSC que tipifican muchas conductas como infracción y añaden “siempre que no sean constitutivas de delito”. Hasta veinte veces lo repite la LOPSC. La supresión de las faltas ha empeorado esta situación que ya existía antes en materia de drogas o de armas, porque prácticamente todas las faltas que han desaparecido del CP se han transformado en dos ilícitos: en delito y en infracción administrativa según la mayor o menor gravedad de la conducta. Ha ocurrido con las faltas de perturbación del orden en acto público, de resistencia y desobediencia, de uso público e indebido de uniforme, de falta de respeto y consideración a miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de abandono de animales domésticos. Por eso, los concursos de normas punitivas (penal y administrativa sancionadora) serán constantes y la garantía *non bis in idem* sufrirá continuas amenazas⁴⁸.

Todo esto que decimos es verdad y resulta preocupante la pasividad e indiferencia que ha mostrado el legislador a la hora de definir los tipos de la LOPSC. Pero los mismos problemas pueden plantearse con relación a las ordenanzas de convivencia que también se refieren en no pocos casos a la posibilidad de que sus infracciones puedan ser constitutivas de infracción penal. Dice, por ejemplo, el artículo 17.1 de la ordenanza de Barcelona que la realización de las conductas descritas en el precepto anterior (toda conducta de menosprecio a la dignidad de las personas, cualquier comportamiento discriminatorio, las actitudes de acoso entre menores, etc.) tendrán la consideración de infracción grave “sin perjuicio de que los hechos sean constitutivos de infracción penal”. Y establece el artículo 79.2 que las infracciones que tipifica (conductas obstruccionistas a las tareas de control, investigación o sanción en los ámbitos de la convivencia y el civismo) lo serán “sin perjuicio de la legislación penal y sectorial”. Por su parte, establece el artículo 51.1 que las conductas descritas en el artículo precedente (sobre venta ambulante en el espacio público no autorizada) serán constitutivas de infracción “sin perjuicio de la legislación penal”. El artículo 55.1 prevé que la realización de actividades y prestación de servicios no autorizados en el espacio público, como el tarot, videncia, masajes o tatuajes, serán constitutivas de infracción leve “sin perjuicio de la legislación penal”. Según el artículo 63.1, las conductas vandálicas, agresivas o negligentes en el uso del mobiliario urbano son constitutivas de infracción muy grave “sin perjuicio de la legislación penal y de protección de la seguridad ciudadana”. Y afirma el artículo 63.2 que los actos de deterioro grave, como destrozos de los espacios públicos, son constitutivos de infracción grave “sin perjuicio de la legislación penal”. Ni que decir tiene que todos estos preceptos se van repitiendo en el articulado de las demás ordenanzas de

⁴⁸ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., “Seguridad ciudadana, descriminalización y garantías”, cit. (en prensa).

convivencia que también añaden *motu proprio* otros supuestos de concurrencia con la legislación penal diferentes.

Cuestión aparte, y que también es perfectamente posible, es la concurrencia de una norma sancionadora de la LOPSC y una norma sancionadora de una ordenanza de convivencia. En estos casos –y aunque la LOPSC haya guardado silencio–, prevalecerá siempre la estatal sobre la norma local en concurso. Aquí no procedería resolver en favor de la norma sancionadora especial o de la que, en su caso, prevea mayor sanción. Porque no se trata de simples relaciones de normas de un mismo ordenamiento, sino de relaciones entre distintos ordenamientos jurídicos. La norma tipificadora local nunca puede impedir la aplicación de la estatal, que es de preferente aplicación respecto a aquella. Por tanto, puede entenderse que todas las normas tipificadoras que contengan las ordenanzas son, en realidad, solo de aplicación subsidiaria: solo son aplicables si la conducta no está prevista y sancionada en una norma estatal o autonómica⁴⁹. Esta es la solución general que se desprende, además, para el caso específico de las ordenanzas de convivencia, del artículo 140.1 LRBRL cuando afirma que “serán muy graves las infracciones que supongan: a) una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas... o a la salubridad u ornato públicos, *siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en el capítulo IV de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana*”. Y lo mismo se infiere del artículo 140.1.f) LRBRL: “Serán muy graves las infracciones que supongan: f) Los actos de deterioro grave y relevante de espacios públicos o de cualquiera de sus instalaciones y elementos, sean muebles o inmuebles, *no derivados de alteraciones de la seguridad ciudadana*”.

Habría sido muy conveniente que las ordenanzas de convivencia lo hubiesen aclarado expresamente o que la propia LOPSC –que es posterior en el tiempo– lo hubiera hecho por ellas. También hubiera sido perfectamente posible que la LOPSC hubiese alterado para este sector concreto las reglas expuestas y optase por establecer normas sancionadoras supletorias, esto es, solo aplicables en defecto de las normas locales⁵⁰. Por ejemplo, que hubiera dispuesto que sus normas sobre infracciones por beber alcohol en las calles fuesen de aplicación solo a falta de regulación por ordenanza de esos mismos ilícitos. Pero, por no hacer, no ha hecho ni una cosa ni la otra.

6.2 La tipicidad de las infracciones y la reserva de ley y la culpabilidad en las sanciones

En cuanto a la garantía de la tipicidad de las infracciones y de la predeterminación normativa de las sanciones, se ha denunciado que muchos tipos de la LOPSC son demasiado amplios y tan indeterminados que no garantizan un mínimo de certeza y de

⁴⁹ Vid. con carácter general REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Título XI. Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias”, cit., pp. 3745-3748.

⁵⁰ Vid. en este sentido REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Título XI. Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias”, cit., p. 3749.

seguridad jurídica a los ciudadanos a la hora de prever cuáles de sus comportamientos podrán ser sancionados. Las críticas del CGPJ y del Consejo Fiscal a muchas de las infracciones previstas en el anteproyecto, precisamente, por vulnerar el principio de tipicidad fueron muy intensas⁵¹. En mi opinión, y a pesar de las fuertes críticas de los penalistas a este respecto⁵², el uso que hace la LOPSC de los conceptos jurídicos indeterminados para tipificar sus infracciones es moderado⁵³, y son muy escasas las infracciones previstas en el texto finalmente aprobado que pueden plantear este problema. Buen reflejo de ello es que el Consejo de Estado se mostró muy favorable con el anteproyecto en lo referente a la garantía de la tipicidad, y consideró que era adecuado y razonable el uso que hacía de conceptos jurídicos indeterminados a la hora de tipificar las infracciones⁵⁴.

En cuanto a las ordenanzas de convivencia, no he visto que su régimen sancionador haya recibido críticas por la posibilidad de vulnerar la garantía de tipicidad. De hecho, hay quien hasta las ha alabado por hacer justo lo contrario. Dice PEMÁN GAVÍN⁵⁵, cuando comenta la ordenanza de Barcelona, que “debe notarse que se pone especial cuidado en cumplir el mandato constitucional de tipicidad, precisando de modo exhaustivo las conductas que constituyen infracción administrativa y sus correspondientes sanciones”. Y después insiste: “Hay como veremos algunos temas en los que las opciones introducidas suscitan reparos y resultan cuestionables, pero por lo que se refiere al respeto del principio de tipicidad, el texto de la Ordenanza me parece impecable”. Bien es verdad que PEMÁN dice esto de la ordenanza de Barcelona cuando la compara con la tipificación de infracciones que hacían las

⁵¹ El CGPJ consideró que no satisfacían los principios de tipicidad y taxatividad las conductas típicas previstas en los actuales arts. 35.4 y 37.6, 36.2, 36.4, 36.5, 36.18, 36.23, 37.5 y 37.15 LOPSC. Por su parte, según el Consejo Fiscal, vulneraban la garantía de tipicidad las conductas previstas en los actuales art. 35.4, art. 37.5 y art. 37.7. Con relación a esta última del art. 37.7, informó que “están descritas en términos excesivamente amplios, no lo suficientemente precisos, concretos y taxativos como para colmar sin duda alguna las exigencias del principio de tipicidad”.

⁵² Vid. RIDAO MARTÍN, J., “Las actuales limitaciones sobre la participación política y la libertad de información en el espacio público en España. Una lectura constitucional de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 107, 2016, p. 217; BILBAO UBILLOS, J.M., “La llamada Ley Mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana”, cit., pp. 246-248; ALONSO RIMO, A., “El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la seguridad (¿ciudadana?): Análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación”, cit., p. 13; PRESNO LINERA, M. A., “La expansión del derecho administrativo sancionador securitario: Análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, cit., pp. 285; y BAUCCELLS I LLADÓS, J., “El nuevo ‘derecho sancionador autoritario’. Acerca de la constitucionalidad del Código Penal y la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 24, 2015, pp. 24-30.

⁵³ Lo cree también REBOLLO PUIG, M., “La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana”, cit. (en prensa).

⁵⁴ En la consideración general quinta, dice el dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de la LOPSC que “merece una consideración general la utilización por el prelegislador de conceptos jurídicos indeterminados, que se califican de vagos e imprecisos en varios de los informes que constan en antecedentes (...) El Consejo no comparte tales criterios. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados (...) no equivale a vaguedad e imprecisión (...) La razón jurídica no es una razón mecánica y, por ello, el legislador no puede prever detalladamente todas y cada una de las circunstancias del caso al que hay que aplicar la ley, especialmente en materia tan fluida como es el mantenimiento de la seguridad ciudadana. Por eso, es adecuado y razonable tanto el recurso a los conceptos jurídicos indeterminados, como a lo razonable de la interpretación de la norma y la valoración de los hechos en presencia. Ello no supone abrir la puerta a la arbitrariedad”.

⁵⁵ PEMÁN GAVÍN, J., “Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, cit., pp. 34-35.

antiguas ordenanzas de policía y buen gobierno (de Madrid de 1948 o de Valladolid de 1924), que eran mucho peores en este sentido, pero ni aun así se sostienen sus argumentos⁵⁶.

En mi opinión, hay muchos preceptos en las ordenanzas de convivencia que han tipificado infracciones a través de fórmulas vagas y amplísimas y haciendo un uso desmedido de los conceptos jurídicos indeterminados⁵⁷. De hecho, las pocas sentencias que las han cuestionado y han anulado algunos de sus artículos lo han hecho, precisamente, porque sus tipos infractores vulneraban el principio de tipicidad. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con la infracción consistente en ir *casi desnudo* por los espacios públicos de Barcelona o de Valladolid y con la de transitar o permanecer en los espacios públicos de Barcelona o Valladolid solamente con *una prenda de ropa similar al bañador*. Las cuatro han sido anuladas por las SSTs de 23 de marzo de 2015 (RJ\2015\2113) y de 9 de mayo de 2016 (RJ\2016\2588)⁵⁸, respectivamente, por vulnerar la garantía de tipicidad⁵⁹. En la misma línea, la STSJ de Castilla y León, de 23 de marzo de 2017, n. 349/2017, anula la expresión “parcialmente desnudo” del artículo 16.2.d) y 22.1.n) de la ordenanza de Salamanca por el mismo motivo. Por su parte, la

⁵⁶ Unos años después PEMÁN en “La política de civismo en los Ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica”, cit., pp. 38-41, sí reconoce que hay preceptos en las ordenanzas en los que queda vulnerado el principio de tipicidad; por ejemplo, en los arts. 23 y 24 de la derogada ordenanza de Valladolid de 2004, por cuanto se limitan a reproducir lo dispuesto en el art. 140.1 LRBRLL sin introducir más elementos de concreción (como declaró la STS) de Castilla y León, de 15 de diciembre de 2006, n. 2247/2006) y en el art. 103.4 de la ordenanza de civismo de Lleida, que tipifica como infracción grave “la falta de respeto y la insolidaridad hacia otras personas”. También, en el art. 103.6 de la ordenanza leridana que tipifica como infracción grave “alterar el orden público y el descanso vecinal”.

⁵⁷ También lo piensa TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “Las ordenanzas cívicas: especial referencia a la Ordenanza de convivencia ciudadana de Barcelona”, cit., pp. 546-547.

⁵⁸ Las analiza GONZÁLEZ BOTIJA, F., *Orden público y libertad (Vestimenta, comunicación comercial y audiovisual, ocio y banderas)*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 175-178.

⁵⁹ El art. 74 bis de la Ordenanza de convivencia ciudadana de Barcelona disponía que: 1. “Queda prohibido ir desnudo o desnuda o casi desnudo o casi desnuda por los espacios públicos, salvo autorizaciones para lugares públicos concretos, mediante Decreto de Alcaldía. 2. Asimismo, queda prohibido transitar o permanecer en los espacios públicos solo en bañador u otra prenda de ropa similar, excepto en las piscinas, las playas u otros lugares donde sea normal o habitual permanecer con esta prenda de ropa. La prohibición a la que se refiere este apartado no es de aplicación en los paseos marítimos, ni a las calles ni vías inmediatamente contiguas a las playas o en el resto del litoral”. Y el art. 74 ter añadía que “la realización de la conducta descrita en el primer apartado del artículo anterior será considerada infracción leve, y será sancionada con una multa de 300 a 500 euros” y “la descrita en el segundo apartado del artículo anterior será considerada infracción leve, y será sancionada con una multa de 120 a 300 euros”. Según la STS de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015, 2113), no respeta la exigencia de tipicidad la expresión “ir semidesnudo” o “en prenda similar a un bañador”. En concreto, la Sala declaró que el motivo de recurso debe prosperar en relación con las expresiones “casi desnudo” y “casi desnuda” del artículo 74.bis.1 de la ordenanza y “otra prenda de ropa similar” al bañador del artículo 74.bis.2, pues, en contra de lo afirmado en la sentencia de instancia, no resulta factible determinar con un mínimo grado de precisión las concretas características de las conductas que se sancionan. Y añadió: “hubiera sido necesario un mayor esfuerzo de la Corporación municipal para acotar este indeterminado concepto (“casi desnudo” o “casi desnuda”) y no dejar al aplicador del precepto tan extraordinario margen de apreciación en una materia que, desde luego, no puede afirmarse que se presente con indiscutible claridad”.

En el mismo sentido, la antigua Ordenanza de convivencia ciudadana de Valladolid –ya derogada– establecía que “ninguna persona podrá estar desnuda o semidesnuda en los espacios y vías de uso público, salvo que cuente con autorización expresa del Ayuntamiento o realice actividades formalmente amparadas en el ejercicio de derechos fundamentales. Asimismo, queda prohibido transitar o permanecer en los espacios públicos mencionados en bañador o en cualquier otra pieza de ropa similar, excepto en las piscinas, las playas o cualquier otro lugar en que sea normal o habitual estar con este tipo de ropa”. En otro precepto consideraba infracción sancionable el incumplimiento de esta prohibición. La sentencia de instancia anuló el inciso “o en cualquier otra pieza de ropa similar”. Por su parte, la STS de 9 de mayo de 2016 (n. 1013, RJ 2588) razona que la prohibición no vulnera los arts. 14 y 16 CE y tampoco el principio de proporcionalidad, pero entiende que vulnera el art. 25.1 CE, además de la expresión “cualquier otra pieza similar” al bañador, ya anulada, la de “semidesnuda”. Admite, desde luego, conforme a jurisprudencia ya consolidada, que se tipifiquen infracciones mediante conceptos jurídicos indeterminados, pero solo cuando “su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de manera que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas prohibidas”. En este caso, el TS considera que no se dan esas condiciones.

STSJ de Castilla-La Mancha, de 1 de septiembre de 2014, n. 494/2014, anuló el artículo 9.3, párrafo primero, de la ordenanza de Almagro que tipificaba como infracción “la emisión de cualquier ruido doméstico que, por su volumen exceda de los límites que exige la tranquilidad pública o el descanso de los ciudadanos, desde las 22:00 hasta las 08:00 horas, y entre las 15:00 y las 17:00 horas”. Y ello por cuanto la descripción de la conducta típica realizada por el precepto vulneraba la garantía de tipicidad.

Hay pocas sentencias más que lo hagan y muchos preceptos más en las ordenanzas que incumplen esta garantía. Como muestra, los artículos 16.1 y 17.2 de la ordenanza de Barcelona, que tipifican como infracción grave “toda conducta de menosprecio a la dignidad de las personas, así como cualquier comportamiento discriminatorio” que se realice en el espacio público. O el artículo 22.1 a) de la ordenanza de Salamanca, que tipifica como infracción leve “No respetar la señalización y los horarios existentes en los parques y jardines y/o no atender las indicaciones expuestas en tales recintos, las que puedan formular los trabajadores o responsables de los mismos y la Policía Local”. También, el artículo 22.2 a), que tipifica como infracción grave “Realizar cualquier forma de rotura, vertido, desplazamiento o cualquier otra actividad o manipulación que ensucie, degrade, impida su utilización o menoscabe de cualquier forma, cualquiera de los bienes comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ordenanza que sea contraria a su uso o destino habituales o implique su deterioro, siempre que no esté contemplada como infracción muy grave”. Y el artículo 20 a) de la ordenanza de Santander según el cual es infracción muy grave “Perturbar la convivencia ciudadana de forma que incida grave, inmediata y directamente en la tranquilidad y en el ejercicio de derechos legítimos de otras personas, en el normal desarrollo de actividades de toda clase conforme a la normativa aplicable y en la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no tipificadas en la legislación sobre protección de la seguridad ciudadana”. También, el artículo 34 h) de la ordenanza de Pamplona, que tipifica como infracción muy grave los “Actos u omisiones contrarios a lo previsto en esta Ordenanza que pongan en peligro grave la salud o la integridad física o moral de las personas”. Y así muchísimos otros.

6.3 El principio de proporcionalidad de las sanciones

6.3.1 Infracciones que sancionan conductas irrelevantes o muy poco lesivas

Se ha criticado también a la LOPSC por sancionar en algunos casos conductas insignificantes que no merecen reproche punitivo alguno; por ejemplo, el caso de perder tres o más veces en un año el DNI (art. 37.11 LOPSC), de no denunciar culpablemente su pérdida o sustracción (art. 37.10 LOPSC) o de escalar edificios o monumentos para desplegar pancartas reivindicativas de algo (art. 33.14 LOPSC). Puede que sea verdad y, quizá, lo más razonable sería que estas conductas quedaran impunes. Pero, dicho esto, más grave me parece lo que han hecho los preceptos de las ordenanzas que han tipificado como infracciones ciertas conductas que tienen claramente una lesividad muy reducida cuando no inexistente o que son muchas veces acciones meramente

asociales o desordenadas y que, en todo caso, eran toleradas hasta hace bien poco⁶⁰, como gritar, dormir en un banco del parque, cortar una flor, escupir, cantar en la calle, determinadas formas de mendicidad⁶¹, etc.

6.3.2 Infracciones que tipifican el ejercicio de derechos fundamentales

En la otra cara de la moneda, también se ha denunciado que hay preceptos en la LOPSC (art. 36.1, art. 36.2, art. 36.4, art. 36.23, art. 37.3, párrafo segundo) que tipifican y sancionan simples conductas de protesta ciudadana y, con ello, el ejercicio de verdaderos derechos fundamentales (de manifestación, de reunión, de libertad de expresión, libertad de información, etc.). Jurídicamente estas críticas no se sostienen y suponen una concepción de los derechos fundamentales como derechos absolutos que no admiten límites para garantizar otros bienes jurídicos –en nuestro caso, el orden público–⁶², pero, en cualquier caso, también las ordenanzas de convivencia –que no hay que olvidar son reglamentos– establecen prohibiciones que limitan severamente no ya facultades no identificables con derechos o la libertad genérica (regar las plantas desde el balcón, tener animales de compañía, acampar, hacer fogatas, pasearse sin camiseta por el centro de la ciudad, etc.), sino ciertos derechos, incluso fundamentales⁶³, cuando su ejercicio pueda comportar una perturbación del orden público. Y no solo establecen estas prohibiciones, sino que además sancionan su incumplimiento⁶⁴. Desde luego, ni la libertad genérica del individuo ni los derechos fundamentales (la propiedad, la libertad de empresa, la libertad de expresión) pueden incluir la posibilidad de dañar o de poner en peligro la convivencia y seguridad ciudadanas. Pero, quizá, las ordenanzas de convivencia –que, insisto, son reglamentos,

⁶⁰ Se ha referido a ello y lo ha criticado el penalista RANDO CASERMEIRO, P., "El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador", *In Dret*, n. 1, 2010, pp. 13, 15, 22 y 23: "Sin duda, el espaldarazo a la potestad sancionadora de los ayuntamientos a través de normas de rango no legal, singularmente las ordenanzas municipales ha tenido mucho que ver con la prohibición de conductas cuya lesividad es muy reducida, y que en todo caso eran toleradas hasta hace bien poco: (...) Los entes locales han visto, en definitiva, un filón productivo para intervenir (...) La seguridad ciudadana se configura tan ampliamente por el derecho administrativo sancionador actual –RANDO se refiere a las ordenanzas locales– que se considera lesionada por la comisión de meras conductas asociales o desordenadas (...) Se debería poner freno al ejercicio desembarazado de potestades legislativas sancionadoras que está teniendo lugar el ámbito de la Administración local".

⁶¹ *Vid.*, sobre esto, MELERO ALONSO, E., "Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es Derecho administrativo del enemigo", cit., pp. 10-14 y 23-24, para el que la regulación sobre las personas sin hogar en las ordenanzas locales tiene la naturaleza de derecho administrativo del enemigo. Se trata –dice– de una normativa que castiga las actividades cotidianas de las personas sin hogar. De esta forma se está poniendo en práctica una política de exclusión social (p. 25).

⁶² ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menos y muchas infracciones más", cit., pp. 126-129.

⁶³ *Vid.* BELANDO GARÍN, B., "Ordenanzas de convivencia ciudadana: mediación y medidas sustitutivas ¿dónde están los límites?", Lloria García, P. (dir.), *Convivencia ciudadana: mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 62-67.

⁶⁴ *Vid.* sobre esto REBOLLO PUIG, M., "Artículo 84", Rebollo Puig, M. (dir.), e Izquierdo Carrasco, M. (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 2214-2215. *Vid.*, también, ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 48-53; GARCÍA GARCÍA, M.J., *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, cit., pp. 54 y 77-93; y BROTAT I JUBERT, R., *La seguridad urbana: entre la seguridad ciudadana, el civismo y la convivencia en espacios públicos*, Universidad de Barcelona, 2014 (tesis doctoral), pp. 409-414. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/134667> (16 de mayo de 2019).

aunque de carácter especial– debieran haber previsto algunos de esos límites a la libertad genérica y al ejercicio de derechos fundamentales con mucha menos ligereza y más medida de la que han empleado hasta ahora.

Hay sentencias –pocas– que han anulado preceptos de ordenanzas por entrañar límites contrarios al contenido esencial de los derechos fundamentales del ciudadano. Por ejemplo, la STSJ de Castilla y León, de 8 de octubre de 2013, n. 1692/2013, anuló el artículo 7.1 y 3 de la ya derogada ordenanza de Valladolid de 2004 por vulnerar el derecho a la libertad de expresión. Dicho precepto sometía a previa autorización municipal la colocación de cualquier tipo de pancarta en la vía pública, incluso en los edificios privados cuando la colocación de los carteles, pancartas y otros elementos no dañaran la superficie y fueran de fácil extracción. La sentencia considera “exorbitante y contrario a la libertad de expresión que cualquier acto de comunicación iconográfica, visual, escrita o protesta, netamente temporal, y que se realice en el exterior de bienes de titularidad privada se someta a autorización municipal bajo sanción”. Esta misma STSJ de Castilla y León, de 8 de octubre de 2013, n. 1692/2013⁶⁵, ha anulado también el artículo 15.1 de la ordenanza de Valladolid de 2004 según el cual “quedan prohibidas las conductas que adopten cualquier forma de mendicidad en las vías y espacios públicos”, porque al referirse a cualquier forma de mendicidad está prohibiendo todas sus manifestaciones. Hay que distinguir, según la sentencia, entre la mendicidad realizada en estado de necesidad, de forma educada y no reiterada, de la solicitud de dinero en limosna en situaciones que implican el uso de menores, de modo coactivo o de forma que dificulte el tránsito de peatones o vehículos. La sala considera ajustada a derecho la prohibición de esta segunda forma de mendicidad, por entender que puede conllevar una situación de riesgo, peligro o incomodidad. Pero no es así en el primer caso, en el que la prohibición puede implicar la vulneración del principio fundamental de libertad de las personas. Especialmente conocida ha sido la STS de 14 de febrero de 2013 (RJ\2013\2613), que anuló varios preceptos de la ordenanza de Lleida de 2010 relativos a la prohibición de acceder o permanecer en los edificios municipales a las personas que portasen velo integral porque, en defecto de una ley que prevea esa limitación, resultan contrarios al contenido esencial del derecho a la libertad religiosa⁶⁶.

7 Los descuidos y olvidos de la LOPSC

En otro orden de cosas, una de las mayores debilidades de la LOPSC es que su régimen sancionador no haya tenido en cuenta a las ordenanzas de convivencia. Como ya hemos advertido, la elaboración y aprobación de la LOPSC fueron de la mano de la reforma del CP de 2015, a la que tuvo muy presente, con la finalidad de incorporar en su articulado algunas de las faltas que aquella suprimió del libro III del CP.

⁶⁵ La comenta BELANDO GARÍN, B., “Ordenanzas de convivencia ciudadana: mediación y medidas sustitutivas ¿dónde están los límites?”, cit., pp. 66-67

⁶⁶ Analizan esta sentencia con detalle GONZÁLEZ BOTIJA, F., *Orden público y libertad (Vestimenta, comunicación comercial y audiovisual, ocio y banderas)*, cit., pp. 45-60; y GARCÍA GARCÍA, M.J., *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, cit., pp. 87-90.

Pero, sorprendentemente, la LOPSC ha ignorado por completo la existencia de las ordenanzas locales que ya tipificaban no pocas de las infracciones que ella misma ha previsto luego. Y ese olvido me parece decepcionante.

En lo que aquí nos interesa, la LOPSC solo se ha referido a las ordenanzas municipales en un precepto, el artículo 32.3, y no para articular las relaciones con las ya existentes, sino para prever posibles regulaciones futuras. Es verdad que este precepto no se refiere expresamente a las de convivencia o civismo, sino en general a las ordenanzas municipales, pero siendo una ley de seguridad ciudadana lo lógico es entender que, antes que nada, estará pensando en ellas (y, en general, en las que puedan aprobarse para regular las mismas materias que ella aborda).

En concreto, dice el 32.3, que se inserta dentro del capítulo V (Régimen sancionador), en la sección 1.ª, relativa a “Sujetos responsables, órganos competentes y reglas generales sobre las infracciones y la aplicación de las sanciones”:

Artículo 32. Órganos competentes.

...

3. “Los alcaldes podrán imponer las sanciones y adoptar las medidas previstas en esta ley cuando las infracciones se cometieran en espacios públicos municipales o afecten a bienes de titularidad local, siempre que ostenten competencia sobre la materia de acuerdo con la legislación específica.

En los términos del art. 41, las ordenanzas municipales podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta ley”.

Y, por su parte, establece el artículo 41, que se sitúa en la sección 2.ª del capítulo V, relativa a “Infracciones y sanciones”:

Artículo 41. Habilitación reglamentaria.

“Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta ley que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar su naturaleza y límites, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”.

Es decir, según los artículos 32.2 y 41 LOPSC, las ordenanzas municipales podrán especificar las infracciones y graduar las sanciones que ella misma ha tipificado, siempre y cuando –hay que entender, aunque no lo concrete el artículo 32.3, párrafo segundo, LOPSC– el municipio tenga competencia sobre la materia concreta de que se trate en cada caso⁶⁷.

De cualquier forma, parece raro que la LOPSC se limite a decir esto como si al tiempo de aprobarse no hubiera ya vigente en nuestro ordenamiento un inmenso derecho sancionador de la convivencia ciudadana que han ido aprobando desde hace más de quince años esas ordenanzas locales. De hecho –como ya se ha dicho antes– un buen

⁶⁷ La nueva posibilidad que tienen las ordenanzas, en virtud del art. 32.2, de graduar las sanciones previstas en la LOPSC conlleva que en lo sucesivo puedan prever, además de la sanción de multa –que es lo único que han podido hacer hasta ahora ex art. 141 LRBRL–, las otras accesorias del art. 39.2 LOPSC, atendiendo a la naturaleza de los hechos constitutivos de la infracción y a su gravedad: cierre temporal de establecimientos, suspensión temporal de licencias, comiso de bienes y retirada de armas. *Id.*, con carácter general, VELASCO CABALLERO, F., y DÍEZ SASTRE, S., “Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora”, cit., p. 62.

número de las infracciones que ha previsto la LOPSC coincide punto por punto con las que acostumbran a tipificar todas las ordenanzas de convivencia⁶⁸. Así ocurre, por ejemplo, con las infracciones previstas en los artículos 36.10 (portar o exhibir armas), 36.11 (solicitar o aceptar servicios sexuales retribuidos en la vía pública), 36.15 (obstaculizar el funcionamiento de los servicios de emergencia); 36.16 (consumo o tenencia ilícita de drogas en lugares públicos, así como el abandono de jeringuillas), 36.19 (tolerancia en el consumo de drogas en establecimientos públicos), 37.2 (exhibir objetos peligrosos), 37.5 (realizar o incitar a la realización de actos contra libertad sexual), 37.7 (ocupación de la vía pública y venta ambulante no autorizada), 37.13 (daños o deslucimientos de bienes de uso o servicio público o de bienes privados en la vía pública), 37.15 (remoción de vallas para delimitar perímetros de seguridad), 37.16 (dejar sueltos animales peligrosos y abandonar a animales domésticos) y 37.17 (beber alcohol en las calles). Al menos, la LOPSC podría haberse declarado de aplicación preferente en caso de concurrir con una norma sancionadora local. O hasta de aplicación supletoria. Pero ni eso ha hecho. Sorprendente y decepcionante.

Bien es verdad que la LOPSC/92 decía algo parecido en su artículo 29.2 *in fine*⁶⁹, pero por aquel entonces aún no se había aprobado el actual título XI de la LRBRL – que es introducido en 2003 – ni, en consecuencia, existían las actuales ordenanzas de convivencia que fueron apareciendo, precisamente, a partir de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que fue la que añadió ese título XI a la LRBRL. Así que puede concluirse, en favor de la LOPSC/92, que no afrontó el problema de las ordenanzas de convivencia porque, al tiempo de su redacción, ese problema no existía en nuestro ordenamiento.

Con lo poco que dice la LOPSC al respecto, da la impresión de que en lo sucesivo lo único que podrán hacer las ordenanzas de convivencia es desarrollar su régimen sancionador: especificar sus infracciones y graduar sus sanciones. Nada más. Lo curioso es que esto lo diga la LOPSC, como si los artículos 139 a 141 LRBRL no existieran y la protección de la convivencia ciudadana no haya sido tradicionalmente una competencia normativa asumida por los municipios⁷⁰.

Lo normal será que las ordenanzas de convivencia que se aprueben de aquí en adelante sigan invocando los artículos 139 a 141 LRBRL como título competencial para regular su régimen sancionador, pues estos preceptos – y otros de la LRBRL –, aunque sean de carácter general, les habilitan para tipificar infracciones nuevas y

⁶⁸ En este sentido, CASINO RUBIO, M., "La moderna Ley Orgánica 4/2015, de Seguridad Ciudadana, y sus debilidades sancionadoras", cit. (en prensa).

⁶⁹ El art. 29.2 *in fine* de la LOPSC/92 decía: "Para la concreción de las conductas sancionables, las ordenanzas municipales podrán especificar los tipos que corresponden a las infracciones cuya sanción se atribuye en este artículo a la competencia de los Alcaldes, siempre dentro de la naturaleza y los límites a los que se refiere el art. 129.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común". Por su parte, las infracciones cuya sanción se atribuía en este artículo a la competencia de los alcaldes eran las relativas a espectáculos públicos, tenencia y consumo de drogas y las infracciones leves tipificadas en los apartados g), h), i) y j) del art. 26 LOPSC/92.

⁷⁰ *Vid.* CASINO RUBIO, M., "La Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, y los Ayuntamientos", *Anuario de Derecho Municipal 2015*, n. 9, 2016, p. 138.

hacer mucho más de lo que les permite la LOPSC⁷¹. Aunque puede que también empien a invocar los artículos 32.3 y 41 LOPSC para prever sus mismas infracciones y sanciones: especificando las primeras y graduando las segundas.

Por poner algunos ejemplos, el municipio de Valladolid aprobó el 6 de febrero de 2018 su nueva ordenanza de protección del medio urbano, que ha derogado a la anterior de protección de la convivencia ciudadana y prevención de actuaciones antisociales. Ni en su articulado ni en su exposición de motivos nombra a la LOPSC, sino a la LRBRL, y su artículo 3.1 dispone que “Esta ordenanza se aprueba en el ejercicio de las competencias municipales establecidas en el marco de la vigente Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local en materia de conservación y tutela de los bienes municipales; seguridad en lugares públicos; ...; protección de la salubridad pública; ...; todo ello para la adecuada ordenación de determinadas relaciones de vecindad y del uso de bienes y servicios de interés local”. Únicamente en su disposición adicional podría encontrarse una alusión indirecta a la LOPSC, y a otras tantas leyes sectoriales, cuando afirma que “Lo establecido en esta ordenanza no impedirá la aplicación del régimen sancionador previsto en las disposiciones sectoriales que califiquen como infracción las acciones u omisiones contempladas en la misma. En todo caso no podrán ser objeto de sanción los hechos que ya hayan sido sancionados penal o administrativamente en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”. Tampoco la nombra ni la tiene en cuenta –a la LOPSC– la ordenanza de San Cristóbal de la Laguna de 3 de mayo de 2016.

Por el contrario, sí invoca la LOPSC en varios de sus preceptos la ordenanza de seguridad y convivencia ciudadana en el espacio público del Ayuntamiento de Alconchel (Badajoz). Su preámbulo dice así:

“La Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (...) ha generado numerosas dudas en los ayuntamientos dado que habilita para que las ordenanzas municipales puedan introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en la propia ley”.

Y, luego, en los artículos 63 y siguientes –y tras haber previsto un régimen de infracciones conforme a los artículos 139 y siguientes de la LRBRL– tipifica, aludiendo como fundamento legal a su artículo 32.3, unas dieciocho infracciones de la LOPSC –muy graves, graves y leves–, prevé la posibilidad de imponer las sanciones accesorias en ella previstas, y se remite a ella para determinar las cuestiones relativas a los sujetos responsables, los menores, la reparación del daño causado, la caducidad del procedimiento y la tramitación del procedimiento sancionador abreviado⁷². Es decir, esta ordenanza ha previsto dos grupos de infracciones diferentes: uno con base en

⁷¹ Lo estudia en el ámbito de las infracciones relacionadas con la prostitución, FERNÁNDEZ LE GAL, A., “La respuesta sancionadora del Estado frente a la prostitución”, cit. (en prensa).

⁷² Prácticamente lo mismo –que la de Alconchel– ha hecho la ordenanza municipal de convivencia ciudadana en el espacio público de Novelda de julio de 2017 en sus arts. 88 (normas de conducta), 89 (régimen de sanciones), 93 (responsabilidad de las infracciones) y 95 (procedimiento sancionador).

Por su parte, también se han referido a la LOPSC, pero solo para cuestiones puntuales y no para tipificar sus mismas infracciones y sanciones, la ordenanza de Fuengirola de 2018 en el art. 30 (en temas de prostitución) y la ordenanza del municipio de Arganda del Rey de 2018 en el art. 65 (sobre medidas de policía administrativa directa y funciones de la policía local relativas al cumplimiento de la ordenanza).

el título XI LRBRL (el tradicional de todas las ordenanzas de convivencia) y otro con base en el artículo 32.3 LOPSC (en el que hace suyas muchas de las infracciones que ha establecido la LOPSC). La LOPSC ha hecho posible, por tanto, que ahora las ordenanzas dupliquen sus posibilidades de tipificar infracciones. Un verdadero disparate.

En definitiva, el legislador estatal ha hecho mal y debiera haber afrontado la situación. Igual una buena solución habría sido que la LOPSC fijase unos criterios mínimos más específicos sobre la antijuridicidad de las infracciones y las clases de sanciones en materia de convivencia ciudadana⁷³ y, a partir de ahí, habilitara a las ordenanzas a tipificar sus propias infracciones y sanciones con esos límites legales, como hacen con carácter general los artículos 139 a 141 LRBRL⁷⁴. Este marco les permitiría tipificar infracciones nuevas bajo el amparo de la LOPSC.

La polémica está servida. Lo razonable, desde luego, es que la LOPSC se hubiera encargado de prestar cobertura legal a las ordenanzas de convivencia, esto es, que fuese ella, por resultar más específica que el título XI de la LRBRL, la ley sectorial que habilitase y enmarcase su régimen sancionador⁷⁵. La pelota estaba en su tejado, por decirlo coloquialmente⁷⁶. Pero ha preferido no hacerlo y mirar para otro lado.

Bibliografía

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración Pública*, n. 195, 2014.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El nuevo régimen de la seguridad ciudadana: algunas faltas menos y muchas infracciones más”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 191, abril-junio 2018.
- ALONSO RIMO, A., “El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la seguridad (¿ciudadana?): Análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 21, 2014.

⁷³ VELASCO CABALLERO, F., y DÍEZ SASTRE, S., “Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora”, cit., p. 60, dejan claro que “conforme al mismo artículo 139 de la LRBRL, el catálogo de criterios que luego enuncia el artículo 140 de la LRBRL solo rige en defecto de normativa sectorial específica. De manera que estos criterios no impiden que el propio Estado o cada comunidad autónoma, cada uno en los límites de sus títulos competenciales, fijen otros ‘criterios mínimos de antijuridicidad’, complementarios o distintos de los contenidos en el artículo 140 de la LRBRL”. Luego, en la p. 61, insisten en que “al Estado o a las comunidades autónomas corresponde ahora, de acuerdo con la distribución competencial de materias, completar los criterios generales de tipificación establecida en el artículo 140 de la LRBRL, adecuándolos a las características de cada concreto ámbito de actuación municipal. No se trata, aquí tampoco, de fijar tipos de infracción. Se trata de fijar criterios orientadores de la tipificación municipal en cada concreto ámbito competencial local... Será a partir de esos criterios sectoriales mínimos, sumados a los criterios más generales contenidos en el artículo 140 de la LRBRL, como cada ayuntamiento establecerá tipos concretos de infracciones por contravención de ordenanzas y los clasificará como muy graves, graves o leves”.

⁷⁴ Dice LASAGABASTER HERRARTE, I., “La potestad sancionadora local en la Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local”, cit., p. 21, sobre los criterios de antijuridicidad de las infracciones que con carácter general establece el art. 140 LRBRL, que para algunas materias faltan criterios mínimos de antijuridicidad evidentes. Este es el caso, en su opinión, de las contravenciones que pueden existir en el cumplimiento de la normativa reguladora de los servicios públicos o en las contravenciones de carácter ambiental.

⁷⁵ *Ídem*, con carácter general, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Título XI. Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias”, cit., pp. 3744.

⁷⁶ Se refiere a ello FERNÁNDEZ LE GAL, A., “La respuesta sancionadora del Estado frente a la prostitución”, cit. (en prensa).

- BALLBÉ I PRUNÉS, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Universidad, 1984.
- BARCELONA LLOP, J., “Las infracciones y sanciones administrativas en la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Algunos aspectos problemáticos”, *Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera*, Trotta, Madrid, 1993.
- BAUCELLS I LLADÓS, J., “El nuevo ‘derecho sancionador autoritario’. Acerca de la constitucionalidad del Código Penal y la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 24, 2015.
- BELANDO GARÍN, B., “Ordenanzas de convivencia ciudadana: mediación y medidas sustitutivas ¿dónde están los límites”, Lloria García, P. (dir.), *Convivencia ciudadana: mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano*, Iustel, Madrid, 2018.
- BILBAO UBILLOS, J.M., “La llamada Ley Mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana”, *Teoría y realidad constitucional*, UNED, n. 36, 2015.
- BROTAT I JUBERT, R., *La seguridad urbana: entre la seguridad ciudadana, el civismo y la convivencia en espacios públicos*, Universidad de Barcelona, 2014 (tesis doctoral). Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/134667> (16 de mayo de 2019).
- CASINO RUBIO, M., “Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia”, *Istituzioni del federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, n. 4, 2011.
- CASINO RUBIO, M., “La Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, y los Ayuntamientos”, *Anuario de Derecho Municipal 2015*, n. 9, 2016.
- CASINO RUBIO, M., “La moderna Ley Orgánica 4/2015, de Seguridad Ciudadana, y sus debilidades sancionadoras”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).
- FERNÁNDEZ LE GAL, A., “La respuesta sancionadora del Estado frente a la prostitución”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).
- GARCÍA GARCÍA, M.J., *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, CEMCI, Granada, 2014.
- GÓMEZ TOMILLO, M., “Seguridad ciudadana, descriminalización y garantías”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., *Orden público y libertad (Vestimenta, comunicación comercial y audiovisual, ocio y banderas)*, Atelier, Barcelona, 2018.
- IBÁÑEZ PICÓ, M., “Municipio y civismo. Las ordenanzas municipales como instrumento para la convivencia”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 307, 2008.

- LASAGABASTER HERRARTE, I., “La potestad sancionadora local en la Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 68, 2004.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, C., “El uso no autorizado de imágenes de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).
- MELERO ALONSO, E., “Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es Derecho administrativo del enemigo”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 6, 2016.
- MERINO ESTRADA, V., “Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 300-301, 2006.
- MORILLAS CUEVA, L., “Reflexiones críticas sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana”, Abogacía Española. Consejo General. Disponible en: <http://www.abogacia.es/2014/03/27/reflexiones-criticas-sobre-elanteproyecto-de-ley-organica-de-seguridad-ciudadana>
- ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- PEMÁN GAVÍN, J., “Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 305, 2007.
- PEMÁN GAVÍN, J., “Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.
- PEMÁN GAVÍN, J., “La política de civismo en los Ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 36, 2010.
- PIZARRO NEVADO, R., “La tutela sancionadora del patrimonio privado inmobiliario en la LOPSC”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).
- PRESNO LINERA, M.A., “La expansión del derecho administrativo sancionador securitario: Análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, Cuerda Arnau, M.L., y García Amado, J.A. (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- PRESNO LINERA, M.A., “El primer Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 34, 2014.
- RANDO CASERMEIRO, P., “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, *In Dret*, n. 1, 2010.

- REBOLLO PUIG, M., “Artículo 84”, Rebollo Puig, M. (dir.), e Izquierdo Carrasco, M. (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- REBOLLO PUIG, M., “La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana”, Alarcón Sotomayor, L., e Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019 (en prensa).
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M., y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Título XI. Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias”, Rebollo Puig, M. (dir.), e Izquierdo Carrasco, M. (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- RIDAO MARTÍN, J., “Las actuales limitaciones sobre la participación política y la libertad de información en el espacio público en España. Una lectura constitucional de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 107, 2016.
- RODRÍGUEZ ALONSO, C., “La indeterminación competencial y la potestad sancionadora de los entes locales como presupuesto fallido para la sustitución de las sanciones administrativas por trabajos en beneficio de la comunidad”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n. 6, 2016.
- RUIZ-RICO RUIZ, C., “Las Ordenanzas Locales de Convivencia y su impacto constitucional a propósito de la STS de 14 de febrero de 2013”, *Actualidad Administrativa*, n. 1, 2014.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “Las ordenanzas cívicas: especial referencia a la Ordenanza de convivencia ciudadana de Barcelona”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.
- VELASCO CABALLERO, F., y DÍEZ SASTRE, S., “Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 5, 2004.

regap



ESTUDIOS

Réxime xurídico da denuncia,
indefensión do denunciante
e interpretación do dereito
pola Administración pública

Régimen jurídico de la denuncia, indefensión del denunciante e interpretación del derecho por la Administración pública

Legal status of the complaint.
Plaintiff's defenceless state and
interpretation of the law on the
part of public Administration

57 Regap

MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA

Universidad Europea Miguel de Cervantes
masendin@uemc.es

Recibido: 24/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.21>

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Este artigo examina criticamente o réxime legal da denuncia, reflexionando sobre a súa correcta articulación, en particular no que se refire á situación de indefensión en que queda o denunciante no dereito español. Tamén se suxire que a súa tramitación implica interpretación legal e non admite que se teñan en conta consideracións políticas.

Palabras clave: Denuncia, interpretación xurídica, política, democracia, Administración pública.

Resumen: Este artículo examina críticamente el régimen legal de la denuncia, reflexionando sobre su correcta articulación, en particular en lo que se refiere a la situación de indefensión en la que queda el denunciante en el derecho español. También se sugiere que su tramitación implica interpretación legal y no admite que se tengan en cuenta consideraciones políticas.

Palabras clave: Denuncia, interpretación jurídica, política, democracia, Administración pública.

Abstract: This article critically examines the legal framework of the Complaint, reflecting on its correct articulation, in particular, in what refers to the situation of defenselessness in which the plaintiff is left in Spanish Law. It especially suggests that its procedure implies legal interpretation and does not allow political considerations to be taken into account.

Key words: Complaint, legal interpretation, politics, democracy and public Administration.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Definición. 3 Sujeto denunciante. 4 Obligación de comunicar al denunciante la iniciación del procedimiento. 5 Prohibición de denuncias anónimas. 6 Legitimación del denunciante. 6.1 La postura vigente. 6.1.1 Argumentos a favor de la tesis tradicional. 6.1.2 Régimen jurídico de la tesis tradicional. 6.2 Crítica a la tesis tradicional. 6.3 La protección de la víctima de la infracción. 6.4 Reconocimiento de acción pública. 7. Valoración final y conclusiones: denuncia e interpretación del derecho por la Administración.

1 Introducción

La figura de la denuncia y el régimen jurídico al que queda sometida la persona que la realiza, el denunciante, arrastran desde siempre un carácter fuertemente polémico¹. Esta situación viene motivada por un elemento clave, aunque discutible, en la posición del denunciante, como es que no forma, en principio, parte del procedimiento, lo que le deja situado en una especie de limbo jurídico².

Al protagonista de nuestro estudio se le deja entrar en nuestro derecho administrativo no ya por la puerta de atrás, sino, más bien diríamos, por la ventana de atrás. Tan reducida es su entrada que no se le puede llamar puerta.

Es claramente un invitado indeseado, se quiera reconocer o no, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, que no solo no lo invita a la fiesta del procedimiento administrativo, dándole el sitio que le corresponde, sino que, además, lo deja entrar solo a regañadientes y porque no queda más remedio.

Esto impide que pueda tener un régimen jurídico adecuado a sus exigencias naturales. Todo nuestro derecho administrativo está construido sobre la idea de procedimiento administrativo. La entrada en él supone la puesta en marcha de toda una serie de instituciones y garantías jurídicas que, en última instancia, no son otra cosa que la concreción de los derechos fundamentales y principios básicos de un Estado democrático.

Todo ello le es negado al denunciante, al que, bajo una endeble argumentación a la que más tarde tendremos ocasión de referirnos, se le margina del procedimiento administrativo y, con ello, de todas las garantías y centrales consecuencias jurídicas que se derivan de este.

Decir que el denunciante no tiene la condición de interesado no es llamar a las cosas por su nombre. Esta pretendidamente neutra fórmula, repetida acríticamente por nuestra doctrina y jurisprudencia, supone realmente que al denunciante se le deja al margen del Estado democrático de derecho y de todo lo que esto implica.

Un abuso como este, tan largamente sostenido, no puede provenir de una iniciativa única. No puede mantenerse sin la complacencia de los dos elementos estructurales de nuestro derecho. Por una parte, un legislador en gran medida ausente en esta materia. Son, por un lado, muy pocas las normas que se han enfrentado a la regulación jurídica de la figura del denunciante, tradicionalmente ignorado por nuestro derecho positivo³, parquedad normativa que se ve, además, perjudicada por la ambigüedad

¹ TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador", *Actualidad Administrativa*, n. 31, 1999, p. 839.

² BAUZÁ MARTORELL, F.J., "La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas", *Documentación administrativa*, n. 2, 2015. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10264&path%5B%5D=10761> (13 de abril de 2018).

³ BAUZÁ MARTORELL, F.J., "La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas", cit. DOMÍNGUEZ LUIS, C., "Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n. 21, 2005. TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador", cit., p. 840.

de la escasa normativa existente⁴, desatención que contrasta vivamente con el importante papel en el ámbito del derecho sancionador de la figura que nos ocupa⁵.

Por otra parte, por una cierta pasividad de nuestra jurisprudencia, que confirma aquí una vez más su tendencia a conformarse con las soluciones impuestas por el derecho positivo. No han faltado, eso hay que reconocerlo, iniciativas en los tribunales dirigidas a romper este estado de cosas poco satisfactorio. Veremos la existencia de algunas sentencias valientes que se han enfrentado a este *statu quo* de manera frontal.

Tampoco han faltado sentencias que han corregido los aspectos más afilados de esta anquilosada doctrina, que hoy en día se plantea en términos menos radicales que los que presentaba en sus formulaciones originarias.

Unas y otras aportaciones no han sido, en cualquier caso, lo suficientemente fuertes y decididas para quebrar la resistencia de un derecho positivo que se ha enrocado tozudamente en el mantenimiento de la doctrina tradicional.

No es, sin embargo, el derecho el único enemigo al que debe enfrentarse el denunciante. A estas dificultades, que podríamos denominar “de base jurídica”, se añaden otras de tipo más bien fáctico y de mentalidad, pero que acaban teniendo una trascendencia jurídica evidente.

Se debe resaltar, en tal sentido, la existencia de una cierta estigmatización de la figura del denunciante desde algunos contextos culturales o sociológicos. Es frecuente que se considere a este como un delator o, en términos más vulgares, “chivato”, acudiendo, en consecuencia, a una cierta valoración despectiva o, cuando menos, negativa⁶.

Dicha visión choca, sin embargo, de manera frontal con la realidad de las sociedades actuales y, muy en concreto, con la de nuestro país.

Se puede admitir que en algunas ocasiones el denunciante actúa en persecución de finalidades espurias (venganza personal, envidia, etc.)⁷. Ahora bien, eso no elimina el hecho innegable de que se trata de una persona que quiere que se cumpla el derecho, un osado atrevimiento, quizás, en un país en que, no nos engañemos, hay una tendencia nada desdeñable a saltarse las normas.

Se pueden utilizar para describir esta situación todos los eufemismos que se quiera, pero la verdad desnuda es que en nuestro ordenamiento jurídico no es al que vive en la ilegalidad al que se le dificultan las cosas, sino al que quiere que la ley se cumpla. Muchas veces parece que nuestro derecho está hecho para proteger al infractor.

⁴ DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit. TOLA RÚA, M.A., “La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador”, cit., p. 840.

⁵ BAUZÁ MARTORELL, F.J., “La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, cit.

⁶ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., “La regulación de la denuncia de infracciones y delitos contra la integridad de los mercados de valores: el nuevo marco legal del «whistleblowing»”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 146, 2017. Cito por su reproducción en Westlaw Insignis (BIB 2017/1192). GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Comentario a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Estudios y comentarios legislativos*, Aranzadi, Pamplona, 2012. Cito por su reproducción en Westlaw Insignis (BIB 2012/5523).

⁷ GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, cit. MOLTÓ DARNER, J.M., “El simple denunciante no es parte en el procedimiento administrativo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 3, 1991, p. 227.

A esto se añade una realidad difícilmente discutible, como lo es que las limitaciones de recursos de las autoridades públicas hacen inviable garantizar un control adecuado del cumplimiento de la legalidad con sus únicos medios. Esto dota a la colaboración y participación ciudadana de un indiscutible papel protagonista, constituyéndose en una aportación especialmente valiosa para lograr un auténtico cumplimiento de las normas⁸.

No es esta, por otra parte, solo una aportación cuantitativa, sino también cualitativa, en cuanto permite la delación de conductas indebidas por quienes, por estar próximos a ellas, son en muchas ocasiones los que están en mejor posición para hacer llegar a las autoridades públicas una información que, en algunos casos, resulta inaccesible sin su participación⁹.

Esta colaboración es, además, especialmente relevante en aquellos ámbitos donde hay intereses colectivos en juego¹⁰.

Esta importante labor que la denuncia está llamada a cumplir difícilmente se va a hacer efectiva sin el diseño de un régimen jurídico más adecuado para la figura del denunciante. Especialmente importante es, en tal sentido, establecer un régimen adecuado de garantías a su favor. Debe tenerse presente que, en numerosas ocasiones, personas que tienen conocimiento de la comisión de infracciones administrativas y que están dotadas de un alto compromiso con el cumplimiento de la legalidad, sin embargo, se abstienen de formular la correspondiente denuncia por miedo a las posibles represalias¹¹.

Por ello, se hace imprescindible establecer un régimen suficiente de garantías que sea acorde con el notable riesgo que el denunciante adquiere en determinados ámbitos al colaborar con el cumplimiento de la legalidad. Supuesto paradigmático, en dicho sentido, es la denuncia por parte de los servidores públicos de las conductas indebidas realizadas por los altos cargos¹², consideraciones que son extensibles, cuando menos con carácter general, a todos los supuestos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción¹³.

Todo lo dicho nos parece que hace de este ámbito uno de los que deberían ser objeto de especial atención por una eventual modificación normativa, como la que acaba de tener lugar en nuestro derecho. Sin embargo, para nuestra sorpresa, la nueva regulación de la denuncia contenida en la nueva legislación administrativa básica prácticamente no resuelve ninguna de las muchas cuestiones que quedan abiertas

⁸ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., "La regulación de la denuncia de infracciones y delitos contra la integridad de los mercados de valores: el nuevo marco legal del «whistleblowing»", cit.

⁹ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., "La regulación de la denuncia de infracciones y delitos contra la integridad de los mercados de valores: el nuevo marco legal del «whistleblowing»", cit.

¹⁰ LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", *Revista de Administración Pública*, n. 161, 2003, p. 108.

¹¹ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 35, 2014. Cito por su reproducción en Westlaw Insignis (BIB 2014/2033).

¹² BASSOLS COMA, M., "Buen gobierno, ética pública y altos cargos", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015. Cito por su reproducción en Westlaw Insignis (BIB 2015/4383).

¹³ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos", cit.

respecto a esta figura jurídica¹⁴, solución inadmisibles, pues se hace cada día más evidente la necesidad de diseñar un procedimiento sancionador en el que una figura de la importancia del denunciante reciba el lugar que le corresponde¹⁵.

No es desgraciadamente algo nuevo. Todos sabemos lo difícil que ha resultado avanzar en nuestro país en otro de los elementos básicos para luchar contra la corrupción, la transparencia. Más que un largo viaje, nuestro derecho tuvo que sufrir una auténtica odisea para llegar a un puerto en el que ya todo el mundo estaba.

No muy diferente es la situación de un denunciante que al final del camino se encuentra con una realidad que, libre de maquillaje, se traduce en una sola frase: es mejor callarse, para no verse metido en un lío.

Es triste decirlo, pero lo cierto es que, en muchas más ocasiones de las que nos gustaría, pretender que en nuestro país se cumpla la ley no supone un esfuerzo de participación ciudadana, sino un auténtico sacrificio personal que puede llevar desde la pérdida del puesto de trabajo a la marginación o el acoso laboral. La legalidad, más que colaboradores, pide mártires.

Una auténtica tragedia para un país que sufre los problemas de corrupción a los que desgraciadamente desde hace ya tiempo nos enfrentamos.

2 Definición

La denuncia es el acto a través del cual una persona pone en conocimiento de la Administración unos datos para que esta, en su caso, inicie un procedimiento administrativo¹⁶.

Esta definición la confirma la legislación vigente, que caracteriza la denuncia en el artículo 62 de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas* (en adelante LPAC), que nos dice que se “entiende por denuncia el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo”.

Nótese que la denuncia puede ir dirigida a iniciar tanto un procedimiento sancionador como otro tipo de procedimiento que se inicie de oficio¹⁷.

La iniciación del procedimiento sancionador se produce por el acto administrativo (acuerdo de iniciación) dictado por el órgano competente, no por la denuncia, que tendría como única función dar conocimiento a la Administración de los hechos que

¹⁴ BAUZÁ MARTORELL, F.J., “La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, cit.

¹⁵ GALLARDO CASTILLO, M.J., “El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 179, 2016. Cito por su reproducción en Westlaw Insignis (BIB 2016/4486).

¹⁶ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Aranzadi. Pamplona, 1997, p. 393. GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, cit. MOLTÓ DARNER, J.M., “El simple denunciante no es parte en el procedimiento administrativo”, cit., p. 227.

¹⁷ GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, cit.

pueden poner en marcha el procedimiento, para incitar la investigación de estos y, en su caso, el comienzo del procedimiento sancionador¹⁸.

En tal sentido, la jurisprudencia ha sido rotunda, señalando que “el procedimiento sancionador se inicia ‘siempre de oficio’, aunque lo haya sido en virtud de denuncia”¹⁹, de lo que se deduce que la denuncia no es, en principio, un modo de iniciación del procedimiento sancionador, sino una mera “iniciativa” para intentar su promoción²⁰.

Nos dice la jurisprudencia que “la denuncia es un acto de un tercero para excitar la actuación investigadora, comprobadora, y, en su caso, sancionadora de la Administración, careciendo de la virtualidad de poner en marcha el procedimiento sancionador”²¹.

La denuncia, de este modo, no obliga al órgano competente a tramitar el procedimiento. Éste podrá, según su criterio, iniciarlo o no²². A lo que sí estará obligado el órgano administrativo es a admitir a trámite toda denuncia que sea viable, esto es, siempre que no sea evidentemente falsa, no dotada de veracidad, sea anónima, incomprensible, o carezca de fundamento²³.

Siempre que la denuncia cumpla esos requisitos, el órgano administrativo está obligado a abrir un periodo de información para valorar la necesidad de abrir un procedimiento sancionador. Sin embargo, no estará obligado a abrirlo si de esas pesquisas no se deducen indicios de existencia de una posible infracción.

En tal sentido, señala la jurisprudencia que lo “que la ley y la jurisprudencia exigen (...) es que la denuncia vaya seguida de una actividad de información, no que deba en todo caso dar lugar a la apertura formal de un expediente disciplinario. Esto último solo es preciso cuando hay indicios mínimamente sólidos de la comisión de una infracción. Sostener lo contrario, como hace el recurrente, no solo carece de base legal, sino que conduciría a un desperdicio de medios y energía por parte del promotor de la acción disciplinaria”²⁴.

El órgano administrativo debe comprobar, en este momento, dos cuestiones diferentes que a veces se confunden. Por un lado, debe verificar la existencia de indicios razonables suficientes de que los hechos alegados por el denunciante se pueden haber

¹⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, 3.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013, p. 802. COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 41, 1995. GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, cit.

¹⁹ STS de 4 de octubre de 2012. Recurso de casación n. 6480/2010. FJ 5

²⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Derecho administrativo sancionador práctico. Vol. I. Práctica del procedimiento administrativo sancionador común*, Editorial Bosch, Barcelona, 2012, p. 186.

²¹ STS de 23 de junio de 1987. FD 4.

²² GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 801. GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Derecho administrativo sancionador práctico. Vol. I. Práctica del procedimiento administrativo sancionador común*, cit., pp. 194-195.

²³ GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 801. GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 394.

²⁴ STS de 2 de marzo de 2017. Recurso de casación n. 4089/2015. FJ 4.

producido²⁵. Por otro lado, debe corroborar que esos hechos pueden ser subsumidos en el supuesto de hecho que da lugar al ejercicio de la potestad, esto es, que son unos hechos determinantes²⁶.

Debe hacerse notar que con este régimen se está admitiendo una mayor tolerancia para considerar legitimado al denunciante para que inste la investigación de los hechos que, como veremos en su momento, para que solicite que se imponga la sanción, decisión poco justificada que encubriría, en el fondo, la afirmación de que se quiere dar libertad al órgano administrativo para no sancionar incluso cuando hay constancia de que la infracción se ha cometido²⁷, posición que nos parece una clara vulneración de los fundamentos más elementales de un Estado de derecho.

De estos supuestos se diferencia aquellos en que se ordena la apertura del procedimiento contencioso-administrativo por orden judicial, ante un supuesto de inactividad por parte de la Administración. Esto no sería ya una simple denuncia, en cuanto la Administración está vinculada por la orden judicial de poner en marcha el procedimiento²⁸, aunque incluso aquí nos encontramos con intolerables limitaciones, pues el juez puede obligar a la Administración a iniciar el procedimiento, pero no puede sustituir a la Administración, imponiendo este la sanción²⁹.

El Tribunal Supremo ha fijado la siguiente doctrina al respecto:

“Es más: aceptar la legitimación activa del denunciante no solo conduciría a sostener que ostenta un interés que el ordenamiento jurídico no le reconoce ni protege, sino que llevaría también a transformar a los tribunales contencioso-administrativos en una especie de órganos de apelación en materia sancionadora. Esto último supondría dar por bueno que pueden imponer las sanciones administrativas que no impuso la Administración, lo que chocaría con el llamado “carácter revisor” de la jurisdicción contencioso-administrativa. En otras palabras, los tribunales contencioso-administrativos pueden y deben controlar la legalidad de los actos administrativos en materia sancionadora, pero no pueden sustituir a la Administración en el ejercicio de las potestades sancionadoras que la ley encomienda a aquella”³⁰.

²⁵ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 396. BELANDO GARÍN, B., “El denunciante en los procedimientos sancionadores de la Comisión Nacional del Mercado de Valores: la eventual existencia de interés legítimo. Comentario a la STS de 16 de marzo de 2016”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 6, 2017, p. 419.

²⁶ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 396.

²⁷ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., “Panorámica del Derecho Administrativo Sancionador en España”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 7, n. 1, 2005, p. 512.

²⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 801.

²⁹ GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 801. HUERGO LORA, A., “Sanciones urbanísticas”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n. 19, 2009. Cito por su reproducción en Westlaw Insignis. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 56. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 484.

³⁰ STS de 5 de febrero de 2018. Recurso de casación n. 2029/2016. FJ 2.

La decisión por la que el tribunal obliga a tramitar ese procedimiento sancionador, además, no prejuzga el sentido de la resolución que se vaya a dictar en ese procedimiento³¹.

Esta doctrina es evidentemente insuficiente para el administrado afectado, que se ve situado, tras sufrir un proceso judicial, de nuevo en la línea de salida³².

En el fondo está ya presente aquí la idea que, veremos, corrompe todo el régimen de la denuncia: la Administración cuenta con libertad para decidir si sanciona o no. Eso incluso aunque se pronuncie en contra de su decisión el juez de lo administrativo.

Se añade de este modo a las muchas vulneraciones de los principios democráticos que rige en esta materia una absoluta desatención al básico principio de división de poderes, que, según parece, no rige en el ámbito del derecho administrativo sancionador. En definitiva, no importa lo que diga ni el poder legislativo ni lo que diga el juez. Si a la Administración no le da la gana sancionar, puede pasar por encima de uno y de otro y hacer su voluntad.

3 Sujeto denunciante

La denuncia la puede interponer “cualquier persona” (art. 62 LPAC).

Esto supone que no se exigen requisitos de legitimación para la interposición de una denuncia³³.

La jurisprudencia considera que no debe confundirse la amplitud que ofrece el ordenamiento jurídico para ser denunciante, comunicando a la Administración hechos que puedan dar lugar a un procedimiento sancionador, para lo que no se exige una situación específica, de la posibilidad de ser interesado en un procedimiento administrativo o parte en un proceso judicial, para lo que se requiere estar legitimado en sentido estricto, siendo titular de un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución.

En tal sentido, el Tribunal Supremo ha fijado la siguiente doctrina:

“Debemos señalar también en relación con el ámbito sancionador que, sin duda, la legitimación en un proceso contencioso administrativo como reflejo de un interés personal en el sentido en que se ha expresado parte, en principio y como regla general, de la previa existencia de interés y legitimación en el procedimiento administrativo previo. (...) Así, por lo general el interés requerido para denunciar o, incluso, para ser parte interesada en el procedimiento administrativo, tiene una mayor laxitud que el necesario para recurrir la decisión administrativa generada por la denuncia. En este sentido, el ordenamiento jurídico admite con frecuencia la posibilidad de formalizar

³¹ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., “Panorámica del Derecho Administrativo Sancionador en España”, cit., p. 485.

³² HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, n. 137, 1995, p. 221.

³³ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 394. DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit. REBOLLO PUIG, M., “Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador”, *Poder Judicial*, n. 29, 1993, p. 70. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 478.

denuncias que pongan en marcha la actuación indagadora y, en su caso sancionadora, de los órganos públicos competentes, requiriendo para ello poco más que un interés sumamente amplio en que se investiguen y corrijan posibles actuaciones irregulares o prescindiendo incluso de tal interés³⁴.

Puede ser denunciante, por otra parte, tanto un particular como un servidor público³⁵. Unos y otros pueden actuar, al denunciar, tanto en cumplimiento de un deber legal u obligación como de manera espontánea³⁶. Esto permitiría distinguir entre los supuestos de denuncia-deber y los de denuncia-facultad³⁷.

Cuando la denuncia la realiza un particular, constituye el ejercicio privado de una función pública, con independencia de los móviles psicológicos que lleven a la actuación del denunciante³⁸, de tal forma que sería un supuesto de participación o colaboración del ciudadano en el desarrollo de las tareas públicas³⁹.

De este modo, el denunciante no pierde, por el hecho de realizar la denuncia, su carácter de sujeto privado, ni se transforma en un agente delegado de la Administración pública, ya que no realiza dicha actuación en nombre de la Administración, sino en el suyo propio⁴⁰.

Esto es una matización importante, porque supone que no se le puede aplicar la privación de legitimación que la ley establece para los agentes de la Administración pública⁴¹.

En principio, como veremos, el denunciante sujeto privado puede actuar como denunciante “simple”, que pretende tan solo colaborar en el cumplimiento de la legalidad, o como denunciante “cualificado”, que no solo ni primariamente pretende colaborar con la Administración de justicia, sino que lo hace en persecución de un interés particular propio.

A estos supuestos se debe añadir el caso en que el denunciante, que es al mismo tiempo también infractor, actúa con la finalidad de obtener un trato más magnánimo de la autoridad sancionadora por su colaboración, que se traduzca en una exoneración o minoración de su responsabilidad⁴².

³⁴ STS de 19 de octubre de 2015. Recurso de casación n. 1041/2013. FJ 3.

³⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, cit.

³⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, cit. MOLTÓ DARNER, J.M., “El simple denunciante no es parte en el procedimiento administrativo”, cit., p. 227.

³⁷ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 305.

³⁸ GARRIDO FALLA, F., “El derecho a la prima en la multa por denuncia”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 48, 1949, p. 123. GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, cit.

³⁹ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 393.

⁴⁰ GARRIDO FALLA, F., “El derecho a la prima en la multa por denuncia”, cit., pp. 127-128.

⁴¹ HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, cit., p. 209.

⁴² FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., “La regulación de la denuncia de infracciones y delitos contra la integridad de los mercados de valores: el nuevo marco legal del «whistleblowing»”, cit.

4 Obligación de comunicar al denunciante la iniciación del procedimiento

En la normativa anterior, contenida en el *Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora*, era obligado comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento sancionador si dicha denuncia venía acompañada de una solicitud de iniciación.

No dejaba de ser esa regulación absurdamente formalista, al obligar al denunciante a incorporar una solicitud de iniciación que se encuentra implícita en el mero hecho de presentar la denuncia⁴³. A pesar de ello, era mejor que la normativa actual, que ha suprimido la obligación de realizar dicha comunicación al denunciante en este supuesto, con carácter general. Así parece que se debe deducir, *sensu contrario*, del artículo 62.3 LPAC, que establece que, cuando la denuncia invoque “un perjuicio en el patrimonio de las administraciones públicas, la no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento”, de modo que la obligación de comunicar al denunciante la iniciación del procedimiento se deberá notificar, parece, tan solo en el caso de que se invoque un perjuicio en el patrimonio de las administraciones públicas.

Esta solución que supone un claro retroceso⁴⁴, en cuanto significa la vuelta a la jurisprudencia que consideraba la obligación de notificar al denunciante un simple deber de cortesía.

En tal sentido, señala el Tribunal Supremo que, “al no tener la condición de interesado, sino la de mero testigo cualificado, el denunciante no tiene «derecho al procedimiento», por lo que mal puede impugnar la decisión de archivar las actuaciones. Y no contradice esa condición de mero testigo cualificado el hecho de que el Reglamento imponga a la Administración el deber de notificar las propuestas de resolución, porque esto tiene por finalidad la de tenerle informado del recurso de las actuaciones más importantes del procedimiento, bien por un simple deber de cortesía, como lo es el de acusar recibo de las peticiones gratiables que impone la vigente legislación, bien al objeto de que pueda beneficiarse de los posibles efectos del procedimiento (preferencia para adjudicación de la vivienda, en el caso de que la sanción conlleve la privación de ella al titular)”⁴⁵.

Se genera, así, el absurdo de obligar a notificar al denunciante cuando se invoque un perjuicio para el patrimonio público, aunque no esté especialmente afectado por ese asunto, no existiendo dicha obligación, sin embargo, respecto a quien haya sufrido las consecuencias de dicha infracción⁴⁶.

⁴³ DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit. GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 393.

⁴⁴ GALLARDO CASTILLO, M.J., “El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate”, cit.

⁴⁵ STS de 23 de junio de 1987. FD 4.

⁴⁶ GALLARDO CASTILLO, M.J., “El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate”, cit.

5 Prohibición de denuncias anónimas

El artículo 62.2 LPAC establece que las “denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan”, con lo que deja clara la prohibición, sin perjuicio de lo que pueda establecer la normativa específica, de denuncias anónimas⁴⁷.

Ahora bien, nada impide que la denuncia anónima, que no puede, por tanto, alcanzar el carácter de tal, pueda producir sus efectos, si la autoridad administrativa realiza las indagaciones pertinentes, generando la iniciación de un procedimiento por la propia iniciativa del órgano sancionador⁴⁸.

Se debe admitir que la presentación de denuncias anónimas puede generar un incremento de la presentación de denuncias infundadas, que tengan como único fin ocasionar un perjuicio a la persona denunciada⁴⁹. Ahora bien, no es menos cierto que la denuncia anónima puede ser una vía adecuada para proteger al denunciante frente a posibles represalias⁵⁰. Es evidente, nos parece, que, en muchas ocasiones, obligar al denunciante a revelar su identidad es tanto como ponerlo delante de los caballos.

Nos sumamos, por ello, a la opinión de los que consideran poco comprensible la negativa de la ley a reconocer la posibilidad de denuncia anónima⁵¹.

Nos encontramos aquí con el otro gran elemento inspirador del régimen de la denuncia en nuestro derecho: al que debe dotarse de todas las garantías habidas y por haber es al infractor de las normas; los problemas y la desprotección quedan para quien quiere que el derecho se cumpla.

6 Legitimación del denunciante

6.1 La postura vigente

6.1.1 Argumentos a favor de la tesis tradicional

La nueva legislación sigue manteniendo la doctrina tradicional que no considera al denunciante como legitimado por el mero hecho de presentar la denuncia⁵², de tal

⁴⁷ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *El régimen jurídico del Nuevo procedimiento administrativo común*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 296. GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Derecho administrativo sancionador práctico. Vol. I. Práctica del procedimiento administrativo sancionador común*, cit. p. 194.

⁴⁸ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos”, cit. GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Derecho administrativo sancionador práctico. Vol. I. Práctica del procedimiento administrativo sancionador común*, cit. p. 194.

⁴⁹ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos”, cit.

⁵⁰ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos”, cit.

⁵¹ BAUZÁ MARTORELL, F.J., “La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, cit.

⁵² GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Posición del denunciante en el proceso contencioso-administrativo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 6, 2017. BIB 2017/2117.

forma que el denunciante no tiene por sí mismo la condición de interesado⁵³, “sino la de mero testigo cualificado”⁵⁴.

Así se deduce claramente del artículo 62.5 LPAC, que establece que la “presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento”, posición jurisprudencial que se basa en la cuestionable idea de que, como regla general, nadie tiene un derecho subjetivo o interés legítimo a que recaiga una sanción sobre otra persona, porque de ello no se deduce para él ventaja alguna⁵⁵.

En tal sentido, la jurisprudencia ha afirmado claramente la falta de este interés del denunciante en que se sancione al administrado, posición de interés que, siempre según la doctrina jurisprudencial, corresponde exclusivamente a la Administración, que es la única titular de la potestad sancionadora.

Señala al respecto el Tribunal Supremo que “el poder punitivo pertenece únicamente a la Administración que es quien tiene encomendada la correspondiente potestad sancionadora (...) y, por consiguiente, solo la Administración tiene un interés tutelado por el ordenamiento jurídico en que el infractor sea sancionado; lo contrario implicaría sustituir a la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora”⁵⁶.

Esta cuestionable doctrina entendería que los únicos intereses que estarían en juego en la decisión de sancionar o no serían, en principio, el interés público y el interés del inculpado en evitar la sanción⁵⁷, doctrina que se trata de reforzar en la necesidad “de evitar que la potestad sancionadora de la Administración se pueda convertir en una mera disputa entre personas privadas”⁵⁸.

Esta doctrina encuentra también base en otra igualmente discutible tesis, que considera que la imposición de sanciones penales constituye un deber del Estado, mientras que la imposición de sanciones administrativas constituye un derecho subjetivo de la Administración⁵⁹, a lo que se añade, según esta doctrina, la diferente situación del ilícito penal respecto a la infracción administrativa, que se debería a la mayor valoración que merecen los bienes protegidos por el derecho penal⁶⁰.

En tal sentido se ha pronunciado alguna jurisprudencia que señala lo siguiente:

⁵³ GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., pp. 805-806. GÓMEZ DE MERCADO, F. (coord.), *Procedimiento Administrativo Común y régimen jurídico*, 3.ª ed., Editorial Comares, Granada, 2016, p. 12. DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit.

⁵⁴ STS de 23 de junio de 1987. FJ 4.

⁵⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte General*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 677. GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Posición del denunciante en el proceso contencioso-administrativo”, cit. REBOLLO PUIG, M., “Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador”, cit., p. 64.

⁵⁶ STS de 5 de febrero de 2018. Recurso de casación n. 2029/2016. FJ 7.

⁵⁷ COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, cit.

⁵⁸ STS de 7 de mayo de 2007. Recurso de casación n. 8001/2003. FJ 4.

⁵⁹ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 399.

⁶⁰ CASTILLO BLANCO, F., “Garantías del ciudadano al buen gobierno y a la buena administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015. Cito por su reproducción en Westlaw Insignis (BIB 2015/4386). REQUENA LÓPEZ, T., “¿El ocaso de la concepción del inculpado como único interesado en el procedimiento?”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 26, 1996, p. 50.

“Tampoco son trasladables analógicamente las normas de la Ley de enjuiciamiento criminal, pues falta toda previsión normativa, siquiera indiciaria, que permita esta utilización (la responsabilidad disciplinaria cuenta con su propia y específica normativa), y falta igualmente la identidad de razón, pues no se olvide que, en el procedimiento penal, (...) sí se contempla expresamente la legitimación del ofendido, incluso la de cualquier persona mediante la acción popular, para intervenir en el procedimiento, en atención a la mayor relevancia de los hechos enjuiciables en dicha jurisdicción, la gravedad y la más rápida solución en su conjunto de la situación creada es lo que genera aquella legitimación”⁶¹.

Ahora bien, la cuestión así planteada queda incompleta, pues se sumerge, en realidad, en aguas más profundas. Por debajo del problema procesal de la legitimación del denunciante, subyace el problema material de si la Administración tiene libertad o no para decidir si sanciona o no las infracciones⁶².

Esta cuestión, a pesar de su carácter básico, está muy lejos de tener un régimen jurídico claro. Ni aparece resuelta en la nueva regulación del derecho administrativo sancionador⁶³, ni cuenta con una doctrina asentada en el ámbito jurisprudencial⁶⁴.

La doctrina tampoco ha llegado en este aspecto a un lugar común. Incluso, en algunos casos, se niega la posibilidad de llegar a una solución única, dada la heterogeneidad de la acción administrativa⁶⁵. Nos parece que esta situación debe valorarse negativamente, pues es una cuestión que, por su transcendencia, merece una aclaración que permita a la Administración actuar en un marco de mayor seguridad jurídica⁶⁶.

En cualquier caso, la tesis vigente hunde sus raíces en la consideración de que la Administración cuenta con un margen de apreciación para decidir si pone en marcha la potestad sancionadora en un caso concreto o no. A tales efectos se señala la existencia de una serie de elementos que postulan la necesidad de dotar a la Administración de ese espacio de valoración.

Por un lado, se apunta que obligar a la Administración a sancionar en todo caso supondría darle la espalda a la realidad, sobre todo en determinados sectores, pues es evidente que la Administración tan solo sanciona un número reducido de las infracciones cometidas⁶⁷, realidad que no responde, simplemente, a una manera

⁶¹ STSJ del País Vasco de 15 de septiembre. Recurso de apelación n. 111/2014. FJ 4.

⁶² REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 473-474.

⁶³ BAUZÁ MARTORELL, F.J., “La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, cit.

⁶⁴ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 477.

⁶⁵ COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, cit.

⁶⁶ CANO CAMPO, T., “La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa”, *Documentación administrativa*, n. 2, 2015.

⁶⁷ COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, cit. HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, cit., p. 219.

de hacer las cosas, sino a un substrato fáctico que se impone necesariamente. Una obligación de sancionar en todo caso supondría una multiplicación del trabajo administrativo imposible de absorber por la Administración existente, que requeriría de una imposible multiplicación de sus medios personales y materiales⁶⁸. Por otra parte, se impediría la posibilidad de desarrollar políticas represivas, esto es, dada su limitación de medios materiales y personales, es necesario definir un conjunto de infracciones en cuya persecución se va a centrar la Administración por su gravedad u otros motivos⁶⁹. Este tipo de políticas pueden responder, igualmente, no a una falta de medios personales y materiales, sino a decisiones derivadas de la distancia entre la realidad jurídica y la realidad de la calle u otros motivos de oportunidad⁷⁰, de tal modo que negar este margen de discrecionalidad a la Administración supondría, en opinión de este sector doctrinal, desconocer la realidad en la que operan los servicios públicos⁷¹.

A ello se añade el argumento de la propia finalidad de la sanción administrativa, que no es la represión y el castigo del culpable, sino el efecto preventivo que produce la amenaza de la sanción, siendo, en tal sentido, muchas veces más efectiva la benevolencia que el castigo, sobre todo en los supuestos de infracciones en masa⁷².

También se argumenta que supondría la desaparición del concepto de legitimación del ámbito del derecho administrativo sancionador⁷³.

Por último, se señala que se podría abrir la puerta para un ejercicio desviado o torticero de la posibilidad de denuncia, inspirado por motivos espurios en vez de por el cumplimiento de la legalidad⁷⁴.

Estos argumentos han desplegado un considerable poder de seducción sobre la doctrina científica, de tal modo que un gran número de autores siguen hoy en día dando por buena la consideración de que es necesario dar a la Administración un margen de discrecionalidad para decidir si inicia o no un procedimiento administrativo sancionador⁷⁵.

⁶⁸ NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 4.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 133. GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 395. CASTILLO BLANCO, F., "Garantías del ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", cit. TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador", cit., p. 855. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 477.

⁶⁹ COBREROS MENDEZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit. HUERGO LORA, A., "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", cit., p. 219.

⁷⁰ COBREROS MENDEZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 477.

⁷¹ COBREROS MENDEZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit.

⁷² NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 134.

⁷³ CASTILLO BLANCO, F., "Garantías del ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", cit. TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador", cit., p. 855. REQUENA LÓPEZ, T., "¿El ocaso de la concepción del inculpaado como único interesado en el procedimiento?", cit., p. 57.

⁷⁴ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 395.

⁷⁵ NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 133. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 477. HUERGO LORA, A., "La desigualdad en la

Ahora bien, este posicionamiento no suele presentarse en la actualidad en términos absolutos, sino que viene relativizado por algunas limitaciones que tratan de poner coto a los abusos en el ejercicio de esa doctrina, limitaciones que se derivan precisamente del hecho de que se trata de una potestad discrecional, por lo que está sujeta a las limitaciones propias de este tipo de potestades⁷⁶.

Así, en primer lugar, siendo un acto discrecional, parece que resulta exigible una adecuada motivación de la decisión de la Administración en todo caso⁷⁷, a lo que se añade que la discrecionalidad no ampara la arbitrariedad y la discriminación en la sanción⁷⁸. En particular, la Administración debe justificar por qué sanciona en un determinado supuesto en el que rige una regla general de tolerancia y, lo contrario, por qué no sanciona donde rige una regla general de rigor. De no aportarse dicha justificación, la actuación debería reputarse arbitraria⁷⁹.

Además, se señala que en ningún caso cabe que una eventual tolerancia con la infracción se transforme en una complicidad con esta, de tal forma que no puede dar lugar nunca a un mantenimiento de la sanción o su reiteración⁸⁰.

Esta necesidad de limitar la arbitrariedad de la Administración lleva a un sector doctrinal a negar que exista discrecionalidad para iniciar el procedimiento cuando la denuncia es presentada por persona interesada. En dichos supuestos, consideran, solo se podrá no iniciar el procedimiento ante la falta de indicios, pero no por una decisión discrecional de la Administración⁸¹, posición que ha sido rebatida, alegándose que supondría hacer depender el ejercicio de la potestad sancionadora de un elemento contingente, carente de base objetiva alguna, como lo es el mero hecho de que un particular se haya decidido a denunciar⁸².

Nos parece que los partidarios de establecer esta limitación a favor del denunciante interesado se sitúan ya más en el ámbito de la crítica a la tesis tradicional que en su defensa. Es obviamente una posición intermedia, que propugna la legitimación y la obligación de iniciar el procedimiento cuando hay alguien interesado o perjudicado, sin llegar, sin embargo, a considerar adecuado el establecimiento de una acción pública.

aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", cit., pp. 218-219.

⁷⁶ NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 135. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 477. HUERGO LORA, A., "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", cit., pp. 218-219.

⁷⁷ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 396. BELANDO GARÍN, B., "El denunciante en los procedimientos sancionadores de la Comisión Nacional del Mercado de Valores: la eventual existencia de interés legítimo. Comentario a la STS de 16 de marzo de 2016", cit., p. 419. CASTILLO BLANCO, F., "Garantías del ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", cit.

⁷⁸ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 477.

⁷⁹ NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 135.

⁸⁰ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 477.

⁸¹ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit. NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 136.

⁸² HUERGO LORA, A., "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", cit., p. 219.

Preferimos, sin embargo, situar a los así posicionados en este lugar del trabajo, porque estamos en desacuerdo con la tesis de fondo que mantiene la discrecionalidad de la Administración para iniciar el procedimiento.

Quienes defienden esta posición nos parece que pretenden asumir una postura progresista, de protección al denunciante, pero realista con las limitaciones de la Administración. Sin embargo, no nos parece correcta, pues, como se razonará con más detalle en lo que sigue, entendemos que es un error admitir esa brecha en la autoridad de la legalidad, que lleva a funestas consecuencias.

6.1.2 Régimen jurídico de la tesis tradicional

Desde la postura tradicional se acuña una cuestionable distinción entre la situación del denunciante y la de aquellos que presentan una solicitud. Estos últimos tendrían, en relación con la solicitud presentada, un interés material en la consecución de aquello que se pretende conseguir a través de esta. Frente a ello, el denunciante tendría un interés meramente formal, que no iría más allá de la pretensión de que se cumpla la legalidad⁸³.

En tal sentido, señala la jurisprudencia lo siguiente:

“El demandante puede denunciar unos hechos ante la Administración, pero, una vez efectuada la denuncia, agota la posición jurídica que le está permitida y no transmite al proceso jurisdiccional legitimación activa para impugnar la decisión administrativa. La potestad sancionadora administrativa recae única y exclusivamente en la Administración pública competente y no en los particulares, que solamente pueden ostentar la posición jurídica de denunciantes de determinados hechos, sin que ello permita ninguna cualificación jurídica especial para perseguir, a nivel jurisdiccional, la incoación de un procedimiento administrativo sancionador”⁸⁴.

Esto determina que el denunciante no tenga derecho a poner en marcha por sí solo el procedimiento sancionador y, con ello, obviamente, a que finalmente se sancione⁸⁵, de tal modo que, a diferencia de la solicitud, que genera en la Administración la obligación de resolver el asunto, la denuncia solo otorga la obligación de pronunciarse acerca de la iniciación o no del procedimiento⁸⁶.

Esta tesis venía siendo criticada desde hace tiempo por una parte de la doctrina, que considera que no es cierto que en los procedimientos sancionadores estén en juego solo el interés público y el del inculpado, sino también en muchos casos los intereses de terceros afectados⁸⁷.

⁸³ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 394.

⁸⁴ STSJ de Extremadura de 20 de mayo de 2014. Recurso de apelación n. 1/2014. FJ 4.

⁸⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 806.

⁸⁶ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 393.

⁸⁷ COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, cit. DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit. REQUENA LÓPEZ, T., “¿El caso de la concepción del inculpado como único interesado en el procedimiento?”, cit., p. 48.

Se hace así necesario distinguir entre la posición de denunciante, que es una cuestión puramente procesal, y la legitimación, que es una cuestión material que se deriva de otros títulos jurídicos⁸⁸.

En particular, se debe distinguir entre el denunciante simple (que actúa como un mero colaborador en la consecución del interés público) y el denunciante cualificado (como persona afectada en sus propios intereses por el hecho denunciado), distinción que desde hace tiempo ya viene propugnando la doctrina administrativa, a efectos de dotar de la condición de interesados a los denunciantes cualificados⁸⁹.

La trascendencia de conceder legitimación al denunciante cualificado es enorme, pues supone abrir la posibilidad de un auténtico control del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de este⁹⁰.

Más concretamente, se estaría dotando al denunciante cualificado de la posibilidad de impugnar: a) el archivo de actuaciones; b) la decisión de no sancionar; c) la imposición de una sanción menor o de distinta naturaleza a la prevista por el ordenamiento jurídico⁹¹.

De no reconocerse dicha legitimación a los terceros afectados, se produciría una reducción del procedimiento sancionador a un juego entre dos (Administración y presunto infractor)⁹².

Estas críticas no podían dejar de producir su efecto, dado que existen claramente dos tipos de supuestos en los que, de la imposición de la sanción, se podría derivar un interés legítimo para el denunciante: a) cuando se deriva un beneficio o la elusión de un perjuicio como consecuencia de contenido de la sanción; b) cuando se es la persona lesionada por la comisión de la infracción⁹³.

La posición de la jurisprudencia no ha sido la misma respecto a estos dos aspectos. En lo que se refiere al primero, ya sabemos que se niega la posibilidad de que el denunciante ponga por sí solo en marcha el procedimiento. Sin embargo, sí que se le reconoce la posibilidad de convertirse en interesado a los demás efectos (participación en el procedimiento, interposición de recursos, etc.), no por el mero hecho de la denuncia, sino por la regla general que reconoce dicha condición a los titulares

⁸⁸ HUERGO LORA, A., "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", cit., p. 209.

⁸⁹ GALLARDO CASTILLO, M.J., "El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate", cit. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte General*, cit., p. 677. COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit. DOMÍNGUEZ LUIS, C., "Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit. TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador", cit., p. 842.

⁹⁰ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit. GALLARDO CASTILLO, M.J., "El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate", cit.

⁹¹ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit.

⁹² GALLARDO CASTILLO, M.J., "El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate", cit. DOMÍNGUEZ LUIS, C., "Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit. TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador", cit., p. 842.

⁹³ REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador", cit., p. 71.

de derechos subjetivos o intereses legítimos que puedan verse afectados por la resolución que se dicte en el procedimiento⁹⁴.

Esta tesis es la que se ha impuesto jurisprudencialmente, de tal modo que, para que el denunciante esté legitimado, es necesario que tenga la posibilidad de obtener un beneficio o evitar un perjuicio por la imposición de la sanción⁹⁵.

El reconocimiento de la condición de interesado, al no provenir del mero hecho de la denuncia, se debe resolver caso por caso⁹⁶.

Así lo confirma la jurisprudencia, que señala que “la respuesta a la cuestión de la legitimación activa del recurrente-denunciante debe ser casuística, de modo que no resulte aconsejable ni una afirmación ni una denegación indiferenciadas para todos los casos, ha de entenderse que la existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda y determinación de ese interés”⁹⁷.

La prueba de la existencia de esa situación de interés que otorga al denunciante la legitimación, “cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga”⁹⁸.

Esto supone ya, evidentemente, un paso, pues se deja de lado la tesis tradicional en su versión más radical, que negaba al denunciante la legitimación en todo caso. Hoy en día, es una posición bastante asentada que lo podrá ser en la medida en que sea titular de derechos subjetivos o intereses legítimos afectados⁹⁹.

En tal sentido, señala la jurisprudencia que la “clave (...) para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución dictada en expediente abierto a virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera, y será así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como puede darse la contestación adecuada”¹⁰⁰.

⁹⁴ GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 806. BAUZÁ MARTORELL, F.J., “La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, cit.

⁹⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 807. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMÍJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 490.

⁹⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 806. NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 137. DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit. GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Posición del denunciante en el proceso contencioso-administrativo”, cit. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMÍJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 490. GALLARDO CASTILLO, M.J., “El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate”, cit.

⁹⁷ STS de 5 de noviembre de 1999. Recurso n. 9537/1995. FJ 4.

⁹⁸ STS de 5 de noviembre de 1999. Recurso n. 9537/1995. FJ 4.

⁹⁹ PEÑALVER I CABRÉ, A., *La defensa de los intereses colectivos en el contencioso administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016. Cito por su reproducción en Westlaw Insignis (BIB 2015/16866).

¹⁰⁰ STS de 5 de noviembre de 1999. Recurso n. 9537/1995. FJ 4.

La principal insuficiencia de esta doctrina reside en que desconoce, sin embargo, el otro supuesto en el que el denunciante puede resultar interesado, esto es, cuando ha sido la víctima de la infracción.

Para la jurisprudencia no es, efectivamente, suficiente para estar legitimado con el mero hecho de que el denunciante sea víctima de la presunta infracción, sino que es necesario que la imposición de la sanción genere un efecto positivo o negativo en el denunciante¹⁰¹.

El Tribunal Supremo ha fijado la siguiente doctrina al respecto:

“El argumento crucial en esta materia es que el denunciante, incluso cuando se considere a sí mismo “víctima” de la infracción denunciada, no tiene un derecho subjetivo ni un interés legítimo a que el denunciado sea sancionado. El poder punitivo pertenece únicamente a la Administración que tiene encomendada la correspondiente potestad sancionadora (...) y, por consiguiente, solo la Administración tiene un interés tutelado por el ordenamiento jurídico en que el infractor sea sancionado”¹⁰².

Esto supone que no se otorga legitimación para dar satisfacción al interés moral de que el infractor sea sancionado¹⁰³, posición que ha encontrado apoyo en una parte de la doctrina, que distingue entre la satisfacción moral, que es lo que consideran estos autores que niega esta jurisprudencia, y el daño moral, que no se produce. De no entenderse así, entienden que supondría reconocer como interés el ánimo de venganza¹⁰⁴.

En tal sentido también alguna jurisprudencia considera que la víctima de la infracción obtiene una mera satisfacción personal o íntima, que no alcanza a dotarle de legitimación. Señala al respecto el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco lo siguiente:

La “mera imposición de una sanción y por ende el mero sometimiento al procedimiento disciplinario no suponen alteración en la esfera jurídica del denunciante, es una satisfacción personal, íntima, no material. El agravio y la satisfacción al que alude el apelante no justifica la legitimación porque no se trata de un interés tutelable en el procedimiento sancionador”¹⁰⁵.

La conclusión está muy clara. En este país no solo no se tiene derecho a que se cumplan las leyes que te afectan, sino que ni siquiera se te reconoce que estés interesado en que se sancione a quienes te están perjudicando incumpléndolas. La víctima de una infracción administrativa no puede así invocar que se haga justicia castigando al culpable. Nuestro ordenamiento jurídico le condena a un camino de resignación.

¹⁰¹ GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, cit., p. 807. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMÍJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 491-492.

¹⁰² STS de 5 de febrero de 2018. Recurso de casación n. 2029/2016. FJ 2.

¹⁰³ ESCRIBANO TESTAUT, P., “Comentario al art. 19 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2013. Cito por su reproducción en Westlaw Insignis (BIB 2013/1923).

¹⁰⁴ REQUENA LÓPEZ, T., “¿El ocaso de la concepción del inculpado como único interesado en el procedimiento?”, cit., p. 48.

¹⁰⁵ STSJ del País Vasco de 15 de septiembre. Recurso de apelación n. 111/2014. FJ 4.

Esta cuestionable doctrina ha encontrado resistencia en algunas sentencias aisladas, que otorgan legitimación a la víctima de la infracción. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha afirmado lo siguiente:

“Así, en el caso de la actuación ante la autoridad administrativa titular de la potestad sancionadora o disciplinaria, las posibilidades de actuación del particular se agotan en la denuncia de la infracción cometida. Por el contrario, es competencia exclusiva del órgano administrativo decidir sobre si se produjo realmente la conducta supuestamente constitutiva de falta y en consecuencia si debe incoarse el expediente sancionador o disciplinario. Solo en este último caso el denunciante, si es precisamente el perjudicado por la conducta, puede intervenir en el procedimiento administrativo”¹⁰⁶.

Se trata, no obstante, de meras excepciones a una jurisprudencia consolidada que, con carácter general, sigue negando legitimación al denunciante perjudicado por la infracción.

Esta doctrina produce indirectamente el efecto de modificar la situación del denunciante dependiendo del tipo de sanción que prevea la normativa aplicable, de tal modo que, si es una multa, es prácticamente imposible estar legitimado, mientras que sí lo estará si la sanción prevista comporta una medida de restablecimiento de la legalidad¹⁰⁷.

Se tiende a reconocer legitimación a aquellos que pueden obtener como consecuencia de la sanción una ventaja de carácter competitivo¹⁰⁸.

El Tribunal Supremo ha fijado la siguiente doctrina al respecto:

No “puede olvidarse que nunca se negó a los actores en vía administrativa legitimación para las denuncias e impugnaciones realizadas. Pero sobre todo debe apreciarse que, además de un interés genérico en la defensa de la legalidad respecto a la colegiación que no basta para que los actores ante el Tribunal *a quo* estuviesen legitimados, sin duda la cuestión incide en la competencia entre profesionales. Como se ha indicado al exponer las circunstancias en que se dictó el acto administrativo recurrido, los actores son ópticos con ejercicio en la misma ciudad donde actúa el profesional sobre cuya colegiación se debate, y tienen abiertos en ella establecimientos dedicados a la misma actividad”¹⁰⁹.

Esto provoca la curiosa situación de que no estarían legitimadas las víctimas de la infracción, mientras que sí lo estarían otros sujetos menos afectados por la infracción en muchos casos, como puede ser un competidor¹¹⁰.

Una parte de la doctrina ha tratado de justificar esta desigualdad de trato en que en el caso del competidor se da una relación permanente, que puede dar lugar a

¹⁰⁶ STS de 20 de marzo de 1992. Recurso n. 193/1989. FJ 2.

¹⁰⁷ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 495.

¹⁰⁸ HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, cit., p. 212.

¹⁰⁹ STS de 16 de julio de 2003. Recurso de casación n. 6245/1999. FJ 3.

¹¹⁰ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 495.

perjuicios continuados, mientras que en el caso de la víctima de la infracción se trata de una relación esporádica y puntual¹¹¹.

Se otorga legitimación a quienes quedan como consecuencia de la infracción en una mejor situación para obtener una ventaja, como, por ejemplo, una indemnización o un premio, por ser un presupuesto para aplicar una norma favorable al administrado¹¹².

El Tribunal Supremo ha señalado al respecto que para “formular tal pretensión entendemos que sí tiene legitimación. Advértase que en la demandante concurre la condición de parte en el proceso en que las eventuales irregularidades pudieran haberse producido. Se trata, pues, de una denunciante –agraviada–. (...) La norma obliga a tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto para, desde ellas, apreciar la utilidad de la acción contencioso-administrativa en orden a conseguir un resultado que puede ser provechoso para el recurrente en la particular situación en que éste se encuentra. Lo que habrá que ponderar será lo que el actor pretenda en cada caso, la utilidad que le puede producir la actuación, en el supuesto enjuiciado, del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, en cumplimiento de las funciones que la Ley orgánica del poder judicial encomienda (artículos 171 y 176), siguiendo el procedimiento que el legislador ha trazado para la mejor prestación de la función inspectora. Desde tal perspectiva, entendemos que la actora está legitimada, pues lo que impulsa y moviliza su acción no es el puro y abstracto interés por la legalidad –que por sí solo no permitiría reconocer su legitimación–, sino la voluntad de desencadenar una actuación administrativa –la del servicio de inspección– que compruebe las irregularidades que con insistencia viene denunciando, y que si su depuración correspondiera al CGPJ, además de dar lugar, en su caso, a la correspondiente responsabilidad disciplinaria, podrían también, de existir y ser reconocidas por aquel, servir de fundamento a la formulación de pretensiones relacionadas con la responsabilidad del Estado prevista en el artículo 121 de la CE, aspecto este al que sí puede anudarse un interés legítimo en obtener la anulación del acuerdo recurrido, con la consiguiente prosecución de las actuaciones archivadas”¹¹³.

Se da mayor facilidad para sancionar cuando se trata de infracciones permanentes o que continúan, porque se piensa que la sanción puede llevar al cese de la infracción¹¹⁴, si bien dicha doctrina no se admite cuando dicha infracción no continúa.

En tal sentido, señala el Tribunal Supremo lo siguiente: “es cierto que la vinculación que tiene el actor con el lugar donde se produjo el vertido (...) serían datos

¹¹¹ HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, cit., pp. 212-213.

¹¹² REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 497. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo I. Parte General*, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 517. HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, cit., p. 213.

¹¹³ STS de 25 de octubre de 1996. Recurso contencioso-administrativo n. 637/1994. FJ 4. En el mismo sentido, STS de 6 de febrero de 2008. Recurso de casación n. 6/2003. FJ 2.

¹¹⁴ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 500.

suficientes para afirmar su legitimación no para solicitar una mayor sanción, sino para pedir el cese del vertido, como, en efecto, pide en el suplico de su demanda.

Sin embargo, esa solicitud carece de sentido, porque la Administración, al formular el pliego de cargos, ya ordenó el cese de los vertidos (...), no siendo, en consecuencia, una pretensión hábil que pueda mantener la viabilidad del recurso contencioso-administrativo por encima de la falta de legitimación”¹¹⁵.

Se da mayor tolerancia a la legitimación cuando se trata de intereses difusos o colectivos¹¹⁶, si bien la jurisprudencia también niega en ocasiones legitimación a los que pretenden actuar como denunciante en los ámbitos donde entran en juego este tipo de intereses.

El Tribunal Supremo ha señalado, en tal sentido, que “el interés legítimo en que la legitimación activa consiste, artículo 19-1-a) de la LJCA 29/98, se define como cualquier ventaja que se derive para una persona del pronunciamiento judicial que solicita. Y en el presente caso ni el demandante ha puesto de manifiesto ni este Tribunal descubre qué ventaja va a obtener aquel del hecho de que se imponga una mayor sanción a la entidad ya sancionada, como no sea la del puro interés a que la actuación de la Administración sea legal.

Sin embargo, este puro interés a la legalidad no es una ventaja que afecte al reducto de sus propios intereses, y buena prueba de ello es que el ordenamiento jurídico no concede una acción pública en materia de protección del medio ambiente, ni siquiera en la reciente Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, la cual, en su artículo 22, solo otorga acción popular a las personas jurídicas sin ánimo de lucro y solo cuando cumplen los requisitos de su artículo 23.

En consecuencia, carecen de la necesaria fuerza de convicción los argumentos que en contra de la falta de legitimación activa expone la parte recurrente en su escrito de casación, ya que ni el derecho genérico al medio ambiente adecuado que proclama el artículo 45-1 de la Constitución Española, ni la necesaria interpretación de las normas procesales conforme al principio “pro actione”, ni la profesión médica del demandante, ni, en fin, el valor prevalente de defensa del medio ambiente que la jurisprudencia proclama en la adopción de medidas cautelares, pueden otorgar al demandante un interés en una mayor sanción”¹¹⁷.

Igualmente, cabe la posibilidad de que se otorgue legitimación al denunciante por la legislación específica.

Señala el Tribunal Supremo al respecto que, “aunque la regla general en derecho español sea, efectivamente, la de que el denunciante carece de legitimación para discutir las resoluciones administrativas o judiciales que puedan recaer en reclamación con los hechos denunciados, es patente que el citado precepto de la ley orgánica citada contiene una excepción a dicha regla general.

¹¹⁵ STS de 7 de mayo de 2007. Recurso de casación n. 8001/2003. FJ 5.

¹¹⁶ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 507-508.

¹¹⁷ STS de 7 de mayo de 2007. Recurso de casación n. 8001/2003. FJ 4.

(...)

Es tan claro el texto del artículo que hemos transcrito que nos exime de tener que comentarlo, pues se trata de una regla de legitimación específica en favor del denunciante, establecida por ley que no contradice, pero excepciona, esa doctrina jurisprudencial que cita la sentencia impugnada”¹¹⁸.

La admisión de la legitimación al denunciante en vía administrativa no supone necesariamente su otorgamiento en vía judicial¹¹⁹.

En cualquier caso, este reconocimiento de la legitimación es una solución limitada, pues debe tenerse en cuenta que no convierte al eventual denunciante cualificado en interesado necesario, sino que lo será tan solo en la medida en que asuma una posición activa respecto al procedimiento solicitando su iniciación o personación en él¹²⁰.

Señala al respecto Rebollo Puig que, en nuestro derecho, la denuncia no es equivalente a la personación, posición que basa en varios argumentos: a) de la denuncia no se deriva directamente una voluntad de personación; b) la denuncia no es una instancia, por lo que no inicia el procedimiento; c) el procedimiento sancionador solo se inicia de oficio, nunca a instancia de parte; no es posible personarse en un procedimiento que todavía no se ha iniciado¹²¹.

De este modo, como vimos en su momento, la solicitud de iniciación o personación, aunque provenga de un denunciante cualificado, no impide que el procedimiento se siga considerado iniciado de oficio.

Tiene razón la doctrina que subraya el abuso que está haciendo la Administración de esta tesis, que olvida las notables diferencias entre los supuestos en los que el procedimiento se inicia propiamente de oficio, porque se pone en marcha por la propia voluntad de la Administración, de aquellos en lo que lo hace, en realidad, a instancia de parte, pues surge de la acción del denunciante¹²².

No es cuestión carente de trascendencia. Deja totalmente indefenso al denunciante ante la inacción absoluta de la Administración, pues, no habiendo iniciación, no entra en juego ni siquiera la tutela que al respecto ofrece el silencio administrativo¹²³.

Lo cierto es que es una brecha en los derechos del ciudadano-denunciante, pues sus garantías se articulan basándose en el procedimiento administrativo y, si se le niega el derecho a este, queda indefenso.

¹¹⁸ STS de 18 de diciembre de 2004. Recurso de casación n. 3020/2001. FJ 2. En el mismo sentido, STS de 7 de noviembre de 2007. Recurso de casación n. 5103/2003. FJ 2.

¹¹⁹ REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pp. 506-507.

¹²⁰ COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, cit.

¹²¹ REBOLLO PUIG, M., “Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador”, cit., p. 70.

¹²² COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, cit.

¹²³ COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, cit. REBOLLO PUIG, M., “Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador”, cit., pp. 76-77. REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 483.

6.2 Crítica a la tesis tradicional

La tesis tradicional antes expuesta, lejos de ser pacíficamente admitida, ha sido duramente cuestionada por una parte de la doctrina, en prácticamente todos sus aspectos, críticas a las que, sin ninguna duda, nos sumamos.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que estas críticas no pueden entenderse, en sentido estricto, como la propugnación *lege ferenda* de una nueva normativa. En realidad, el legislador, más que decir, ha guardado silencio, limitándose a repetir unas sintéticas fórmulas que han permitido mantener la anterior doctrina. Fuera de ello, la tesis que combatimos carece de cualquier fundamento en el derecho positivo que permita llegar a sus conclusiones¹²⁴. Más bien lo contrario, choca con muchas normas expresas y centrales de nuestro ordenamiento jurídico.

Vamos a intentar sistematizar estas críticas en determinados apartados, pues hay mucho de lo que quejarse. Toda una serie de argumentos relevantes, pero que pueden generar el riesgo de perderse en la enumeración cumulativa, viéndose privados de su fuerza más poderosa, que está en su síntesis. Y está en su síntesis precisamente porque, a la larga, su contradicción no lo es contra esos elementos concretos, sino contra los fundamentos esenciales que hacen de nuestro país un Estado democrático de derecho. No estamos hablando, por tanto, de una mera disconformidad respecto al eventual acierto de una normativa positiva, sino de una contradicción con los pilares básicos sobre los que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico.

Vamos a enfrentarnos conjuntamente a la tesis que niega legitimación al denunciante y a la que mantiene la existencia de discrecionalidad en la Administración para sancionar o no. Una y otra, nos parece, son las dos caras de una misma moneda, y llevan, en última instancia, al mismo sitio.

Esa contradicción se da, así, en primer lugar, con el principio de legalidad. No se trata simplemente de considerar, como sugieren algunos autores, más respetuosa con el principio de legalidad la tesis de que la Administración no tiene discrecionalidad para decidir si sanciona o no como consecuencia de una denuncia¹²⁵. Es que no hay otra solución posible. Dar discrecionalidad a la Administración supone convertir el mandato del legislador en papel mojado, obligando para que sea efectivo a que medie una decisión de la Administración¹²⁶, lo que supone una seria perturbación del principio de división de poderes.

Se puede hablar de un cierto margen de apreciación para atenuar el rigor de las sanciones en determinados supuestos en los que se pueda dar un resultado injusto por concurrir circunstancias excepcionales. Este elemento, conocido desde siempre en el derecho como equidad, es imprescindible para no caer, como dice el célebre

¹²⁴ REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador", cit., p. 69.

¹²⁵ COBREROS MENDAZONA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", cit. DOMÍNGUEZ LUIS, C., "Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit. REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador", cit., p. 66. NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 138.

¹²⁶ LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., p. 95.

aforismo jurídico, en el riesgo de que una aplicación severa de la ley dé lugar a las mayores injusticias.

Ahora bien, esto no puede suponer otra cosa que una discrecionalidad marginal, utilizable solo de manera justificada y estrictamente excepcional en casos especiales. No puede convertirse, como ha ocurrido en nuestro derecho, en una patrimonialización de una potestad pública por parte de la Administración.

Frente a ello, tienen razón los que postulan que la Administración, dado su carácter instrumental y su posición institucional, no puede asumir posiciones exclusivamente activas, por lo cual no puede tener un derecho subjetivo a ejercer la potestad disciplinaria¹²⁷. Se trata de una potestad que es al mismo tiempo un deber, que simplemente está obligada a ejercer cuando se dan las circunstancias para ello.

Otra cosa supone dejar en manos de la Administración la efectividad del derecho, pues le da coartada para mantener la existencia de conductas que infringen el ordenamiento jurídico mediante su mera inactividad¹²⁸, decisión que puede tomar, además, desde la arbitrariedad, pues se hace extremadamente difícil el control de los casos en que la Administración no sanciona de manera injustificada¹²⁹.

Esta posición ha sido rebatida por alguna jurisprudencia con argumentos, en opinión del que esto escribe, simplemente estrambóticos, que entienden que no queda la actividad sin control por la actuación de los interesados en el procedimiento, por lo que debemos entender tan solo al propio inculpado y la Administración, y los demás mecanismos del ordenamiento jurídico. Señala en tal sentido el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco lo siguiente:

Cuando “el apelante alude a que sin reconocerle legitimación el procedimiento y la actividad administrativa sancionadora queda huérfana de control está olvidando que no es así en absoluto. Serán los interesados en el procedimiento sancionador, los destinatarios de la potestad de esta naturaleza, los que se encarguen de velar, a través de la intervención que las normas de procedimiento les reconocen, por que efectúen tal control y, en su caso, la Jurisdicción. Además, la falta de iniciativa de la Administración a la hora de perseguir actuaciones sancionables administrativamente puede ser controlada a través de los instrumentos previstos para controlar el sometimiento de la Administración a la Ley, por ejemplo la vía penal, la acción popular y el Ministerio Fiscal”¹³⁰.

Pura ciencia ficción. Cualquiera que sepa la realidad de nuestro derecho administrativo sabe que esos mecanismos entran en funcionamiento solo de manera excepcional y solo en determinados ámbitos. En concreto, es evidente que hay un gran número de conflictos jurídicos, de trascendencia económica limitada (que no quiere decir en muchos casos que tengan escasa trascendencia para la vida de las personas)

¹²⁷ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 400.

¹²⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte General*, cit., p. 677.

¹²⁹ COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, cit. DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit. REBOLLO PUIG, M., “Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador”, cit., p. 66.

¹³⁰ STSJ del País Vasco de 15 de septiembre. Recurso de apelación n. 111/2014. FJ 4.

que quedan fuera de control jurídico sin la participación de la Administración en su represión, pues el afectado no puede asumir razonablemente el coste que supondría su persecución judicial.

No se debe olvidar aquí que a la Administración le corresponde en muchos ámbitos una labor de supervisión de la actividad privada¹³¹, cuya desatención deja desvalido al administrado que está llamado a proteger.

A ello se debe añadir que, en muchos casos, la falta de tutela de la Administración conlleva necesariamente una tutela insatisfactoria. Así, cuando la Administración no sanciona al vecino molesto y la víctima se ve obligada a pedir una indemnización en la vía civil por los daños y perjuicios sufridos, evidentemente ya nadie le quita el daño sufrido por los años de molestias toleradas. De hecho, si le indemnizan es porque el daño está ya producido.

Otro de los principios jurídicos básicos vejados es, obviamente, el principio de igualdad, en cuanto se va a dar un trato diferente a algunos administrados respecto a otros¹³², dando lugar a situaciones contrarias a la idea de justicia y de derecho¹³³.

A esto se añade que no se puede invocar un trato desigual en la ilegalidad, esto es, no puedo pedir que no se me aplique la ley porque no se está aplicando a otros. Esto determina que la única manera de lograr la igualdad sea dando legitimación al denunciante, para que pueda intentar que se aplique la ley a todos los que la vulneran¹³⁴.

Con ello, además, se deja en entredicho la imagen de objetividad e imparcialidad que se supone que debe ofrecer la Administración, provocando situaciones de arbitrariedad¹³⁵.

Asoma aquí uno de los fantasmas más letales que amenazan la vida jurídica y económica de nuestro país, el de la corrupción¹³⁶. Evidentemente, por un lado, se está dotando a los funcionarios y autoridades públicas de una coartada para eludir la aplicación de las normas inconvenientes¹³⁷.

De otro lado, se genera inseguridad, en cuanto no existe fiabilidad acerca de si la infracción de las normas se va a traducir o no en una sanción¹³⁸.

¹³¹ LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., p. 101.

¹³² NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit. GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 399.

¹³³ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 399.

¹³⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Comentario al art. 31 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas", *Comentario a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Estudios y comentarios legislativos*, Aranzadi, Pamplona, 2012. Cito por su reproducción en Westlaw-Insights (BIB 2012/5103).

¹³⁵ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 399. REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador", cit., p. 69. TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador", cit., pp. 850-851.

¹³⁶ LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., pp. 90-91.

¹³⁷ REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador", cit., p. 69. TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador", cit., p. 851.

¹³⁸ REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador", cit., p. 69. LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., pp. 91-92.

Esto se agrava por la existencia de una profusa normativa sancionadora, que hace que prácticamente todos los administrados incurran en algún tipo de infracción administrativa. Se genera, así, el inconveniente de dejar a los ciudadanos al arbitrio de la Administración, en cuyas manos queda casi siempre la posibilidad de sancionarle si esa es su voluntad¹³⁹, lo que supone abrir la puerta a que la potestad sancionadora sea utilizada de manera indebida por la propia Administración, para lograr de los administrados objetivos distintos de aquellos que la ley pretende¹⁴⁰.

Otro valor afectado es el de la eficacia de la Administración. Curiosamente, además, alegando precisamente motivos de eficacia. No hay medios suficientes para controlar todas las infracciones cometidas, pues, solución a la española, las sancionamos solo cuando nos da la gana.

En el peor de los casos, si la falta de medios lo impide, se debería eliminar las infracciones innecesarias, que a lo mejor hay muchas. No parece muy ético dejarlas para que las cumplan algunos, el “tonto que cumple la ley”, y dejarlas de adorno, para los de siempre, esto es, para los listos que van por libre saltándose todas las normas.

Esta manera de pensar nos está haciendo mucho daño, pues se castiga con ello al buen ciudadano, que sufre una doble afrenta: la de tener que amoldarse a un sistema de sanciones administrativas imposible, que sanciona prácticamente por todo, al mismo tiempo que ve cómo otros, de menos talla moral, se saltan las normas, importantes o no, cuando les da la gana.

De hecho, incentiva el incumplimiento de la norma, dado que el ciudadano toma conciencia de que es imposible evitar todas las infracciones y que el ser sancionado o no depende de circunstancias que quedan fuera de su control, y en buena medida al azar¹⁴¹.

Cuando se sanciona a alguien en nuestro país no es fácil pensar que es la inevitable mano de la justicia que actúa. Más bien la realidad nos lleva a pensar que el sancionado está haciendo lo mismo que hacen muchos otros, con la única diferencia de que a él le han pillado y, no siempre, por su mala fortuna, sino también, en ocasiones, porque se le ha cruzado a la persona equivocada.

Se abre así el riesgo de que la potestad sancionadora se utilice como un medio de persecución o acoso a determinados administrados¹⁴².

Esto lleva a que entre en juego el verdadero problema de la sanción rentable, que no es el establecimiento de sanciones más reducidas que el beneficio obtenido, sino que valga la pena arriesgarse a ser sancionado, dada la aleatoriedad de una posible sanción¹⁴³.

¹³⁹ NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 134.

¹⁴⁰ HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, cit., p. 199. LOZANO CUTANDA, B., “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, cit., pp. 90-91.

¹⁴¹ NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 135.

¹⁴² LOZANO CUTANDA, B., “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, cit., pp. 90-91.

¹⁴³ NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 135.

Frente a ello, nuestra sociedad demanda cada vez más que se reivindique la necesidad de cumplir las normas y de que estas estén diseñadas para que las cumpla todo el mundo.

Para ello es trascendental establecer la estricta obligatoriedad de que se sancionen las infracciones, pues la falta de sanción hace que la infracción se pueda ver privada de su carácter disuasorio¹⁴⁴.

Establecer un sistema adecuado de denuncia puede producir un importante efecto preventivo, en cuanto se inserta en la mentalidad colectiva el peligro que puede comportar la infracción de las normas, como consecuencia de existir un cauce adecuado y asentado por el que cualquier ciudadano puede hacer llegar a la autoridad competente la noticia de la comisión de la infracción¹⁴⁵.

Por otra parte, son cuestionables las justificaciones que postulan que se dé en este ámbito un tratamiento distinto del que rige en el ámbito penal. En realidad, dada la hoy asentada unidad del *ius puniendi* del Estado que se consagra en el artículo 25 CE, no hay espacio para la diferenciación entre uno y otro poder sancionador¹⁴⁶.

No faltan, pues, los motivos para eliminar la vieja doctrina. Ahora bien, a partir de aquí hay que diferenciar dos cuestiones diferentes. El problema de dar la debida tutela a la víctima de la infracción, por un lado; por otro, la necesidad de articular una acción pública en materia de derecho administrativo sancionador.

6.3 La protección de la víctima de la infracción

Si nos centramos en este aspecto, vemos que el verdadero problema no reside en el hecho de que no se reconozca legitimación al denunciante por el mero hecho de serlo. El problema está más bien en negar, en muchos casos, a personas que deberían contar con auténtica legitimación, de acuerdo con las reglas generales, la legitimación que les corresponde, impidiéndoles con ello la debida y adecuada defensa de sus derechos¹⁴⁷.

En particular, con la doctrina tradicional se renuncia a considerar como dotada de legitimación a la víctima de la infracción.

Esta negación constituye una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 CE para la víctima de la infracción, pues parece

¹⁴⁴ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 399. REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador", cit., pp. 68-69. LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., p. 90.

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., "La regulación de la denuncia de infracciones y delitos contra la integridad de los mercados de valores: el nuevo marco legal del «whistleblowing»", cit., LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., p. 89.

¹⁴⁶ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 400. REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador", cit., pp. 76-77.

¹⁴⁷ DOMÍNGUEZ LUIS, C., "Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit.

que es legítimo que pueda tratar de lograr que se imponga una adecuada sanción a la persona que ha cometido la infracción que la ha perjudicado¹⁴⁸.

No ha parecido entenderlo así, sin embargo, el Tribunal Constitucional, que ha ratificado en alguna ocasión, para nuestro profundo asombro, la compatibilidad de esta doctrina con el artículo 24 CE.

Señala el Tribunal Constitucional lo siguiente: “en el presente caso, como ha sido expuesto con más detenimiento en los antecedentes, ha quedado acreditado, en primer lugar, que el recurrente sufrió un accidente en su lugar de trabajo, del que se derivó una propuesta de sanción de la Inspección de Trabajo por infracción de la normativa de seguridad, que dio lugar a la apertura de un procedimiento sancionador finalmente archivado al considerarse que no concurría infracción alguna. Y, en segundo lugar, que el recurrente, en pretensión de que se revisara judicialmente esta decisión de archivo y de que se impusiera una sanción a la empresa, interpuso una demanda contencioso-administrativa que fue inadmitida por las sentencias ahora impugnadas en amparo al negarle legitimación activa, destacando que no podía derivarse un interés legítimo de las eventuales acciones indemnizatorias y de recargo de prestaciones que pudiera emprender contra la empresa, ya que la posibilidad de su ejercicio no se veía perjudicada por la decisión administrativa de archivo.

Pues bien, como también ha señalado el Ministerio Fiscal, no cabe apreciar la vulneración aducida del artículo 24.1 CE, puesto que, en defecto de una previsión legal que habilite a quien se considere víctima de la infracción administrativa cometida por un tercero para impugnar la decisión que en el ejercicio exclusivo de su potestad sancionadora adopte la Administración, la argumentación vertida en las resoluciones impugnadas para negar legitimación activa al recurrente no supone un entendimiento rigorista ni desproporcionado de la exigencia, prevista en el artículo 19.1 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de que concurra un interés legítimo como requisito ineludible para tener legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En efecto, partiendo de la base de que el recurrente no niega que, con carácter general, solo tienen interés legítimo para impugnar judicialmente las decisiones administrativas recaídas en los expedientes sancionadores aquellas personas contra las que se dirija el ejercicio de la potestad sancionadora, no cabe desconocer que, tal como se argumenta en las resoluciones impugnadas, la decisión de archivo adoptada por la Administración, a diferencia de lo que sucedía en el caso de la STC 143/2000, de 29 de mayo, carecía de una incidencia directa en la esfera de intereses legítimos del recurrente que le dotare de legitimación activa para su impugnación en vía judicial. Por un lado, el recurrente no se veía impedido de acudir a los Tribunales civiles para obtener de la empresa una indemnización por los daños causados o a los Tribunales del orden social en pretensión de que dicha empresa abonare el pago del recargo de prestaciones económicas previstas para los casos de accidente de trabajo. Por otro, la

¹⁴⁸ REBOLLO PUIG, M., “Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit., pp. 67-68. DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, cit. TOLA RÚA, M.A., “La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador”, cit., p. 850. GALLARDO CASTILLO, M.J., “El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate”, cit.

decisión de archivo del expediente sancionador tampoco despliega, por ser un mero pronunciamiento administrativo, ningún tipo de efecto prejudicial sobre los órganos judiciales civiles o sociales que deben pronunciarse sobre el ejercicio de dichas acciones, quienes mantienen su plenitud de jurisdicción para decidir en cada caso, al margen de lo concluido por la Administración, sobre la existencia de una infracción de la normativa de seguridad laboral a los efectos de la concreta acción ejercitada.

En definitiva, lo que el actor pretendía con su acción era la imposición de una sanción administrativa, el ejercicio de una potestad exclusiva de la Administración. La decisión judicial de inadmitir la demanda por falta de legitimación activa al carecer de interés legítimo resultó de la aplicación de una norma legal que no prevé la intervención del sujeto pasivo de la infracción y que fue interpretada sin incurrir en ningún defecto de motivación con relevancia constitucional¹⁴⁹.

Esta doctrina encubre una clara deficiencia en la tutela de los derechos de los ciudadanos. La denuncia se convierte en realidad en una vía indirecta, un remedio de mínimos y, como tal, imperfecto, para que un ciudadano amparado por la legalidad trate de buscar una tutela jurídica que le es negada arbitrariamente por el ordenamiento jurídico, que sin justificación alguna deja la efectividad del derecho al arbitrio de la Administración. Esto trae consigo la consecuencia evidente de indefensión del ciudadano ante la pasividad o negligencia de la Administración para hacer valer el derecho.

6.4 Reconocimiento de acción pública

Aún nos queda pendiente un problema más. No de menor calibre, pues cabe cuestionarse que sea correcto privar de legitimación al denunciante simple. Parece más bien que, si este ha hecho el esfuerzo de comunicar las circunstancias de las que se trate a la Administración, tiene, cuando menos, el derecho a verificar la efectividad de su acción¹⁵⁰.

Esta tesis se ve reforzada por la idea de que es el campo del reconocimiento de acción un terreno en absoluto apto para la interpretación restrictiva, sino que demanda más bien un reconocimiento lo más amplio posible¹⁵¹.

De aquí se derivaría, a mayores, negar en todo caso la existencia de discrecionalidad en la iniciación del procedimiento, porque debe darse preferencia al principio de legalidad respecto al de oportunidad¹⁵², lo que supondría, en última instancia, el reconocimiento de la acción pública, a la que se refiere el artículo 125 de la Constitución, en el ámbito del derecho administrativo sancionador¹⁵³. Con ello se consideraría

¹⁴⁹ STC 48/2009, de 23 de febrero. FJ 3.

¹⁵⁰ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, cit., p. 400.

¹⁵¹ DOMÍNGUEZ LUIS, C., "Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit.

¹⁵² DOMÍNGUEZ LUIS, C., "Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", cit.

¹⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 10.ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2006, p. 193. LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las

legitimadas no solo a las personas afectadas en su ámbito personal, sino a cualquier persona que ponga en conocimiento de la Administración la presunta comisión de una infracción administrativa¹⁵⁴.

Es esta, nos parece, la mejor solución.

Algunos autores se sitúan en una postura más matizada y se muestran tan solo partidarios de reconocer una acción pública en determinados ámbitos del derecho administrativo sancionador, negando, sin embargo, la adecuación de una generalización de la acción pública, que podría abrir el riesgo de multiplicar los supuestos de ejercicio torticero de dicha acción¹⁵⁵.

Así, hay quien considera que se debería abrir una acción de este tipo en aquellos ámbitos en los que el ciudadano denuncia en defensa del patrimonio público¹⁵⁶. También se ha señalado la necesidad de abrir a acción pública aquellos supuestos en los que se actúa en defensa de intereses colectivos o difusos¹⁵⁷.

No estamos de acuerdo. El mero hecho de que la legislación configure una conducta como una infracción administrativa comporta que en ella está implícito un interés público, cuya tutela cualquier ciudadano debería de poder invocar. La doctrina actual supone poner al mundo al revés.

La necesidad de buscar un interés propio, en definitiva, un interés privado afectado, para poder actuar plenamente en el procedimiento sancionador demuestra únicamente la insuficiencia de la tesis vigente, que hace buscar una solución de mínimos, para que al menos cuando esté afectado privadamente el ciudadano pueda intervenir.

Ahora bien, eso no puede ocultar que el principio democrático implica la participación del ciudadano en el ejercicio de las funciones públicas, lo que exige que pueda colaborar en el establecimiento de las sanciones administrativas por el mero hecho de que lo sean, ya que, si lo son, es porque tutelan el interés público. Si no es así, el error está en su tipificación como tales.

Esto es así incluso cuando la sanción proviene del control administrativo de actividades privadas. Cuando el legislador establece esta fiscalización, no lo hace para inmiscuir a la Administración en relaciones privadas que no lo incumben, sino porque sin ese control público no queda bien asegurado el interés público, una realidad, que confirma todos los días la vida social, que demuestra la falta de aptitud de otras autoridades, en particular de la acción judicial, para dar tutela adecuada a estas relaciones jurídicas. Solo la intervención de la Administración permite que se cumplan normativas que, de no mediar su autoridad, quedarían relegadas al arbitrio de los

condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., p. 93.

¹⁵⁴ DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, cit., p. 306.

¹⁵⁵ LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., p. 118.

¹⁵⁶ CASTILLO BLANCO, F., "Garantías del ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", cit.

¹⁵⁷ CASTILLO BLANCO, F., "Garantías del ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", cit. REBOLLO PUIG, M., "Interesados y denunciadores en el procedimiento administrativo sancionador", cit., pp. 74-75. TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador", cit., p. 851. LOZANO CUTANDA, B., "El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad", cit., p. 117.

ciudadanos, pues no es ni eficaz ni razonable económicamente invocar su tutela en vía judicial.

Esto determina la necesidad de una acción pública que permita al ciudadano lograr un cumplimiento que no debe estar obligado a lograr por sus medios privados, porque se ha erigido por la autoridad de la ley en una cuestión de interés público, decisión que comporta implícitamente la conversión en un quehacer público que se logre su cumplimiento.

7 Valoración final y conclusiones: denuncia e interpretación del derecho por la Administración

La construcción que niega la legitimación al denunciante es, nos parece, simplemente intolerable. Siempre lo fue. Tenían razón los primeros comentaristas que señalaron su contradicción con elementos estructurales de un Estado democrático. Ahora bien, el paso del tiempo hace que sea cada vez más difícil de asumir.

El fondo de la cuestión no es ni mucho menos de naturaleza procedimental, como se ha querido reconducir. Es una cuestión de fondo, que hace referencia a la relación que actualmente debe regir entre un ciudadano y su Administración.

La Administración hoy día no es un simple gestor de los asuntos públicos, sino también en muchas ocasiones la autoridad que garantiza la satisfacción de un gran número de derechos de los ciudadanos, mediante su labor de control del cumplimiento de la ley, derechos que, en muchos casos, al menos para la inmensa mayoría de los ciudadanos, quedarían en nada sin su intervención, porque carece de medios para lograr su cumplimiento.

Esto implica que en esos ámbitos la Administración asume un papel de auténtica autoridad de aplicación del derecho, lo que no es lo mismo que un simple gestor público. Aquí la Administración ni actúa políticamente ni gestiona asuntos públicos. Interpreta y aplica el derecho, tarea que por definición debe ser ajena a cualquier intromisión de carácter político o a criterios de mera oportunidad.

Si al denunciante se le niega la legitimación, y se da discrecionalidad a la Administración para sancionar o no, es porque no se toma en serio esa realidad. Esta doctrina parte de la incorporación de la potestad sancionadora al instrumental de medios con los que la Administración gestiona y desarrolla políticas públicas.

Esta conclusión obviamente no es correcta. La política pública en este ámbito acaba cuando acaba la configuración normativa de las infracciones y sanciones administrativas y comienza el momento de su aplicación al caso concreto. El propio nombre “aplicación” ya lo indica, es interpretación y aplicación de derecho, y a dicho régimen debe responder, lo que conlleva la plena vigencia del principio de legalidad y del resto de las garantías con las que la ejecución del ordenamiento jurídico está revestida en un Estado democrático.

Bibliografía

- BASSOLS COMA, M., “Buen gobierno, ética pública y altos cargos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015.
- BAUZÁ MARTORELL, F.J., “La denuncia en el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Documentación administrativa*, n. 2, 2015. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10264&path%5B%5D=10761> (13 de abril de 2018).
- BELANDO GARÍN, B., “El denunciante en los procedimientos sancionadores de la Comisión Nacional del Mercado de Valores: la eventual existencia de interés legítimo. Comentario a la STS de 16 de marzo de 2016”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 6, 2017.
- CANO CAMPO, T., “La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa”, *Documentación administrativa*, n. 2, 2015.
- CASTILLO BLANCO, F., “Garantías del ciudadano al buen gobierno y a la buena administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 35, 2014.
- COBREROS MENDAZONA, E., “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 41, 1995.
- DOMÍNGUEZ LUIS, C., “Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n. 21, 2005.
- DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ESCRIBANO TESTAUT, P., “Comentario al art. 19 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2013.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., “La regulación de la denuncia de infracciones y delitos contra la integridad de los mercados de valores: el nuevo marco legal del «whistleblowing»”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 146, 2017.
- GALLARDO CASTILLO, M.J., “El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 179, 2016.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Derecho administrativo sancionador práctico. Vol. I. Práctica del procedimiento administrativo sancionador común*, Editorial Bosch, Barcelona, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 10.^a ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2006.

Regap



ESTUDIOS

- GARRIDO FALLA, F., “El derecho a la prima en la multa por denuncia”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 48, 1949.
- GÓMEZ DE MERCADO, F. (coord.), *Procedimiento Administrativo Común y régimen jurídico*, 3.ª ed., Editorial Comares, Granada, 2016.
- GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Aranzadi. Pamplona, 1997.
- GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, 3.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Comentario al art. 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Comentario a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Estudios y comentarios legislativos*, Aranzadi, Pamplona, 2012.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Comentario al art. 31 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Comentario a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Estudios y comentarios legislativos*, Aranzadi, Pamplona, 2012.
- GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Posición del denunciante en el proceso contencioso-administrativo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 6, 2017.
- HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, n. 137, 1995.
- HUERGO LORA, A., “Sanciones urbanísticas”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n. 19, 2009.
- LOZANO CUTANDA, B., “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, *Revista de Administración Pública*, n. 161, 2003.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *El régimen jurídico del Nuevo procedimiento administrativo común*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- MOLTÓ DARNER, J.M., “El simple denunciante no es parte en el procedimiento administrativo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 3, 1991.
- NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 4.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo I. Parte General*, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004.
- PEÑÁLVER I CABRÉ, A., *La defensa de los intereses colectivos en el contencioso administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- REBOLLO PUIG, M., “Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, *Poder Judicial*, n. 29, 1993.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., “Panorámica del Derecho Administrativo Sancionador en España”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 7, n. 1, 2005.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

REQUENA LÓPEZ, T., “¿El ocaso de la concepción del inculpado como único interesado en el procedimiento?”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 26, 1996.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte General*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 2006.

TOLA RÚA, M.A., “La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador”, *Actualidad Administrativa*, n. 31, 1999.

Regap



ESTUDIOS

A adquisición de material bibliográfico e de libros científicos como negocios xurídicos non excluídos da LCSP 2017

La adquisición de material bibliográfico y de libros científicos como negocios jurídicos no excluidos de la LCSP 2017

The acquisition of bibliographical material and scientific books as legal businesses not excluded from the LCSP 2017

57 Regap

Regap



ESTUDIOS

JAIME PINTOS SANTIAGO

Abogado-consultor experto en contratación pública
Director del Título Propio de Especialista en Contratos Públicos de la UDIMA

Funcionario de carrera en excedencia
www.jaimepintos.com

Recibido: 21/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.17>

Resumo: A cuestión formulada céntrase en se a contraprestación económica aboada pola adquisición de material bibliográfico e a adquisición de libros científicos entra ou non dentro do ámbito de aplicación obxectivo da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 (en diante, LCSP). Isto é, se lle é aplicable ou non a LCSP.

Palabras clave: LCSP, negocios excluídos, contrato subministracións, libros científicos, material bibliográfico, bibliotecas, compras públicas.

Resumen: La cuestión planteada se centra en si la contraprestación económica abonada por la adquisición de material bibliográfico y la adquisición de libros científicos entra o no dentro del ámbito de aplicación objetivo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Esto es, si le es aplicable o no la LCSP.

Palabras clave: LCSP, negocios excluidos, contrato suministros, libros científicos, material bibliográfico, bibliotecas, compras públicas.

Abstract: The question raised focuses on the economic consideration and the acquisition of bibliographic material and the acquisition of book books, are included in the site of the objective application of Law 9/2017, of November 8, Public Sector Contracts, whereby the European Parliament and Council Directives 2014/23/EU and 2014/24/EU, of 26 February 2014 (hereinafter LCSP) are transposed into the Spanish legal order. That is, if it is applicable or not to the LCSP.

Key words: LCSP, excluded businesses, contract supplies, scientific books, bibliographic material, libraries, public purchases.

SUMARIO: 1 Análisis normativo de la cuestión. 1.1 Análisis normativo inicial. 1.2 Profundización en el análisis normativo. 1.3 Análisis de la doctrina científica. 2 En el fondo de la cuestión. 3 Conclusión. 4 Recomendaciones.

1 Análisis normativo de la cuestión

1.1 Análisis normativo inicial

El artículo 2 de la LCSP nos delimita el ámbito objetivo de la ley al decirnos en su apartado primero que *“Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3”* y, como novedad de la nueva ley, que *“Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta”*.

De conformidad con el artículo 3 de la LCSP, que regula su ámbito subjetivo, se define quiénes tienen, a los efectos de aplicación de la ley, la consideración de administraciones públicas, poderes adjudicadores no Administración pública y lo que se denomina resto del sector público, esto es, a quiénes se les aplica la norma.

Los negocios y contratos excluidos se regulan en los artículos 4 y siguientes de la LCSP. El artículo 4 recoge el régimen aplicable a los negocios jurídicos excluidos: *“Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”*.

Este precepto no encuentra a su vez referencias en el 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 (en adelante, RGLCAP).

Las concordancias internas del artículo 4 en la nueva LCSP las encontramos en los siguientes preceptos: *“Artículo 5: Negocios jurídicos excluidos en el ámbito de la Defensa y de la Seguridad. Artículo 6: Convenios y encomiendas de gestión. Artículo 7: Negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito internacional. Artículo 8: Negocios y contratos excluidos en el ámbito de la Investigación, el Desarrollo y la Innovación. Artículo 9: Relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial. Artículo 10: Negocios y contratos excluidos en el ámbito financiero. Artículo 11: Otros negocios o contratos excluidos. Artículo 19.2: Delimitación general (contratos sujetos a regulación armonizada). Artículo 22: Contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada: umbral). Artículo 30: Ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados. Artículo 31: Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal. Artículo 32: Encargos de los poderes*

adjudicadores a medios propios personificados. Artículo 33: Encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados. Artículo 182: Bases del concurso (de proyectos).¹

Y las concordancias con otras normas se referencian en cada uno de los artículos siguientes al artículo 4, relativos a los distintos negocios y contratos excluidos.

La conclusión derivada de este primer análisis normativo es que en ninguno de estos preceptos aparece como negocio jurídico excluido de la LCSP la adquisición de libros científicos o la adquisición de material bibliográfico.

Por su parte y retomando el artículo 2 de la LCSP, encontramos concordancias de este artículo con el artículo 1 del RGLCAP y también concordancias dentro del propio texto de la LCSP, por citar solo las que vienen al caso: artículo 12: Calificación de los contratos. Artículo 19: Delimitación general de los contratos sujetos a una regulación armonizada. Artículo 24: Régimen jurídico aplicable a los contratos del sector público. Artículo 25: Contratos administrativos. También es concordante el artículo 16 LCSP al definir los contratos de suministro; considera como tales “*los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles*”, para precisar expresamente en su apartado segundo que “*no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables*”².

Pues bien, de todos los preceptos analizados no se puede, *a priori*, de su simple lectura dilucidar ni inferir la exclusión de la adquisición de material bibliográfico o libros científicos de la aplicación de la actual LCSP. Tampoco encontramos visos de esa exclusión después del análisis de las concordancias con la Directiva 2014/24/UE (Directiva clásica de contratación pública, aludida al inicio).

Es decir, en todo el análisis normativo realizado no se han encontrado argumentos jurídicos de peso (ni sin él) que nos permitan sostener la exclusión de los negocios jurídicos (compras) aquí analizados, a saber, adquisición de material bibliográfico y libros científicos.

1.2 Profundización en el análisis normativo

No obstante lo anterior, no podemos obviar una corriente doctrinal de carácter científico y no vinculante que se posiciona en la posible exclusión de la aplicación de la LCSP de estas adquisiciones de libros científicos. En este sentido, la base jurídica que fundamenta esta posición parte del último inciso del mencionado artículo 16 de la LCSP cuando, al definir los contratos de suministros, establece que “*no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables*”, exclusión que mantiene *ex* artículo 9 de esta norma, como

¹ Véase en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, Martínez Fernández, J.M. (dir.), 4.ª ed. (2 tomos), Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, Madrid, 2017, comentario del artículo 4 realizado por De la Morena Sánchez, J., y Pintos Santiago, J., pp. 74 y 75.

² Véase en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, cit., comentario del artículo 2, realizado por De la Morena Sánchez, J., y Pintos Santiago, J., pp. 59 y 60.

luego veremos. El artículo 9 regula las relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial.

Pero analicemos, pues, antes para mayor abundamiento las concordancias de estos dos preceptos, en busca de referencias que nos permitan y otorguen una mayor seguridad jurídica a la hora de considerar excluidas de la LCSP la adquisición de libros científicos y del material bibliográfico.

El artículo 16 de la LCSP encuentra referencias en el RGLCAP en el libro II, título III, “Del contrato de suministro”, así como las siguientes concordancias internas en la nueva Ley: “Artículo 2: *Ámbito de aplicación*. Artículo 3: *Ámbito subjetivo*. Artículo 5: *Negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito de la Defensa y de la Seguridad*. Artículo 7. *Negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito internacional*. Artículo 9. *Relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial*. Artículo 12: *Calificación de los contratos*. Artículo 18: *Contratos mixtos*. Artículo 19: *Delimitación general (Contratos sujetos a una regulación armonizada)*. Artículo 21: *Contratos de suministro sujetos a una regulación armonizada: umbral*. Artículo 25: *Contratos administrativos*. Artículo 27: *Jurisdicción competente (apartado 1. Contencioso-administrativo)*. Artículo 29: *Plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación*. Artículo 32: *Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados*. Artículo 33: *Encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados*. Artículo 44: *Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles*. Artículo 75: *Integración de la solvencia con medios externos*. Artículo 76: *Concreción de las condiciones de solvencia*. Artículo 87: *Acreditación de la solvencia económica y financiera*. Artículo 89: *Solvencia técnica en los contratos de suministro*. Artículo 99: *Objeto del contrato*. Artículo 101: *Valor estimado*. Artículo 103: *Procedencia y límites (Revisión de precios en los contratos de las entidades del Sector Público)*. Artículo 107: *Exigencia de la garantía definitiva*. Libro Segundo, Título II, Capítulo IV: *Del contrato de suministro*. Disposición adicional vigésima segunda: *Contratos de suministro con empresas extranjeras*. Disposición adicional trigésima cuarta: *Contratos de suministros y servicios en función de las necesidades*. ANEXO II: *Lista de productos contemplados en el artículo 21.1.a), en lo que se refiere a los contratos de suministro adjudicados por los órganos de contratación en el sector de la defensa*”.³

Con respecto a otras normas, las concordancias principales que del artículo 16 de la LCSP encontramos son las que siguen: 2014/24/UE (Contratación pública): “Artículo 1: *Objeto y ámbito de aplicación*. Artículo 2: *Definiciones (apartados 5, 8, 14 y 15)*. Artículo 3: *Contratación mixta*. Artículo 4: *Importes de los umbrales (letras b) y c)*. Artículo 5: *Métodos de cálculo del valor estimado de la contratación*. Artículo 9. *Contratos públicos adjudicados y concursos de proyectos organizados con arreglo a normas internacionales (Exclusiones)*. Artículo 17: *Contratos públicos y concursos de proyectos que conlleven aspectos de seguridad o defensa que se adjudiquen u organicen con arreglo a normas internacionales*. Artículo 42: *Especificaciones técnicas*. Artículo 43: *Etiquetas*. Artículo 45: *Variantes*. Artículo 62: *Normas*

³ Véase en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, cit., comentario del artículo 2 realizado por De la Morena Sánchez, J., y Pintos Santiago, J., pp. 123 y 124.

de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental. Artículo 68: Cálculo del coste del ciclo de vida. Real Decreto 806/2014, de 19 de septiembre, sobre organización e instrumentos operativos de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos”⁴.

Por su parte el artículo 9 de la LCSP no encuentra referencia en el RGLCAP. Las concordancias internas en la nueva LCSP son: Artículo 14: Contratos de concesión de obra pública. Artículo 16: Contrato de suministro (apartado 2). Artículo 34: Libertad de pactos (apartado 2). Artículo 166: Supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad (letra a) 2º). Artículo 255: Derechos del concesionario (de obras. Letras c) y d). Artículo 256: Obligaciones del concesionario (de obras. Letra f). Artículo 270: Incorporación a títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario (de obra). Disposición adicional segunda: Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales (apartados 9 y 10). Disposición adicional tercera: Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales (apartado 9). Disposición adicional séptima: Bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español⁵.

Y las principales concordancias en otras normas las encontramos en: Directiva 2014/23/UE (Contratos de concesión): Artículo 10: Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras (apartado 8 a). Directiva 2014/24/UE (Contratación pública): Artículo 10: Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios (apartado a). Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española: Artículo 6: Supuestos en los que puede aprobarse un régimen de revisión periódica y pre-determinada de valores monetarios en función de precios individuales o índices específicos de precios (Apartado 2). Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (Real decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de dicha ley)⁶.

Por último y en este intento de análisis normativo suficientemente completo para evaluar la cuestión objeto de estudio, se ha analizado comparativamente también estos preceptos (arts. 2, 4, 9 y 16 de la LCSP) con sus homónimos en la legislación anterior, esto es, el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (en adelante, TRLCSP).

El artículo 2 de la LCSP encuentra su referencia del TRLCSP también en el artículo del mismo numeral (2), cuyas novedades principales a los efectos de lo que nos ocupa en este trabajo ya han sido citadas (definición de onerosidad).

El artículo 4 de la LCSP concuerda con la introducción del apartado 1 y con el apartado 2 del artículo 4 del TRLCSP, en los que se advierte principalmente el cambio del verbo “regular” por “regir”, de efecto jurídico similar en cuanto a determinar

⁴ Véase en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, cit., comentario del artículo 2 realizado por De la Morena Sánchez, J., y Pintos Santiago, J., pp. 123 y 124.

⁵ Véase en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, cit., comentario del artículo 9 realizado por De la Morena Sánchez, J., y Pintos Santiago, J., p. 97.

⁶ Véase en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, cit., comentario del artículo 9 realizado por De la Morena Sánchez, J., y Pintos Santiago, J., p. 97.

las normas a que deben someterse las relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos del ámbito de la Ley de contratos o lo que hay que hacer en dichos casos.

El artículo 9 de la LCSP encuentra su referencia en el TRLCSP en el artículo 4 o) y p). Los cambios que se producen son los siguientes, si bien ninguno, como se puede comprobar, afecta a la cuestión objeto de estudio y análisis de dilucidación en el presente trabajo:

- Se cambia el adverbio “no” por el adverbio “sólo” podrán incluirse prestaciones... El cambio de adverbio es radical en cuanto a la inclusión o no de las prestaciones correspondientes, por lo que sería deseable precisar correctamente la intención jurídica o, al menos, aproximarse al precepto de las directivas, que únicamente excluye la “adquisición o el arrendamiento (...) de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes”.
- Se cambia el condicional “o si no”, por la locución adverbial “a su vez”, que modifica radicalmente el sentido del precepto.
- Se suprime el inciso final del apartado p) del artículo 4 TRLCSP.

El artículo 16 de la LCSP encuentra su referencia en el TRLCSP, también en el mismo numeral, artículo 9. Los cambios que se producen son los siguientes, los cuales sí denotan una relevancia, se entiende que muy importante, para la cuestión objeto de estudio en este trabajo, relevancia que, ya ponemos de manifiesto, no consiste en ninguna novedad, sino justamente todo lo contrario: en idéntica regulación con respecto a la normativa anterior:

- Se suprime el inciso final de este apartado 3 a) del TRLCSP “*No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario*”.
- En el apartado 3.b), sobre adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión de derechos de uso de estos últimos, se previene la consideración de este tipo de contratos como de suministro, cualquiera que sea la modalidad de puesta a disposición.
- Se adiciona un nuevo apartado d) referente a la consideración de contrato de suministro en la adquisición de energía, tanto primaria como transformada (o secundaria).

Como ya se ha adelantado y queda puesto de manifiesto, el inciso del actual artículo 16 de la LCSP “*no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorporales o valores negociables*” no resulta ninguna novedad normativa y es transcrito exactamente igual que estaba en la anterior legislación. Por tanto, este es un elemento normativo que en este momento del estudio se quiere volver a remarcar: no ha habido cambios normativos con respecto a la regulación anterior, justamente en la parte del precepto que se sostiene como fundamento ex artículo 9 de la LCSP para excluir a los libros científicos de la aplicación de la LCSP.

1.3 Análisis de la doctrina científica

Pero volvamos al análisis en mayor profundidad de la doctrina científica que sostiene la posible exclusión de estas compras de la aplicación de la LCSP. Conforme a la doctrina científica que aboga por la exclusión de las adquisiciones de libros científicos de la LCSP, se fundamenta en lo que sigue⁷:

El artículo 10 del Real decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, considera que son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas, “*los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza*” (letra a) del apartado 1).

Continúa argumentando que, al ser la propiedad intelectual un bien incorporeal (que, como resalta la resolución del TACRC 220/2013, de 12 de junio de 2013, se despliega en un conjunto de derechos de diferente signo), la compra de libros científicos por los poderes adjudicadores sería un negocio jurídico que estaría formalmente excluido de las previsiones de la LCSP 2017, al no tener consideración de contrato público *ex* artículo 9 de esta norma.

Asimismo, dice que la afectación a derechos protegidos por la normativa sobre propiedad intelectual implica que las condiciones personalísimas sean determinantes para la selección de la prestación de creación, hasta el punto de que, en muchas ocasiones, la publicación en cuestión ya puede venir amparada por una protección intelectual previa (tesis doctoral, artículos o trabajos de investigación). Basándose en esta argumentación, la adquisición de conocimiento de libros científicos queda al margen de las reglas y procedimientos de la contratación pública, si bien en opinión de quien suscribe y en contra de este argumento concreto no olvidemos que no se está contratando expresamente esa investigación, tesis o artículos, no se está contratando la realización de un libro científico o un material bibliográfico concreto, no se está contratando la realización y adquisición específica de una propiedad incorporeal, sino comprando un suministro con un proveedor que es cierto que vende un producto protegido por la propiedad intelectual, pero un producto de mercado que está al alcance de cualquiera que lo desee comprar a través de una suerte plural de distribuidores autorizados que pueden actuar en precio de mercado y en concurrencia competitiva. Se está comprando un libro en el formato que sea, ya hecho, ya realizado y a la venta en el mercado, no se compra la realización de un estudio concreto, hecho a medida, por ejemplo. Por otro lado, no olvidemos que la propia LCSP hace numerosas alusiones a la compra pública de prestaciones de carácter intelectual, así como a la propiedad intelectual (incluso industrial) sin por ello, todo lo contrario, considerarlos excluidos

⁷ MORENO MOLINA, J.A., *Adquisiciones de libros científicos excluidas de la LCSP 2017*, Disponible en la Web del Observatorio de Contratación Pública (ObCP). Disponible en: [http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.355/reلمenu.3/chk.e97f8d050e5d4c2179e4d4dbed955a03d](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.355/recategoria.121/reلمenu.3/chk.e97f8d050e5d4c2179e4d4dbed955a03d) (7 de noviembre de 2018).

del ámbito de aplicación de la LCSP – véanse preámbulo, artículos 122, 143, 145, 159, 160, 168, 177, 308 y disposición adicional cuadragésima primera –, con lo que con esta misma argumentación podríamos considerar excluidas de la aplicación de la LCSP otras muchas prestaciones y contrataciones.

Sostiene también la doctrina que, si se acude a la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, se puede encontrar en su artículo 2 una definición de libro como *“obra científica, artística, literaria o de cualquier otra índole que constituye una publicación unitaria en uno o varios volúmenes y que puede aparecer impresa o en cualquier otro soporte susceptible de lectura. Se entienden incluidos en la definición de libro, a los efectos de esta Ley, los libros electrónicos y los libros que se publiquen o se difundan por Internet o en otro soporte que pueda aparecer en el futuro, los materiales complementarios de carácter impreso, visual, audiovisual o sonoro que sean editados conjuntamente con el libro y que participen del carácter unitario del mismo, así como cualquier otra manifestación editorial”*. (Se quiere hacer mención en este punto concreto a que la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, no es una de las normas que se citan en la LCSP entre las concordancias con otras normas que se citan en cada uno de los artículos siguientes al artículo 4, relativos a los distintos negocios y contratos excluidos, es decir, la norma que regula los contratos del sector público no cita expresamente entre las normas que excluye de su ámbito de aplicación, como sí lo hace respecto de otras normas, a la meritada Ley 10/2007).

Sigue diciendo la doctrina que el artículo 9 de la Ley 10/2007 establece que toda persona que edita, importa o reimporta libros está obligada a establecer un precio fijo de venta al público o de transacción al consumidor final de los libros que se editen, importen o reimporten, todo ello con independencia del lugar en que se realice la venta o del procedimiento u operador económico a través del cual se efectúa la transacción. Con el fin de garantizar una adecuada información, el editor o importador quedará asimismo obligado a indicar en los libros por él editados o importados el precio fijo (se podría decir que como casi cualquier otro bien de mercado, si bien y a pesar de ser esto así es igualmente cierto que las distintas distribuidoras aplican descuentos que suelen variar dependiendo no solo del punto de venta, sino también de la forma en que se lleve a cabo la distribución de la adquisición bibliográfica).

Como excepciones al precio fijo, el artículo 11 de la Ley 10/2007 admite que se puedan aplicar precios inferiores al de venta al público cuando el consumidor final sean bibliotecas, archivos, museos, centros escolares, universidades o instituciones o centros cuyo fin fundacional sea científico o de investigación (posibilidades de descuento variadas que ya se han puesto de manifiesto en el párrafo anterior y que además se dan en muchos otros productos, obras y servicios, como cualquier bien de mercado).

Esta misma doctrina sostiene, a la par, que sería recomendable la homologación de la compra de libros científicos sin restricción de proveedores, tal y como se admite por la Sentencia del TJUE de 2 de junio de 2016, en el asunto C-410/14, Dr. Falk Pharma GmbH y DAK-Gesundheit, ECLI:EU:C:2016:399, que entiende que no constituye un contrato público a los efectos de las directivas de contratos públicos

un sistema de acuerdos, como el que es objeto del litigio principal, mediante el cual una entidad pública pretende adquirir bienes en el mercado contratando, a lo largo de toda la vigencia de dicho sistema, con todo operador económico que se comprometa a suministrar los bienes de que se trate en condiciones preestablecidas, sin llevar a cabo una selección entre los operadores interesados y permitiéndoles adherirse a dicho sistema durante toda la vigencia de este. Aplicando de este modo un criterio de racionalidad de gestión y adecuada trazabilidad, puede aconsejar la implantación de un sistema de homologación abierto a cualquier proveedor de la Unión Europea que cumpla los requisitos que se considere oportuno establecer, como el plazo de entrega, la facturación o los descuentos [opinión que me parece de lo más acertada, para respetar así la exigencia de publicidad comunitaria en los contratos de cuantía inferior a los umbrales SARA, si el contrato tiene un “interés transfronterizo” (STUE de 16 de abril de 2015; de 2 de junio de 2016), entendiendo que la compra de material bibliográfico y libros científicos tiene dicho interés].

2 En el fondo de la cuestión

Llegados a este punto, toca hacer el correspondiente pronunciamiento de opinión jurídica y motivada al respecto, más allá de lo ya comentado hasta el momento.

1. No se encuentra en el conjunto de los textos normativos analizados un pronunciamiento explícito y suficientemente preciso que permita entender excluidos de la LCSP con todas las salvaguardas jurídicas que ello requiere la adquisición de libros científicos o de material bibliográfico, ya sea por universidades públicas, bibliotecas públicas o similares. Ninguno de los preceptos analizados así nos lo dice expresamente.

2. En la investigación llevada a cabo no se han encontrado tampoco pronunciamientos vinculantes derivados de los distintos órganos existentes con competencias para ello que permitan afirmar categóricamente dicha exclusión.

3. Existe doctrina científica no vinculante que se ha manifestado al respecto de dicha exclusión en base a los argumentos transcritos en este estudio. Los argumentos que sostiene han sido transcritos y han sido objeto de evaluación bajo el prisma jurídico de quien suscribe.

4. Esta doctrina científica no vinculante aboga asimismo por utilizar sistemas de racionalización de la compra pública. Exigencia de planificación estratégica derivada ya *ex lege* de la LCSP al imponer importantes límites y restricciones a la contratación menor (arts. 118, 28 y 29 y resto de concordantes) y, por tanto, no aplicable exclusivamente a las adquisiciones bibliográficas y de libros científicos, sino con carácter general a la racionalización de cualquier compra periódica de obra, servicio o suministros. Esto nos lleva a la conclusión de que la propia doctrina, pese a esa exclusión “*formal*” (tenor literal), sostiene y defiende una contratación sometida a los principios generales de la contratación pública, denotando de este modo la necesidad de aplicación de ese buen criterio que es el sempiterno respecto a los principios generales de la contratación pública en el seno de la misma.

Regap



ESTUDIOS

Este es un punto donde tenemos que hacer una parada importante al objeto del correcto entendimiento de la cuestión que nos preocupa. Cabe decir que lo que se aplica de manera que cubra las dudas interpretativas y lagunas que puedan presentar las distintas normativas reguladoras de los negocios jurídicos excluidos son los “principios”; así pues, los principios generales de la contratación pública.

Los principios generales del derecho de la Unión Europea merecen una mención especial debido a la importancia vertebral y transversal que tienen en todo el derecho de la Unión Europea. No se puede obviar y por tanto dejar pasar, para una completa comprensión del derecho, una referencia a lo que son y suponen los principios generales dentro del ordenamiento jurídico europeo y también, cómo no, dentro de cualquier ordenamiento jurídico propio de un Estado social y democrático de derecho⁸.

Los principios generales son el fundamento de las normas, y en su origen representan la idea de principalidad que les confiere preferencia frente al resto de fuentes del derecho. Tienen sus cimientos en el respeto del ser humano o en la naturaleza de las cosas⁹, de lo que deriva la obligatoria y permanente observancia de todo principio general del derecho¹⁰.

Por ello, los principios generales del derecho revisten una importancia fundamental en todo derecho y en toda rama del derecho, como la de la contratación pública, ya que ellos tienden a facilitar la injerencia de las normas y disposiciones de su derecho positivo a cada caso en particular, colman las lagunas que en los mismos siempre existen, y ayudan a encontrar nuevas soluciones a los nuevos y variados problemas que la realidad y el mundo actual nos presenta, en orden a los valores superiores que siempre deben informarlos, y que constituyen directa o indirectamente el Estado social y constitucional de derecho¹¹.

El TJUE, en su misión de garante del respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los tratados, formula con mucha frecuencia categorías generales (principios) que unas veces tienen el carácter de desarrollo de categorías ya contempladas normativamente, y otras, las más, implican una construcción *ex novo* ante el silencio normativo al respecto. Para el desarrollo de esta labor creativa, el tribunal acude con normalidad a los derechos de los distintos Estados miembros de la Unión Europea. En efecto, es doctrina reiterada por el máximo órgano judicial europeo la que señala que, en el ejercicio de los poderes que les confieren las directivas comunitarias, los Estados miembros deben respetar los principios generales del derecho que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de junio de 2000, Schlosstrasse, C 396/98, Rec. p. I 4279, apartado 44, y de 26 de abril de 2005, Goed Wonen, C 376/02, Rec. p. I 3445, apartado 32).

⁸ Sobre principios generales, puede consultarse PINTOS SANTIAGO, J., *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, Editorial INAP, Colección Monografías, Madrid, 2017, 378 pp.

⁹ CASSAGNE, J.C., *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 29 y 30.

¹⁰ DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del derecho*, Bosch, Madrid, 1979, p. 149.

¹¹ LICO, M.A., “Principios generales del Derecho aplicables al Derecho administrativos y principios generales del Derecho surtidos del Derecho administrativo”, *Revista de Derecho administrativo*, n. 83, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, octubre-2012, p. 1532.

Entre los muchos pronunciamientos y sentencias al respecto del TJUE, recogemos algunas de ellas:

- Han de respetarse mínimamente los principios de publicidad y concurrencia, incluso comunitaria si el contrato tiene “interés transfronterizo”: STJCE de 18 de diciembre de 2007, asunto C-220/06, Correos; STJUE de 16 de abril de 2015, asunto C-278/14 (FJ 20); STJUE de 2 de junio de 2016, entendiéndose quien suscribe que la compra de material bibliográfico y de libros científicos posee dicho interés.
- Cabe “Un cierto margen de apreciación para adoptar medidas con el objeto de garantizar el respeto de dichos principios”: STJCE de 18 de diciembre de 2007, asunto C-220/06, Correos; STJUE de 16 de abril de 2015, asunto C-278/14 (FJ 20). Lo que concluye que el cierto margen de apreciación es en favor de la aplicación de los principios generales y no de su inobservancia, lo cual ocurriría de plano si sustraemos la compra de material bibliográfico y de libros científicos de la aplicación de los procedimientos y principios más rigurosos que marca la contratación pública.
- Exigencia de publicidad comunitaria en los contratos de cuantía inferior a los umbrales SARA si el contrato tiene un “interés transfronterizo”: STJUE de 16 de abril de 2015, asunto C-278/14; STJUE de 2 de junio de 2016.

El derecho de la contratación pública no es, por tanto, una rama ni una materia ajena a los principios generales del derecho, por lo que todos ellos son aplicables, por consiguiente, al ámbito de la contratación pública y a los procedimientos administrativos de adjudicación derivados de las compras públicas.

Así, los poderes adjudicadores de los Estados miembros deben cumplir las normas y principios del TFUE en todas las adjudicaciones de contratos públicos. Estos principios incluyen la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, la no discriminación y la igualdad de trato, la transparencia, la proporcionalidad¹², el reconocimiento mutuo¹³, la publicidad y la concurrencia competitiva.

La importancia que hoy revisten los principios generales deriva, entre otras razones, de la inseguridad jurídica que genera la enorme corriente modificadora de las normas y la dispersión legislativa que eso supone, de forma que muchas veces se tornan en el instrumento idóneo para resolver el caso concreto. De ahí deriva también la importancia de su positivización en el derecho escrito, en aras de esa mayor seguridad jurídica, y de ahí deriva el acierto de utilizarlos por el legislador y los aplicadores de la norma como resolutorios de las dudas y lagunas que se puedan plantear en otros textos legales reguladores de los negocios excluidos de la Ley de contratos del sector público.

¹² Sentencia TJUE de 11 de julio de 1989, asunto 265/87, apartado 21.

¹³ Principios recogidos en la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02).

Por ello y como añadidura a los argumentos hasta ahora ya manifestados, en opinión de quien suscribe este trabajo, estos principios son los que en el caso concreto que nos ocupa nos orientan también hacia la no exclusión de la LCSP de la adquisición de libros científicos y material bibliográfico.

5. Otro elemento destacable y objetivo es la no modificación de la LCSP con respecto a la normativa anterior, en el aspecto concreto que sería objeto de aplicación y argumento para excluir estas compras de la aplicación de la LCSP.

Es decir, la expresión del artículo 16 de la LCSP “no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables” no ha sufrido en su tenor literal variación alguna en la LCSP en relación con el TRLCSP. Tampoco la ha tenido el artículo 9 para entender excluidas estas adquisiciones. Es decir, no ha habido cambios en el tenor literal y tampoco se puede considerar, a la vista del análisis normativo que se realiza en este trabajo, un cambio de orientación por parte del legislador en cuanto a la no inclusión de compra o adquisición de material bibliográfico y libros científicos en el ámbito objetivo de aplicación de la LCSP.

De la propia redacción del artículo 16 LCSP son varios los casos que pueden subsumirse en la noción del contrato de suministros¹⁴, que es la que ahora nos interesa, o al menos en una noción amplia del mismo, ello habida cuenta de que dicho contrato no encierra una sola figura jurídica, sino que suele presentarse como un contrato mixto, combinando más o menos intensamente los elementos derivados de otras clases de contratos¹⁵. Este podría ser precisamente el caso de la adquisición de material bibliográfico y libros científicos.

No obstante, al margen de las discusiones que giran en torno del concepto del contrato de suministros, bien podemos decir que la noción del mismo abarca siempre la compra o adquisición de toda clase de bienes muebles por parte de la Administración¹⁶, incluso aunque dicho contrato lleve aparejados de manera accesoria obras de colocación o de instalación, en tanto en cuanto el peso específico de esta actuación (el valor de las mismas podríamos pensar) sea inferior al valor de los bienes muebles adquiridos o a proveer a la Administración¹⁷.

De esta forma, la noción del contrato administrativo de suministros pivota sobre la genérica adquisición de bienes muebles¹⁸, por ejemplo material bibliográfico; y los que tradicionalmente han sido denominados suministros propios, relacionados con

¹⁴ Puede verse LICO, M.A., y PINTOS SANTIAGO, J., “Algunas ideas sobre el contrato administrativo de suministros en el Derecho administrativo argentino a propósito del Derecho comparado”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n. 142, Editorial Wolters Kluwer-La Ley, marzo-abril de 2016, pp. 90-98. Estudio fruto del cual son las reflexiones que siguen a continuación en este trabajo al respecto de la conceptualización del contrato de suministro.

¹⁵ VILLAR PALASÍ, J.L., y VILLAR EZCURRA, J.L., *Principios de Derecho Administrativo. Contratación Administrativa*, Tomo III, Editorial Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1983, p. 360.

¹⁶ GILAVERT CERVERA, M.Á., *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Editorial Thomson-Aranzadi, Madrid, 2002, p. 1483; BENÍTEZ LÓPEZ, M., *Contrato Administrativo de Suministro y Centralización de las Compras Públicas*, Editorial Atelier, Madrid, 2000, p. 73; etc.

¹⁷ HERVÁS MÁZ, J., “El Contrato de Suministros”, *La Contratación de las Administraciones Públicas Ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 722-723.

¹⁸ GILAVERT CERVERA, M.Á., *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1483.

la satisfacción de necesidades duraderas mediante la realización de entregas sucesivas de bienes muebles cuya cuantía va a determinarse en función de las necesidades del adquirente sobrevenidas en la fase de ejecución del contrato¹⁹, pasaron a ser un supuesto más o una manifestación típica de dicho contrato.

Basándose en lo antes dicho, podemos ya adelantarnos a definir el contrato de suministros como el contrato administrativo por medio del cual la Administración pública obtiene la provisión de cosas muebles con el alcance que hemos enunciado, a cambio de un precio cierto, cuyas entregas pueden realizarse de una sola vez o en períodos sucesivos²⁰, y que se encuentra sometido, como todo contrato administrativo, a todo un sistema de derecho administrativo, cuyo objetivo y finalidad primordial es tratar de lograr un justo equilibrio entre las prerrogativas otorgadas a la Administración para la defensa de los intereses generales de la comunidad y los derechos y libertades de los particulares²¹.

Precisamente, teniendo en cuenta lo antes señalado, la doctrina española nos habla de la existencia de seis clases de contratos de suministros: 1. Suministros de cuantía determinada o “cerrados”: los relativos a bienes definidos de antemano, tanto en sus características y precios unitarios como en su cuantía y gastos totales; 2. Suministros de cuantía indeterminada o “abiertos”: aquellos cuyo objeto consista en la entrega sucesiva de bienes, mediante precios unitarios, sin que inicialmente esté definida su cuantía total, quedando esta supeditada a las necesidades de la Administración durante el período de vigencia del contrato; 3. Suministros con fabricación: aquellos en los que el bien a suministrar ha de ser elaborado de acuerdo con determinadas características fijadas previamente por la Administración; 4. Suministros con instalación: aquellos en los que el contratista se compromete a realizar, como parte del mismo objeto contractual, determinadas obras accesorias de instalación y montaje de los bienes a suministrar; 5. Suministros menores: suministros cuya cuantía sea inferior en la actualidad a 15.000 euros de valor estimado; y 6. Suministros de equipos y sistemas informáticos: la ley asimila el contrato de suministro no solo a la adquisición de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sino, a la vez, a su arrendamiento y a la cesión del derecho de uso de los programas informáticos, e incluso le confiere la consideración de suministro al mantenimiento de los equipos y programas, cuando se contrate conjuntamente con la adquisición o el arrendamiento principal²².

¹⁹ RIVERO YSERN, J.L., *El Contrato Administrativo de Suministro*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Madrid, 1976, p. 77.

Recordemos que, para este autor, el contrato de suministro es aquel acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes, suministrante, se compromete a asegurar a la otra, suministrado, la satisfacción de una necesidad duradera, mediante entregas sucesivas de bienes muebles, cuya cuantía va a determinarse en función de las necesidades del adquirente sobrevenidas en la fase de ejecución del contrato.

²⁰ SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Clásicos Jurídicos Uruguayos, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, p. 105.

²¹ Para profundizar en este tema, ver el trabajo de BARRA, R.C., *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, en especial sus pp. 168-218.

²² VELÁZQUEZ CURBELO, F., *Manual Práctico de Contratación Administrativa*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 27-28.

Finalmente, y en cierta manera siguiendo la idea de pensamiento antes mencionada, es de destacar que la nueva Directiva N.º 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 26 de febrero de 2014 sobre “Contratación Pública” y por la que se deroga la Directiva N.º 2004/18/CE, define el contrato de suministros como el contrato cuyo objeto sea la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos, aclarando a su vez que el contrato de suministros podrá incluir, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación.

Por lo tanto, la nota esencial de la figura del contrato de suministros no va a ser el de la entrega sucesiva de bienes, ni tampoco la indefinición de la cuantía de los bienes a entregar, ni las denominadas adquisiciones en masa de bienes, sino la adquisición de bienes muebles por vía contractual, ya implique venta o arrendamiento, o cualquier otro negocio que envuelva la adquisición de estos bienes por la Administración, ya se realice mediante tracto sucesivo o en tracto único, incluso aunque lleve aparejadas de manera accesoria, y como se ha visto, obras de colocación o de instalación respecto de los mismos y de cuantía menor respecto de los productos a suministrar a la Administración.

En efecto, para que se esté en presencia de un contrato administrativo de suministros no es menester, en modo alguno, que la prestación a cargo del contratante se halle constituida por entregas sucesivas o continuadas, como en algún momento supo sostener la doctrina²³; basta con una entrega única. Por consiguiente, el contrato administrativo de suministros no requiere, indispensablemente, que las prestaciones del contratista sean de tracto sucesivo, ya que puede existir tal contrato aunque su cumplimiento se opere y agote instantáneamente, con una sola prestación o entrega²⁴.

Sin embargo, lo que necesaria e indudablemente requiere este contrato, como ya ha quedado oportunamente indicado, es que el mismo se refiera o centre siempre en la provisión o entrega de cosas muebles²⁵, con el alcance y la extensión que a esa locución le da nuestro Código civil, puesto que el contrato por el cual se transfiere el dominio de un inmueble no sería suministro, sino compraventa, sujeta por consiguiente a otro régimen jurídico²⁶.

En definitiva, se cree poder afirmar hoy en día, a falta de un pronunciamiento vinculante y que otorgue seguridad jurídica, que la compra de material bibliográfico, incluidos los libros científicos, es y obedece al régimen jurídico aplicable a los contratos de suministros recogidos en la LCSP o, dicho de otro modo, si antes estas compras de material bibliográfico y libros de científicos no eran negocios jurídicos excluidos de la aplicación de las normas de contratación pública (ni siquiera se hacía este planteamiento teórico y práctico), por qué ahora sí han de serlo si la LCSP de 2017

²³ RIVERO YSERN, J.L., *El Contrato Administrativo de Suministro*, cit., pp. 77 y ss.

²⁴ MARIENHOFF, M.S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III - B, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 667.

²⁵ Bien se ha dicho que el común denominador de todas estas caracterizaciones es el intercambio de la cosa o bien por precio, y la calificación del objeto como de carácter mobiliario (DELPIAZZO, C.E., *Contratación Administrativa*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 1999, p. 323).

²⁶ MARIENHOFF, M.S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 665.

no ha tenido cambios al respecto en su tenor literal, ni en su sentido interpretativo, incluido el teleológico o finalista. ¿Por la aplicación de los límites a la contratación menor? No ha lugar.

Ha lugar a la planificación, programación y racionalización de la compra pública respetando los procedimientos y principios generales de aplicación a la contratación pública.

Ergo, en opinión de quien suscribe, no se encuentran argumentos jurídicos suficientes para mantener la afirmación de que estas adquisiciones están excluidas del ámbito de aplicación de la LCSP, todo ello sin perjuicio del pronunciamiento vinculante o interpretativo que pueda darse en un futuro por los órganos que tienen atribuida dicha competencia, pronunciamiento que hasta la fecha no se ha producido.

3 Conclusión

Las compras de material bibliográfico por un sujeto comprador incluido en el ámbito de aplicación subjetiva de la LCSP, incluidos los libros científicos, son y obedecen a la fecha al régimen jurídico aplicable a los contratos de suministros recogidos en la LCSP, de manera que no son negocios o contratos excluidos de la aplicación de dicha normativa.

4 Recomendaciones

Primera. Ser cauto y garantista en la aplicación de los principios y procedimientos más rigoristas que recoge la LCSP y resto de normativa de contratación administrativa y no dejar de aplicar a los negocios jurídicos objeto de análisis en este estudio (adquisición de material bibliográfico y libros científicos) la LCSP y resto de normativa concordante, al menos hasta que haya un pronunciamiento vinculante realizado por un órgano con competencia que sea suficientemente garantista de las responsabilidades que se derivan de la gestión de los fondos públicos y de los contratos administrativos para las personas y órganos que las tienen encomendadas, todo ello en virtud y aplicación de la doctrina y jurisprudencia comunitaria y nacional.

Segunda. Trabajar en el seno de las organizaciones hacia la racionalización de la compra pública a través de la implantación de sistemas dinámicos de adquisición, creando una categoría específica de adquisiciones bibliográficas dentro de un sistema orientado a la compra de suministros, de manera que permita surtir de estos fondos bibliográficos sin la problemática derivada de la contratación menor, entre ellos los límites temporales, de cuantía, proveedor, fraccionamiento del objeto del contrato, etc., y con pleno respecto a los procedimientos y principios que esta recoge.

Tercera. Mientras no se instaure un procedimiento de contratación a través de un sistema dinámico de adquisición de suministros que permita satisfacer esta necesidad, emplear los procedimientos abierto, abierto simplificado (art. 159 LCSP) y abierto simplificado abreviado (art. 159.6 LCSP) para la realización de estas compras y adquisiciones públicas.

Regap



ESTUDIOS

Bibliografía

- AA.VV., *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, Martínez Fernández, J.M., y Bocos Redondo, P. (dirs.), 4.ª ed. (2 tomos), Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, Madrid, 2017.
- BARRA, R.C., *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980.
- BENÍTEZ LÓPEZ, M., *Contrato Administrativo de Suministro y Centralización de las Compras Públicas*, Editorial Atelier, Madrid, 2000.
- CASSAGNE, J.C., *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del derecho*, Bosch, Madrid, 1979.
- DELPIAZZO, C.E., *Contratación Administrativa*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 1999.
- GILAVERT CERVERA, M.Á., *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Editorial Thomson-Aranzadi, Madrid, 2002.
- HERVÁS MÁZ, J., “El Contrato de Suministros”, *La Contratación de las Administraciones Públicas Ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2008,
- LICO, M.A., “Principios generales del Derecho aplicables al Derecho administrativo y principios generales del Derecho surgidos del Derecho administrativo”, *Revista de Derecho Administrativo*, n. 83, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, octubre-2012.
- LICO, M.A., y PINTOS SANTIAGO, J., “Algunas ideas sobre el contrato administrativo de suministros en el Derecho administrativo argentino a propósito del Derecho comparado”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n. 142, Editorial Wolters Kluwer-La Ley, marzo-abril de 2016.
- MARIENHOFF, M.S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III - B, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- MORENO MOLINA, J.A., *Adquisiciones de libros científicos excluidas de la LCSP 2017*, Disponible en la Web del Observatorio de Contratación Pública (ObCP). Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.355/recategoria.121/remenu.3/chk.e97f8d050e5d4c2179e4ddbed955a03d> (7 de noviembre de 2018).
- PINTOS SANTIAGO, J., *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, Editorial INAP, Colección Monografías, Madrid, 2017.
- RIVERO YSERN, J.L., *El Contrato Administrativo de Suministro*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Madrid, 1976.
- SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Clásicos Jurídicos Uruguayos, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.
- VELÁZQUEZ CURBELO, F., *Manual Práctico de Contratación Administrativa*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.

VILLAR PALASÍ, J.L., y VILLAR EZCURRA, J.L., *Principios de Derecho Administrativo. Contratación Administrativa*, Tomo III, Editorial Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1983.

Anexo 1. Legislación

Real decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual.

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.

Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas.

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.

Directiva N.º 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 26 de febrero de 2014 sobre “Contratación Pública” y por la que se deroga la Directiva N.º 2004/18/CE.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Regap



ESTUDIOS

Anexo 2. Jurisprudencia

TJUE

STJUE de 11 de julio de 1989, asunto C-265/87.

Sentencia de 8 de junio de 2000, asunto C-396/98, Schlosstrasse.

Sentencia de 26 de abril de 2005, asunto C-376/02, Goed Wonen.

Sentencia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-220/06, Correos.

Sentencia de 16 de abril de 2015, asunto C-278/14.

Sentencia de 2 de junio de 2016, asunto C-410/14, Dr. Falk Pharma GmbH y DAK-Gesundheit.

Resoluciones de tribunales administrativos

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 220/2013, de 12 de junio de 2013.

Anexo 3. Siglas

FJ: Fundamento jurídico.

LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

RGLCAP: 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.

SARA: Sujeto a regulación armonizada.

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLCSLP: 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.

Regap

Comentarios y crónicas

2

A casación ante o Tribunal Federal Contencioso- Administrativo alemán

La casación ante el Tribunal Federal Contencioso- Administrativo alemán

The appeal on points of law before the German Federal Administrative Court



FRANK JOSEF FISCHER

Magister Artium en Ciencias Políticas, Derecho e Informática
Universidad de Passau
Máster en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas
Universidad de Santiago de Compostela
fjf285@me.com

Recibido: 08/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.35>

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Resumo: Este texto resume os aspectos máis relevantes da casación na xurisdición contenciosa alemá (*Revision*), incluído o recurso de queixa contra a inadmisión, despois dunha breve mirada aos órganos desta orde xurisdiccional.

Palabras clave: Casación, contencioso-administrativa, Alemaña.

Resumen: Este texto resume los aspectos más relevantes de la casación en la jurisdicción contenciosa alemana (*Revision*), incluido el recurso de queja contra la inadmisión, después de una breve mirada a los órganos de este orden jurisdiccional.

Palabras clave: Casación, contencioso-administrativa, Alemania.

Abstract: The text sums up the most relevant aspects of the contentious administrative cassation appeal, or appeal on points of law (*Revision*) in Germany, including the appeal against refusal of leave to appeal (*Nichtzulassungsbeschwerde*), preceded by a brief look at Germany's three-level administrative court system.

Key words: Appeal on points of law, administrative, Germany.

SUMARIO: 1 Los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos alemanes. 1.1 Los tribunales contencioso-administrativos (VG). 1.2 Los tribunales superiores contencioso-administrativos (OVG/VGH). 1.3 El Tribunal Federal Contencioso-Administrativo (BVerwG). 1.4 El Senado Común de los cinco tribunales federales (GmS-OGB). 2 La casación (*Revision*). 2.1 Introducción. 2.2 Comprobación de admisibilidad y fundamentación del recurso de queja por el BVerwG. 2.2.1 Admisibilidad del recurso de queja contra la inadmisión. 2.2.2 Fundamentación del recurso de queja contra la inadmisión. 2.2.2.1 Relevancia fundamental del asunto, § 132 II Nr. 1 VwGO (*Grundsatzrüge*). 2.2.2.2 Apartamiento, § 132 II

Nr. 2 VwGO (*Divergenzüge*). 2.2.2.3 Vicio de procedimiento, § 132 II Nr. 3 VwGO (*Verfahrenszüge*). 2.2.3 Resolución. 2.3 El procedimiento de casación. 2.3.1 Admisibilidad de la casación, § 143 VwGO. 2.3.2 Fundamentación de la casación. 2.3.2.1 Delimitación de la potestad de control del Tribunal Federal. 2.3.2.2 Vulneración de "derecho revisable". 2.3.2.3 Sentencia *basada* en una vulneración de derecho revisable. 2.3.3 El contenido de la resolución del tribunal de casación, § 144.

1 Los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos alemanes

Los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo están organizados en tres niveles según el artículo 2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana (§ 2 *Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO¹): los tribunales contencioso-administrativos (*Verwaltungsgerichte*, VG) y los tribunales superiores contencioso-administrativos (*Oberverwaltungsgerichte*, OVG o *Verwaltungsgerichtshöfe*, VGH) ambos en los estados federados (*Länder*) y el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*, BVerwG) a nivel federal (*Bund*).

1.1 Los tribunales contencioso-administrativos (VG)

La competencia en primera instancia, para la mayoría de los asuntos jurídico-públicos no constitucionales, es de los tribunales contencioso-administrativos (VG). Su establecimiento corresponde a la legislación de los estados federados. Los 51 *Verwaltungsgerichte* que existen actualmente en Alemania se dividen en secciones o cámaras (*Kammern*), que se componen de tres jueces profesionales y dos jueces honoríficos² o legos³, salvo que decida un único juez (§ 5 VwGO). Por regla general, la sección (*Kammer*) transfiere a uno de sus jueces los asuntos que no presenten especiales dificultades fácticas o jurídicas y no tengan relevancia fundamental (§ 6 VwGO).

1.2 Los tribunales superiores contencioso-administrativos (OVG/VGH)

Cada estado federado (*Land*) dispone de un tribunal superior contencioso-administrativo, con la excepción de Berlín y Brandeburgo, que comparten un tribunal desde el año 2005. En su mayoría se denominan *Oberverwaltungsgericht* (OVG). En Baden-Wurtemberg, Baviera y Hesse reciben el nombre de *Verwaltungsgerichtshof*

¹ Los artículos o párrafos (*Paragraphen*) de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa alemana (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO) tienen como símbolo el signo "§". Los artículos que se citan en este texto pertenecen a la VwGO si no se señala el nombre de otra ley.

² Para las posturas históricas a favor y en contra de la institución, véase GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., "Sistema General de la impugnación de la actuación administrativa en el derecho alemán", Rosado Pacheco, S. (coord.), *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 147 y ss.

³ Ser juez honorífico o lego (*ehrenamtlicher Richter*) no requiere formación jurídica. Su participación en el proceso tiene como fin fortalecer la confianza de la sociedad en la jurisprudencia y la de aportar experiencia no jurídica a las resoluciones judiciales. Se encuentra regulado en los §§ 19ff. VwGO.

(VGH), sin diferenciarse en cuanto a la atribución de competencias. De los quince tribunales, nueve tienen su sede en una ciudad diferente a la capital del estado federado. De esta manera, la separación de poderes encuentra su expresión también en una separación geográfica entre el tribunal y el gobierno y parlamento regionales. Las secciones de los tribunales superiores contencioso-administrativos se llaman senados (*Senate*) y se componen de tres jueces, aunque la ley permite que los estados federados establezcan en su legislación una composición de cinco jueces, de los cuales dos pueden ser jueces honoríficos. Incluso cabe la posibilidad de componer senados de siete jueces, de los cuales dos serán honoríficos, para los asuntos en los que el OVG decide en primera instancia. Aunque su principal función sea la de instancia de los recursos de apelación y de queja, también les corresponde la decisión sobre la validez de estatutos urbanísticos y otras normas de derecho del estado federado con rango inferior a la ley (§ 47 I), la decisión sobre demandas contra prohibiciones de asociaciones (§ 48 II), así como la decisión en primera instancia sobre asuntos de gran envergadura técnica (como, p. ej., en materia de plantas nucleares, plantas de incineración de residuos, construcción de aeropuertos, etc., § 48 I).

1.3 El Tribunal Federal Contencioso-Administrativo (BVerwG)

A diferencia del modelo español, con un único Tribunal Supremo en la cúspide del poder judicial y articulado en salas, el primer párrafo del artículo 95 de la Constitución alemana (*Grundgesetz*, GG) contiene el mandato de instituir cinco tribunales supremos (*oberste Gerichtshöfe*), uno para cada orden jurisdiccional: para el orden jurisdiccional ordinario (civil y penal) el Bundesgerichtshof (BGH) con sede en Karlsruhe, para el orden jurisdiccional financiero el Bundesfinanzhof (BFH) en Múnich, para el laboral el Bundesarbeitsgericht (BAG) con sede en Erfurt, para el social el Bundessozialgericht (BSG) en Kassel y, por último, para el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) con sede en Leipzig. Este dispone actualmente de 55 jueces que ejercen sus funciones en trece secciones (*Senate*) de las cuales diez de ellas se dedican a los recursos de casación (*Revision*), dos son secciones militares y una está dedicada a resolver en los casos en los que una Administración pública se niegue a presentar determinados expedientes al tribunal. En las secciones de casación (*Revisionssenate*) deciden cinco o seis jueces. Adicionalmente, la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa alemana regula la creación de una sección conjunta o gran senado (*Großer Senat*), cuya función es resolver si un *Senat* tiene la intención de apartarse de una resolución de otro, o de la sección conjunta (§ 11 II).

1.4 El Senado Común de los cinco Tribunales Federales (GmS-OGB)

Otro órgano distinto es el Senado Común de los cinco Tribunales Federales (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, GmS-OGB), con sede en Karlsruhe, igual que el BGH. Su cometido es decidir cuándo uno de los cinco tribunales

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

federales tiene la intención de apartarse de una resolución de otro tribunal federal o del senado común, es decir “salvaguardar la unidad de la jurisprudencia”, como señala la Constitución en su artículo 95 III GG. No se trata de un tribunal, sino de un órgano de intermediación entre los tribunales federales.

2 La casación (*Revision*)

2.1 Introducción

La casación ante el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo (BVerwG) es de especial trascendencia. Como última instancia en la jurisdicción contenciosa, su función es el control de sentencias del OVG/VGH, y excepcionalmente en la casación de salto de sentencias del VG, únicamente en su aspecto jurídico. De esta manera sirve tanto para la protección jurídica de los ciudadanos como para vincular al ejecutivo y al poder judicial a la ley y al derecho (artículo 20 III GG) y especialmente contribuye a mantener la unidad de la jurisprudencia y al desarrollo del derecho⁴.

La casación requiere, en cualquier caso, su admisión previa. Para esta, el § 132 prevé dos formas: el OVG/VGH la puede incluir en su sentencia o el BVerwG puede admitir la casación en el recurso de queja del recurrente contra la inadmisión. El § 135 añade otra vía para aquellos casos en los que el asunto no llega al OVG porque una ley federal excluye el recurso de apelación⁵. Aquí el Tribunal Contencioso-Administrativo (VG) puede admitir la casación o, en caso contrario, cabe de nuevo el recurso de queja contra la inadmisión ante el BVerwG. Si el OVG admite la casación, el BVerwG examinará si esta es admisible y fundada. Sin embargo, en la mayoría de los casos el OVG no admite la casación mediante una resolución que no requiere motivación⁶. Entonces el BVerwG valorará primero si el recurso de queja contra la inadmisión es a su vez admisible y fundado.

2.2 Comprobación de admisibilidad y fundamentación del recurso de queja por el BVerwG

2.2.1 Admisibilidad del recurso de queja contra la inadmisión

El primer requisito del § 133 I es que la casación no haya sido admitida. Se equiparan a la falta de admisión los casos de falta de resolución al respecto⁷. Los legitimados para presentar la queja son las partes de la instancia inferior⁸. Es el BVerwG el que tiene la competencia exclusiva para el recurso de queja contra la inadmisión (§ 49

⁴ GEIS, M.E., y THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, *JuS*, 2013, S. 799; KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, 24. Aufl, 2018, § 132 Rdnr. 1.

⁵ Para ejemplos de exclusión de la apelación, véase KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., §135 Rdnr. 1.

⁶ KUHLA, W., y HÜTTENBRINK, J., *Der Verwaltungsprozess*, 1995, S. 184, Rdnr. 57.

⁷ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., §1 33 Rdnr. 2.

⁸ *Ibidem*, § 133 Rdnr. 3.

Nr. 3). Sin embargo, el escrito del recurso ha de ser presentado de forma escrita (o electrónica, § 55a) por un abogado ante el tribunal cuya resolución se pretenda impugnar, § 133 II. El mismo precepto concede para la presentación de la queja un plazo de un mes desde la notificación de la sentencia íntegra. A falta de una correcta indicación de los recursos procedentes, el plazo será de un año, como indica el § 58. La interposición del recurso de queja impide que la sentencia se convierta en firme (§ 133 IV VwGO). En el escrito, además, debe identificarse la sentencia recurrida. No es necesario, sin embargo, nombrar la razón o el motivo para recurrir en este momento⁹. Para la motivación de la queja, el plazo es de dos meses desde la notificación de la sentencia (§ 133 III S.1). Dicha motivación debe contener una razón concreta para la admisión¹⁰. El recurrente debe detallar la relevancia fundamental del asunto, es decir, exponer que una determinada cuestión de derecho federal requiere ser aclarada y, a su vez, la razón por la que cabe esperar que esta aclaración resulte de la casación¹¹. A este efecto, el recurrente ha de ahondar en los motivos de la sentencia impugnada y mostrar que la queja se basa en su profundo análisis¹². Para cumplir este requisito, no es suficiente presentar un escrito extenso si este se presenta en una forma “poco clara”, “mal estructurada” y mezclando “cuestiones irrelevantes”¹³. Si el tribunal *a quo* no estima el recurso, lo resolverá el BVerwG. Si este lo rechaza, la sentencia adquiere firmeza (§ 133 V S. 3 VwGO).

2.2.2 Fundamentación del recurso de queja contra la inadmisión

Para que la queja se considere fundada, según el § 133 III S. 3, tiene que darse uno de los tres supuestos de admisión del § 132 II, detallados a continuación. Del examen de estos requisitos hay que separar estrictamente la predicción sobre las posibilidades de que la casación sea estimada. Estas no deben entrar en la decisión sobre la admisión¹⁴.

2.2.2.1 Relevancia fundamental del asunto, § 132 II Nr. 1 VwGO (*Grundsatzrüge*)

Con el primer modo del recurso se alega la relevancia o significado fundamental del asunto¹⁵. El recurrente ha de señalar con exactitud la cuestión jurídica a aclarar y razonar por qué se la considera de carácter fundamental¹⁶. También debe indicar por qué de esta cuestión jurídica depende la resolución y por qué cabe esperar su aclaración en el recurso de casación¹⁷. Adicionalmente debe detallarse por qué se

⁹ *Ibidem*, § 133 Rdnr. 5.

¹⁰ *Ibidem*, § 130 Rdnr. 14.

¹¹ GEIS, M.E., y THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”; cit., S. 800, apuntan a la jurisprudencia consolidada desde BVerwGE 13, 90 (91) también en: *NW* 1962, 218.

¹² KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 133 Rdnr. 14.

¹³ BVerwG, *NW* 1996, 1554, caso de un recurso de queja extenso (678 pp.) e inadmisibles por falta de claridad.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfG, *NVwZ* 1993, 358.

¹⁵ El § 132 II Nr. 1: “grundsätzliche Bedeutung”.

¹⁶ *NJW* 1994, 144, *NVwZ* 1984, 103; 2011, 434; KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., 133, 15.

¹⁷ DVBI 1993, 50; *NVwZ* 2011, 430; 2011, 435; KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit.

considera errónea la opinión jurídica del tribunal en la que se basa la sentencia¹⁸. Para argumentar el carácter fundamental (*grundsätzlich*) de la respectiva cuestión jurídica, hay que indicar por qué su alcance supera el caso concreto, así como la razón por la que se precisa la aclaración por parte del alto tribunal para mantener la unidad de la jurisprudencia o para un significativo desarrollo del derecho¹⁹.

2.2.2.2 Apartamiento, § 132 II Nr. 2 VwGO (*Divergenzrüge*)

La función principal de la admisión por apartamiento es mantener la unidad de la jurisprudencia y, en consecuencia, la seguridad jurídica. Al mismo tiempo permite un “desarrollo ordenado del derecho”²⁰. El punto de referencia son, o bien las resoluciones del BVerwG – en cuyo caso el apartamiento de una de las secciones o senados es suficiente –, o del Senado Común de los Tribunales Federales (GmS-OGB, véase arriba 1.4), o del Tribunal Constitucional (BVerfG). La resolución impugnada debe estar basada en este apartamiento. El recurrente no solo tiene que identificar la resolución impugnada, sino que también debe confrontar la *ratio decidendi* (*Rechtssatz*) de las dos resoluciones contradictorias. Para ello, ha de indicar con exactitud tanto el argumento jurídico abstracto en que se basa la resolución recurrida como aquel en que se basa la resolución de la que esta se aparta. Además, debe señalarse en qué consiste la discrepancia²¹. Esta confrontación es imprescindible²². En la práctica, la mayoría de los recursos de queja por apartamiento fracasan por basarse solamente en el argumento de que el OVG/VGH tendría que haber llegado a un resultado diferente de haber tenido en cuenta los principios jurídicos establecidos en la jurisprudencia de los más altos tribunales alemanes²³.

Una queja por apartamiento basada en la aplicación errónea de una norma procesal contiene al mismo tiempo una queja por vicio de procedimiento en el sentido del § 132 II Nr. 3 VwGO. Si no cumplierse los requisitos de una queja por apartamiento, debe ser tratada como si de una queja por vicio de procedimiento se tratara²⁴.

2.2.2.3 Vicio de procedimiento, § 132 II Nr. 3 VwGO (*Verfahrensrüge*)

Para que el recurso de queja tenga éxito según el supuesto del § 132 II Nr. 3, el recurrente debe indicar los hechos que dan por resultado el vicio de procedimiento. Además, debe alegar en qué medida la sentencia puede estar basada en este vicio y

¹⁸ NJW 1993, 2825.

¹⁹ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 133 Rdnr. 15; BayVBI 1986, 51; NVwZ-RR 1993, 276.

²⁰ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 132 Rdnr. 14.

²¹ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 133, Rdnr. 16.

²² EYERMANN, E., *et. al.*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 14. Aufl., München 2014, § 133, Rdnr. 31; BVerwG NVwZ-RR1996, 712 (713).

²³ EYERMANN, E., *et. al.*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., § 133, Rdnr. 32.

²⁴ BVerG NVwZ2001, 918.

cómo podría haber sido más favorable para el recurrente de no haberse dado dicho vicio²⁵.

La sentencia siempre se considerará basada en el vicio si se da uno de los seis llamados “motivos absolutos de revisión” enumerados en el § 138: (1) El tribunal que conoció del asunto no estaba compuesto debidamente; (2) En la resolución participó un juez que estaba excluido por ley del ejercicio de su función o que estaba recusado; (3) Se le privó a una parte de su derecho a ser oído; (4) Una parte no estaba representada en el proceso según la ley, excepto que haya consentido la celebración del juicio de forma expresa o tácita; (5) La sentencia se dictó después de un juicio oral en el que se vulneraron las normas sobre la publicidad del proceso; y, por último, (6) La resolución no estaba motivada.

2.2.3 Resolución

La resolución del recurso de queja le corresponde en primer lugar al tribunal cuya resolución se ve recurrida. Si este no estima el recurso admitiendo la casación, entonces será el BVerwG el que resuelve por auto, como lo prevé el § 133 V 1. El tribunal *a quo* debe presentar el recurso de queja ante el BVerwG obligatoriamente, aunque sea manifiestamente inadmisibles²⁶. Siempre que el BVerwG no estime la queja, la resolución recurrida adquiere firmeza (§ 133 V 3). Si se admite la casación, el procedimiento de admisión continuará como casación (§ 139 II).

2.3 El procedimiento de casación

Si la casación es admitida, bien por el OVG/VGH o, a través del recurso de queja contra la inadmisión por el BVerwG, este procederá a valorar la admisibilidad (*Zulässigkeit*) y la fundamentación (*Begründetheit*) de la casación.

2.3.1 Admisibilidad de la casación, § 143 VwGO

Los requisitos de admisibilidad de la casación están regulados en el § 139. La competencia para la casación le corresponde en exclusiva al BVerwG según el § 49 Nr. 1 y Nr. 2. La casación es un recurso procedente contra sentencias y autos del OVG/VGH y, en caso de la casación de salto, del VG²⁷. Los legitimados son solamente las partes de la instancia inferior en cuanto tengan un interés legítimo (*Beschwer*). Según el § 139 I, la casación ha de presentarse de forma escrita ante el tribunal *a quo* o ante el BVerwG en un plazo de un mes desde la notificación del auto o de la sentencia íntegra, identificándola. El plazo para la motivación de la casación es de dos meses (§ 139 III 1). Este plazo puede ser prorrogado siempre que la solicitud se presente antes de su fin (§139 III 3). La motivación debe contener una petición concreta y nombrar la

²⁵ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 133 Rdnr. 17.

²⁶ BVerwG, *NJW* 1963, 554.

²⁷ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 132, Rdnr. 3.

norma jurídica vulnerada. En el caso de reclamar un vicio de procedimiento, la motivación ha de nombrar los hechos de los que resulta el vicio (§139 III 4), salvo que se alegue una o varias de las razones absolutas de casación del § 138 (arriba 2.2.2.3)²⁸. El recurrente debe señalar los hechos de forma tan clara y concluyente que el BVerwG, presuponiendo que los hechos sean ciertos, pueda proceder a una valoración sin investigaciones adicionales²⁹.

2.3.2 Fundamentación de la casación

La casación se considerará fundada si cumple dos requisitos. En primer lugar, y como expresión de la casación como un recurso de control de derecho y no de los hechos, según el § 137 I Nr. 1, la casación solamente puede apoyarse en que la sentencia recurrida se basa en la vulneración de “derecho revisable”, es decir, derecho federal o, excepcionalmente, de un precepto de una ley de procedimiento administrativo de un estado federado si el texto de esta es idéntico a aquel de la ley federal (§ 137 I Nr. 2). En segundo lugar, por razones de economía procesal³⁰, hay que comprobar que la sentencia que vulnera derecho no resulta correcta por otras razones (como, p. ej., en el caso de la desestimación de una demanda incorrectamente valorada como infundada que, sin embargo, resulta inadmisibles), § 144 IV.

2.3.2.1 Delimitación de la potestad de control del Tribunal Federal

De acuerdo con el segundo apartado del § 137, el BVerwG está vinculado por los hechos establecidos en la sentencia recurrida. Ni el tribunal puede investigar hechos nuevos³¹, ni las partes pueden alegarlos, o sería irrelevante si lo hicieran³². Se exceptúan los casos en los que el recurrente aduce motivos de casación precisamente respecto de estas constataciones de la instancia anterior.

El § 137 III contiene la delimitación de la potestad de control del BVerwG en el marco de su valoración de la fundamentación de la casación. En principio, el Tribunal Federal examinará la sentencia impugnada íntegramente y sin estar limitado por los motivos que llevaron a la admisión de la casación. Sin embargo, en los casos de casación por vicio de procedimiento, el control ha de limitarse a los vicios alegados (§ 137 III S.1), salvo que estas alegaciones contengan motivos relacionados con la vulneración de derecho material en el sentido del § 132 II Nr. 1 y Nr. 2 (relevancia fundamental y apartamiento, véase arriba 2.2.2.1. y 2.2.2.2). En tal caso el BVerwG ha de proceder al control de vulneración de todo derecho material³³. Una *reformatio*

²⁸ *Ibidem* § 139, Rdnr. 14.

²⁹ *Ibidem* § 139, Rdnr. 15.

³⁰ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 144, Rdnr. 4.

³¹ GEIS, M.E., y THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, cit., S. 801.

³² KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 137, Rdnr. 24; BVerwGE 78, 152.

³³ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 137, Rdnr. 35.

in peius como resultado de la casación queda excluida por la remisión al artículo correspondiente de la regulación de la apelación (§§ 141, 129).

2.3.2.2 Vulneración de “derecho revisable”

La revisión solamente puede basarse en la vulneración de “derecho revisable”, § 137 I. Esta expresión hace referencia a todas las normas de derecho federal, es decir la constitución, las leyes federales, normas de derecho de la Unión Europea y hasta el derecho consuetudinario o principios generales de derecho³⁴, siempre que sean del ámbito del derecho federal³⁵. No está incluido el derecho de los estados federados con la excepción de preceptos de una ley de procedimiento administrativo cuyo texto sea idéntico a la ley federal (§ 137 I Nr. 2).

El requisito de la “vulneración” se refiere a que en la sentencia no se aplicó, o no se aplicó correctamente, el derecho a los hechos constatados y como resultado se infringieron derechos del recurrente. La aplicación incorrecta puede resultar particularmente por errores en la interpretación y concretización del contenido de la norma a aplicar o por errores de subsunción en el momento de aplicar la norma, correctamente interpretada, a las circunstancias del caso concreto³⁶.

2.3.2.3 Sentencia *basada* en una vulneración de derecho revisable

Finalmente, para que la casación sea estimada, la sentencia impugnada debe estar *basada* en la vulneración de derecho revisable. Este requisito de causalidad implica que por lo menos exista la posibilidad de que el tribunal podría haber llegado a un resultado más favorable para el recurrente si la vulneración no hubiera existido³⁷, o que no se puede eliminar la vulneración sin que la corrección de la resolución resulte cuestionable desde el punto de vista de la instancia anterior³⁸. Si se diera uno de los seis supuestos de motivos absolutos de casación del § 138, arriba mencionados (2.2.2.3.), se presume *iuris et de iure* que la sentencia está basada en una vulneración de derecho revisable.

2.3.3 El contenido de la resolución del tribunal de casación, § 144

Si la casación es inadmisibles, el BVerwG la desestima mediante auto (*Beschluss*), § 144 I. Si se trata de una casación admisible pero infundada (*unbegründet*), también será desestimada, § 144 II. Lo mismo resulta en aquellos casos en los que existe una vulneración de derecho, pero la resolución es correcta por otros motivos, § 144 IV.

Ante una casación admisible y fundada, el § 144 III prevé dos posibles decisiones: el BVerwG puede resolver el asunto él mismo o bien anular la sentencia impugnada y

³⁴ Véase, para una lista extensa de “derecho revisable”: KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 137, Rdnr. 5 ff.

³⁵ GEIS, M.E., y THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, cit., S. 801.

³⁶ EYERMANN, E., *et. al.*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., § 137, Rdnr. 35 ff.

³⁷ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 137, Rdnr. 23; BVerwGE 14, 342.

³⁸ BVerwG, *NVwZ* 1994, 1095 (1096).

devolver el asunto para un nuevo juicio y una nueva resolución a la instancia anterior. Según la jurisprudencia del GmS-OGB³⁹ (véase arriba 1.4), la regla debe ser la decisión del asunto por el BVerwG. La devolución debe quedar limitada a los asuntos en los que no se puede dictar sentencia porque en el contexto de la interpretación jurídica del tribunal de casación falta la necesaria comprobación de algunos hechos⁴⁰. Si el BVerwG devuelve el asunto, el tribunal que lo recibe está vinculado por las valoraciones jurídicas del BVerwG, según el § 14.4 VI. Y si el asunto vuelve a ocupar el tribunal federal una segunda vez a consecuencia de la devolución, él mismo también estará vinculado por su propia opinión jurídica.

El efecto vinculante de las sentencias del BVerwG no va más allá del caso concreto decidido. Su función de precedente no corresponde a la tradición jurídica alemana⁴¹. Los tribunales contencioso-administrativos son libres de valorar la cuestión jurídica de forma diferente si se les vuelve a presentar en juicios posteriores. No obstante, el presidente del BVerwG considera que los tribunales lo harán solamente si “creen que tienen argumentos mejores o nuevos”⁴², y así la cuestión podrá ser llevada nuevamente ante el BVerwG para que este tenga oportunidad de reconsiderar su jurisprudencia. De lo contrario “seguirán el precedente del alto tribunal y ahorrarán a las partes el costoso camino por las instancias”. Tampoco las administraciones públicas están vinculadas legalmente a la jurisprudencia, pero existe en la práctica un efecto fáctico de precedente. De esta forma, la jurisprudencia establece criterios a seguir, los cuales, sin embargo, siempre están abiertos a argumentos mejores. Rennert lo denomina un “modelo de diálogo, orientado a una constante comprobación y evolución continua de la jurisprudencia”⁴³, estimando un requisito indispensable para dicho diálogo la motivación minuciosa de las sentencias.

Bibliografía

- BAUR, F., “Der Gedanke der ‘Einheitlichkeit der Rechtsprechung’ im geltenden Prozeßrecht”, *Juristenzeitung*, 1958.
- EYERMANN, E. et al., *Verwaltungsgerichtsordnung*, 14. Aufl., München 2014.
- GEIS, M.E., y THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, *JuS*, 2013.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “Sistema General de la impugnación de la actuación administrativa en el derecho alemán”, Rosado Pacheco, S. (coord.), *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2007.
- KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, 24. Aufl, 2018.

³⁹ GmS-OGB *NJW* 1976, 1682 (1683).

⁴⁰ GEIS, M.E., y THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, cit., S. 802.

⁴¹ BAUR, F., “Der Gedanke der ‘Einheitlichkeit der Rechtsprechung’ im geltenden Prozeßrecht”, *Juristenzeitung*, 1958, 326ff.

⁴² RENNERT, K., “Die Auswirkungen der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts auf die verfassungsmäßige Ordnung und den Grundrechtsschutz”, S. 6, https://www.bverwg.de/user/data/media/rede_20160330_VortragTaiwan_Auswirkungen_Entscheidungen.pdf (15 de junio de 2019).

⁴³ *Ibidem*.

KUHLA, W., y HÜTTENBRINK, J., *Der Verwaltungsprozess*, 1995.

RENNERT, K., “Die Auswirkungen der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts auf die verfassungsmäßige Ordnung und den Grundrechtsschutz”, S. 6, https://www.bverwg.de/user/data/media/rede_20160330_VortragTaiwan_Auswirkungen_Entscheidungen.pdf (15 de junio de 2019).

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

As políticas de fomento das administracións públicas ante a despoboación e o reto demográfico. Especial referencia á Administración local

Las políticas de fomento de las administraciones públicas ante la despoblación y el reto demográfico. Especial referencia a la Administración local¹

Development policies that are being carried out from out public administrations, in particular those related to local entities

57 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

JUAN MARQUINA FUENTES

Vicesecretario general de la Diputación Provincial de Ourense
Secretario del Consorcio Provincial de Ourense para la Prestación del Servicio contra Incendios y Salvamento
juanmarquina@depourense.es

Recibido: 03/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.31>

Resumo: Esta nota pretende difundir algunhas das políticas de fomento que se están a levar a cabo desde as nosas administracións públicas, con referencia especial ás entidades locais, para facer fronte á despoboación e á crise demográfica, que afecta a determinadas zonas do noso país. Formulado o debate nos ditos termos, exporanse algunhas das políticas de fomento máis relevantes e realizarase unha valoración destas, finalizando cunha breve reflexión sobre o estado actual desta cuestión, que pode cualificarse xa como un auténtico reto para as pequenas e medianas entidades locais, e para moitas das deputacións provinciais. 1

Palabras clave: Despoboación, reto demográfico, rural, Administración local.

Resumen: Esta nota pretende difundir algunas de las políticas de fomento que se están llevando a cabo desde nuestras administraciones públicas, con referencia especial a las entidades locales, para hacer frente a la despoblación y a la crisis demográfica, que afecta a determinadas zonas de nuestro país. Planteado el debate en dichos términos, se expondrán algunas de las políticas de fomento más rele-

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación: Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación en el ámbito rural (DESPORU), Ref.: RTI2018-099804-A-100. Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación. Gobierno de España.

vantes y se realizará una valoración de las mismas, finalizando con una breve reflexión sobre el estado actual de esta cuestión, que puede calificarse ya como un auténtico reto para las pequeñas y medianas entidades locales, y para muchas de las diputaciones provinciales.

Palabras clave: Despoblación, reto demográfico, rural, Administración local.

Abstract: The present note intends to disclose some of the development policies that are being carried out from out public administrations, in particular those related to local entities, to fight against depopulation and demographic crisis affecting certain areas of our country. Being this the situation, the most relevant development policies shall be proposed and analysed, ending with a brief consideration about the current situation, which can be already be classified as a true challenge for small- and middle-sized entities and many provincial councils.

Key words: Depopulation, demographic challenge, rural, local Administration.

SUMARIO: 1 La política de fomento y el régimen jurídico de las subvenciones en las entidades locales. 2 Las administraciones públicas ante la despoblación y el reto demográfico. 3 Políticas de fomento en las entidades locales contra la despoblación y el reto demográfico: ejemplos. 4 Conclusiones.

1 La política de fomento y el régimen jurídico de las subvenciones en las entidades locales

En el plano teórico, y dentro de la tradicional clasificación tripartita que hacía el profesor Jordana de Pozas de la actuación administrativa, a saber, actividad de servicio público, de policía o de fomento, esta última era definida como “*la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos*”.

Dentro de esta actividad de fomento y, a su vez, dentro de los instrumentos de carácter económico para materializar dicha actividad, la figura de la “subvención pública” es seguramente la más común y relevante.

En el ámbito de un estado política y administrativamente descentralizado como el nuestro, la ordenación de un régimen jurídico común en la relación subvencional constituye una finalidad nuclear que se inspira directamente en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución española, a cuyo tenor el Estado tiene la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y sobre el procedimiento administrativo común, todo ello sin perjuicio de las competencias de autogobierno que poseen las comunidades autónomas y de la autonomía local, constitucionalmente garantizada (*por todas SSTC 4/1981, 32/1981, 214/1989 o 111/2016 y SSTS 20.01.2005, 26.07.2006 o 14.11.2016*).

Sin ánimo de ser exhaustivos, debemos citar como principales normas estatales reguladoras del régimen jurídico de la actividad subvencional de nuestras entidades locales la *Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones*; el *Real decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley general de subvenciones*; la *Ley orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*; el *Real decreto legislativo 2/2004, por el que se aprueba el Texto refundido de*

la Ley reguladora de las haciendas locales; y el Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las corporaciones locales².

En la Comunidad Autónoma de Galicia debemos igualmente citar la Ley 9/2007 de subvenciones de Galicia, que integra dentro de su ámbito de aplicación expresamente las entidades locales de Galicia, incluidos los organismos y entes dependientes de estas. No sucede lo mismo con el Decreto 11/2009, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley autonómica, que indica expresamente que sus disposiciones no son de aplicación a las entidades locales (en adelante, EELL) de Galicia y a los organismos y a las entidades vinculadas o dependientes de ellas. Completaría el marco jurídico autonómico el Decreto 193/2011, si bien este tiene como objeto simplificar el procedimiento de concesión de subvenciones a las entidades locales gallegas, unificando los procedimientos de concesión, gestión y justificación de las subvenciones, es decir, se aplica a las EELL gallegas cuando son beneficiarias y no cuando son la Administración concedente.

Dentro de la potestad reglamentaria o de autoorganización que las EELL tienen reconocida por el artículo 4 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, encaja la previsión del artículo 17.2 de la Ley 38/2003, general de subvenciones, y que establece que las bases reguladoras de las subvenciones de las corporaciones locales se deberán aprobar en el marco de las bases de ejecución del presupuesto, a través de una ordenanza general de subvenciones o mediante una ordenanza específica para las distintas modalidades de subvenciones.

En la definición legal de “subvención”, recogida tanto en la ley estatal como en la autonómica, se describe esta figura como toda disposición dineraria realizada por cualquiera de los sujetos del artículo 3 (donde se incluyen las EELL y sus organismos dependientes), a favor de personas públicas o privadas, cuando cumpla los siguientes requisitos: que la entrega se realice sin contraprestación, esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, ejecución de un proyecto, realización de una actividad, adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por realizar, o la concurrencia de una situación, el beneficiario cumpla las obligaciones fijadas y su objeto sea el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o promoción de un fin público.

Vemos, pues, que se configura como un acto de disposición y traslativo de dominio, y cuyo acto de concesión puede ser unilateral (resolución o acuerdo administrativo) o bilateral (convenio de colaboración), sin que ello altere la naturaleza de la subvención.

Volviendo a la clasificación tripartita inicial de la actividad administrativa, la actividad de fomento es quizás la que mayor componente de discrecionalidad tiene en cuanto a su objeto. No queremos decir con esto que las administraciones públicas (en adelante, AAPP) en general, y las EELL en particular, puedan otorgar subvenciones de forma arbitraria o discrecional. Al contrario, los gobiernos locales, con total respeto a los procedimientos y requisitos establecidos en la normativa indicada, y dentro del ámbito de sus respectivas competencias, pueden, en función de criterios

² Este decreto preconstitucional dedica su título II a la acción de fomento, con un capítulo único relativo a las subvenciones, el cual, aunque sorprendentemente no ha sido derogado de forma expresa, en nuestra opinión se encontraría derogado tácitamente por la legislación posterior aprobada en materia de subvenciones, tanto estatal como autonómica.

de estricta “oportunidad”, decidir qué actividades de utilidad pública o interés social o qué promoción de qué fin público quieren fomentar.

En otras palabras, dentro de sus respectivas competencias, las EELL deciden qué política o políticas de fomento quieren realizar en cada momento (fomento del deporte, fomento de la cultura o contra la violencia, por ejemplo), ponderando siempre los conceptos de “utilidad pública”, “interés social” y/o “interés general”, y previa planificación a través del preceptivo Plan Estratégico de Subvenciones³.

2 Las administraciones públicas ante la despoblación y el reto demográfico

En los últimos años los diferentes gobiernos de nuestro país, en sus distintos niveles, parece que por fin están asumiendo como un auténtico reto el análisis y la búsqueda de soluciones para dos problemas que, en nuestra opinión, son dos caras de la misma moneda, a saber, la regresión demográfica y la despoblación del medio rural.

En el ámbito del Gobierno de España, la *Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico*, surgida de un acuerdo adoptado en la VI Conferencia de Presidentes Autonómicos celebrada el 17 de enero de 2017, asume el compromiso de elaborar una estrategia de naturaleza global y transversal que trate de dar una respuesta conjunta y de futuro a los tres grandes desafíos demográficos detectados: *el progresivo envejecimiento poblacional, el despoblamiento territorial y los efectos de la población flotante*.

Dicha estrategia reconoce y asume, como no puede ser de otra forma, que su elaboración ha de realizarse con la colaboración y cooperación de comunidades autónomas y entidades locales.

Así, recientemente, en marzo de 2019, el Consejo de Ministros ha aprobado un acuerdo sobre las directrices generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico, elaboradas por el Comisionado del Gobierno frente al Reto Demográfico, adscrito al Ministerio de Política Territorial y Función Pública. Dichas directrices plantean una estrategia de carácter global y transversal, desde una perspectiva multidisciplinar y con la participación de todos los departamentos a través del trabajo de un grupo interministerial, incorporando una perspectiva demográfica en el análisis de las actuaciones sectoriales.

Todos los ministerios incorporan a las directrices de la estrategia más de 80 medidas, referidas a jóvenes, mujeres, atención a la población rural, emprendedores, turismo, implantación de la Administración en el territorio o actividad económica.

Estas directrices establecen una serie de objetivos transversales, que podemos sintetizar de la siguiente forma:

³ Debemos tener presente el carácter obligatorio y previo a la tramitación de cualquier subvención de este instrumento de planificación, tal y como establece el artículo 8 de la LGS y la interpretación que de ese precepto ha realizado la jurisprudencia del TS (por todas las SSTs 26.06.2012, 04.12.2012, 28.01.2013 y 16.04.2012), y donde se señala que “... el Plan Estratégico tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención, constituyendo un requisito esencial cuyo cumplimiento exige que sea formalizado externamente y con un contenido que lo haga identificable como tal por reflejar al menos aquello a lo que alude el apartado 1 del artículo 8..” En consecuencia, la aprobación de un plan estratégico resulta, en nuestra opinión, una necesidad ineludible para posibilitar la concesión de subvenciones por parte de las EELL.

- Garantizar una plena conectividad territorial, con una adecuada cobertura de internet de banda ancha y de telefonía móvil en todo el territorio.
- Asegurar una apropiada prestación de servicios básicos a toda la población en condiciones de equidad, adaptada a las características de cada territorio.
- Incorporar el impacto y la perspectiva demográfica en la elaboración de leyes, planes y programas de inversión.
- Avanzar en la simplificación normativa y administrativa para los pequeños municipios, con el fin de facilitar la gestión de los ayuntamientos.
- Eliminar los estereotipos y poner en valor la imagen y la reputación de los territorios más afectados por los riesgos demográficos.
- Mejorar los mecanismos para una mayor colaboración público-privada, potenciando la incorporación de los factores demográficos en la responsabilidad social del sector privado.
- Alinear las líneas de acción y los propósitos de la estrategia con el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y de la Agenda 2030.

El trabajo realizado desde el Comisionado del Gobierno frente al Reto Demográfico para la elaboración de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico se ha guiado por el cumplimiento del acuerdo de la Conferencia de Presidentes, tanto en el objeto del acuerdo como en su metodología de trabajo y contenido.

En su metodología, la elaboración de la estrategia se ha realizado con la colaboración de las comunidades autónomas, ciudades con estatuto de autonomía y entidades locales. Por ello, se constituyó en septiembre de 2018 un grupo institucional con comunidades autónomas y representantes de la Federación Española de Municipios y Provincias. Asimismo, se constituyó el grupo de trabajo específico sobre Reto Demográfico en el marco de la Comisión Nacional de Administración Local, que abre una interlocución directa con representantes de ayuntamientos y de diputaciones provinciales.

Paralelamente, la Comisión de despoblación constituida en el seno de la FEMP elaboró y publicó en abril de 2017 un Documento de Acción, comprensivo de un listado de medidas para luchar contra la despoblación en España. Dicho documento recoge los datos de un informe anterior emitido por la propia FEMP («Población y despoblación en España 2016»)⁴, el cual revela que la mitad de todos los municipios españoles se encuentran ya en riesgo de extinción; en 14 provincias españolas, más del 80 % de todos sus municipios no pasan de 1.000 habitantes; en apenas década y media, 358 municipios han pasado a engrosar la lista de localidades que no superan los 100 empadronados (ya son un total de 1.286 municipios en esta situación); y durante el último año certificado por el INE, 36 provincias han perdido población por una dinámica de regresión demográfica que sigue cebándose mayoritariamente en las áreas rurales.

Dicho documento de propuestas elaborado en el seno de la FEMP es fruto de meses de debate y análisis dentro de la Comisión de Despoblación, y se considera que debe ser un punto de partida para la interlocución con el Gobierno, las comunidades

⁴ Población y Despoblación en España 2016 (Documento de trabajo de la Comisión de Despoblación de la FEMP. Enero de 2017).

autónomas y la sociedad civil, e incide en que municipios y diputaciones provinciales deben ser partícipes directos en la estrategia estatal para la lucha contra la regresión demográfica y, en particular y muy especialmente, para frenar el fenómeno de la despoblación del medio rural.

Ese documento contiene, estructurado por áreas, un listado de 80 medidas prácticas para frenar el desierto demográfico que amenaza a media España, 2 de ellas en el plano de organización institucional para implicar de forma coordinada a todas las administraciones públicas a las que incumbe poner en práctica las acciones previstas; y 78 medidas específicas, agrupadas en seis líneas estratégicas: economía y empleo; servicios públicos y sociales; infraestructuras; comunicaciones y transporte; medidas en materia de vivienda; incentivos demográficos; y medidas de apoyo al medio rural en materia de cultura, identidad y comunicación.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, por el Decreto 104/2016, de 28 de julio, se creó y se reguló el Observatorio Gallego de Dinamización Demográfica (*DOG n. 152, de 11 de agosto de 2016*), el cual se configura como un órgano colegiado de asesoramiento, colaboración institucional y participación social en materia de demografía, adscrito a la *consellería* competente en materia de bienestar social. En su composición se prevé la presencia, como vocal, de una persona en representación de la FEGAMP.

A principios de este año 2019 se realizaron los primeros trámites de lo que será, si hay mayoría suficiente en el Parlamento de Galicia, la futura ley de impulso demográfico de Galicia. En esta línea, el reciente Consejo de Gobierno de la Xunta de Galicia, de 27 de junio de 2019, acordó autorizar el inicio de la tramitación del anteproyecto de la que se denominará *Ley de apoyo a la natalidad e impulso demográfico de Galicia*. Partiendo del análisis recogido en el *Informe Galicia: perspectivas demográficas*, realizado en el seno del Observatorio Gallego de Dinamización Demográfica, el texto propuesto, como explica la nota publicada al respecto por la Xunta de Galicia, nace con vocación de consenso y permanencia, y responde al objetivo común de hacer de Galicia un mejor lugar para formar una familia.

Próximamente, dicha ley autonómica se someterá al trámite de exposición pública antes de remitirse al Parlamento a lo largo del segundo período de sesiones. Los principios y medidas que prevé se dividen en ocho bloques, relacionados con distintas áreas de intervención: la organización y coordinación de las administraciones públicas, los criterios generales de actuación, medidas de apoyo a las familias, fomento de la conciliación, apoyo a la juventud, impulso del retorno de los gallegos en el exterior y atracción de nueva población, equilibrio territorial y envejecimiento activo.

Sin ánimo de ser exhaustivos, sí nos gustaría destacar del anteproyecto, por su relación con la Administración local, las previsiones referidas a la puesta en marcha de la Comisión de Impulso Demográfico entre la Xunta, ayuntamientos y diputaciones, la imposición a las administraciones públicas de que tengan en cuenta el envejecimiento y desequilibrio de género de la población en medio rural y costero no urbano en el diseño de las políticas y los servicios públicos, o la redacción y aprobación, en un plazo máximo de un año desde su aprobación, de una estrategia de impulso demográfico hecha en coordinación con los ayuntamientos.

Por último, debemos tener presente que a principios de este año 2019 y en el ámbito de la UE, el Parlamento Europeo ha aprobado el informe que fija su posición sobre el nuevo Reglamento del FEDER y del Fondo de Cohesión, y cuyo texto avala que las regiones afectadas por desafíos demográficos reciban más fondos europeos para afrontarlos. De este modo, la Comisión de Desarrollo Regional ha acordado establecer una partida específica del 5 % de los fondos FEDER en cada Estado para zonas en crisis demográfica.

3 Políticas de fomento en las entidades locales contra la despoblación y el reto demográfico: ejemplos

Como señala el Documento de Acción elaborado en el seno de la FEMP anteriormente citado, municipios y diputaciones provinciales deben ser partícipes directos en la estrategia estatal para la lucha contra la regresión demográfica y, en particular y muy especialmente, para frenar el fenómeno de la despoblación del medio rural.

En los últimos años, algunas de las EELL que integran la Administración local ya han hecho uso de sus fondos propios, o de fondos comunitarios, para implementar algunas políticas públicas de fomento, tendentes a luchar contra la despoblación y el reto demográfico.

En esta línea, y con la financiación lograda por algunas diputaciones y ayuntamientos a través de Fondo Social Europeo, a través del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, se han empezado a ejecutar proyectos destinados a las personas jóvenes no ocupadas y no integradas en los sistemas de educación o formación, con el objetivo de contribuir a mitigar el problema de despoblación de las zonas rurales y lograr fijar la población joven en los municipios con menor número de habitantes (Programa Operativo de Empleo Juvenil del Fondo Social Europeo, ayudas EMP-POEJ, siendo beneficiarias en el año 2018, entre otras, las diputaciones de Granada, Ourense o Albacete, o los ayuntamientos de Aín en la provincia de Castellón, Alcalá de Guadaíra en la provincia de Sevilla o Los Realejos en Tenerife).

Igualmente, cada vez son más las EELL que establecen líneas de ayudas económicas por nacimiento o adopción de hijos o hijas, o por el fomento de la natalidad en general, con diferentes umbrales, importes y requisitos con el margen que les permite su autonomía local y potestad de autoorganización. Entre estas, podemos citar las de las diputaciones de Palencia, Málaga, Soria, Ourense o Zamora, o las de los ayuntamientos de Valencia de Don Juan (León), Boborás (Ourense), Campezo (Álava), La Bañeza (Zamora) o Venta de Baños (Palencia).

Como ejemplos de proyectos más integrales y ambiciosos podemos citar, entre otros, los emprendidos por la Diputación de Zaragoza, con convocatorias de subvenciones para las pymes, autónomos, asociaciones, fundaciones, organizaciones empresariales y sindicales para luchar contra la despoblación, a través del apoyo a proyectos relacionados con la agricultura, la actividad hostelera, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, el turismo activo, el transporte, la agroindustria, etc.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Otro ejemplo lo tenemos en el Programa Repoblem de la Diputación de Castellón, cuyo objetivo es combatir la despoblación en los entornos rurales de la provincia, y que comprende líneas de trabajo como ayudas a la natalidad, las unidades de respiro familiar de apoyo a la conciliación laboral y familiar o el servicio de transporte rural, o la implantación en municipios rurales de tiendas multiservicio.

Por su parte, la Diputación de Cáceres tiene en marcha una serie de ayudas al reto demográfico, como son el Plan Activa, para el empleo, infraestructuras, gasto corriente, cultura, deporte, o los proyectos Diputación Desarrolla, Diputación Emprende y Diputación Rehabilita, con los objetivos de generar empleo y fijar población.

En una línea similar, la Diputación de Segovia viene desarrollando iniciativas dirigidas a luchar contra la despoblación, implantando un amplio programa de servicios claves para mantener población y facilitando la integración y la adaptación de nuevas iniciativas al territorio, planteándose como reto hacer de la provincia un referente de la calidad de vida, fomentando un desarrollo sostenible que conlleve la generación de empleo de calidad y permita fijar población y mejorar la situación de jóvenes y mujeres en el territorio.

Otro supuesto es el de la Diputación de Ourense, que en este año 2019 ha comenzado a implantar en las convocatorias y bases reguladoras de sus programas de cooperación con los ayuntamientos el criterio de la perspectiva de reto demográfico, clasificando los ayuntamientos en grados en función de su inclusión o no en área urbana, su población, su pérdida o incremento de población, su densidad y tasa de natalidad, y actuando dichos grados como ponderadores de las ayudas concedidas en programas relativos a la prestación de servicios sociales, atención a la infancia, fomento de la natalidad o fomento del empleo.

Cerrando el capítulo de las diputaciones provinciales, merece igualmente mención la línea de ayudas de la Diputación de Cuenca para la puesta en marcha de casas nido dedicadas a la atención de niños y niñas de hasta tres años en municipios inferiores a 20.000 habitantes, que buscan apoyar la conciliación de la vida familiar, laboral y social, así como el fomento de las fórmulas del autoempleo y de economía social.

En el ámbito municipal, es evidente que las iniciativas han sido menores, tanto en cuantía como en alcance, cuestión lógica si partimos del razonamiento de que los ayuntamientos que sufren pérdida de población suelen ser los de menos recursos.

Así, la mayoría de líneas de fomento se reducen a las ya citadas de fomento de natalidad, si bien existen otras experiencias en ayudas a la adquisición o rehabilitación de viviendas, a la conciliación familiar, al empleo o al emprendimiento.

Sin perjuicio de lo indicado, debemos citar el Plan estratégico contra la despoblación 2019-2022 del Ayuntamiento de San Esteban del Valle (Ávila), cuyo objetivo general es reducir la pérdida de población a través de la mejora del bienestar y las condiciones de vida de sus habitantes y el fomento de la participación de la ciudadanía en la búsqueda de soluciones, promoviendo el desarrollo agropecuario sostenible, la producción agropecuaria ecológica y de calidad y la comercialización de los productos locales.

En una línea similar se sitúa el Plan estratégico de lucha contra la despoblación del Ayuntamiento de Medina del Campo (Valladolid), que tiene como principales líneas de actuación seis aspectos: la actividad económica, la vivienda, la mejora de los equipamientos y servicios básicos del entorno, la movilidad teniendo en cuenta la situación estratégica de la localidad con respecto a la capital y la puesta en valor del empadronamiento en el municipio de residencia.

Una última mención, por su carácter innovador, merece la iniciativa de los ayuntamientos sorianos de Valdeavellano y El Hueco, que han promovido un proyecto para crear el primer ecosistema europeo tecnosocial enfocado a la lucha contra la despoblación, y cuya intención es convertir Espacio Valdeavellano en dinamizador de la comarca, potenciando este centro como referente nacional e internacional en nuevas tecnologías, con la vista puesta en la lucha contra la despoblación y la mejora de la calidad de vida en el medio rural y manteniendo siempre el enfoque en el reto de frenar la despoblación.

4 Conclusiones

Del panorama anteriormente expuesto podemos extraer una serie de cuestiones a modo de conclusión.

La primera, y seguramente la principal, es que parece que por fin los gobiernos, en sus distintos niveles, han tomado conciencia de la importancia de promover políticas públicas que intenten hacer frente al fenómeno de la regresión demográfica (reto demográfico) y la despoblación de determinadas zonas, especialmente las rurales.

Ya se habla con claridad, en los diferentes foros políticos y sociales, del llamado “vaciamiento” de una parte del territorio español, y que puede traer como efecto el de un grave problema de desequilibrio socio-territorial y económico, y cuyos principales síntomas reconocidos son los del descenso generalizado de la natalidad, la pérdida continuada de población, la baja densidad en zonas rurales y las aglomeraciones en las zonas urbanas, y el envejecimiento de la población.

Podemos afirmar ya, sin miedo a equivocarnos, que existe un consenso casi generalizado en la incorporación del impacto demográfico en la elaboración de la mayor parte de las políticas públicas, y en que se hace necesario que desde todos los gobiernos se adopten medidas tendentes a garantizar la igualdad de oportunidades y el libre ejercicio de los derechos de ciudadanía en todo el territorio. En este punto, es evidente que frente a este reto las entidades que integran la Administración local tienen mucho que aportar y mucho que decir, sin perder de vista que es fundamental la colaboración y la coordinación de todas las administraciones públicas.

Como hemos expuesto, muchas de nuestras EELL ya se han puesto manos a la obra, si bien se nos antoja que las medidas hasta ahora implementadas son residuales y de poco calado, salvo excepciones. En todo caso, parece que ya no hay vuelta atrás y que el camino ya se ha iniciado, y tanto el Estado como las comunidades autónomas afectadas van en la misma línea.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

En los próximos años podremos comprobar si las políticas que hoy se planifican obtienen los resultados deseados, y si el despoblamiento y la regresión demográfica que hoy parecen fenómenos imparables pueden, al menos, minimizarse.

Se hace necesario, en nuestra opinión, que las entidades locales afectadas vean incrementada su financiación para adoptar este tipo de políticas, que deben ir dirigidas a intentar atajar la raíz del problema y a intentar garantizar que la elección del lugar y el modo de vida de la ciudadanía, especialmente de los más jóvenes, no se vea condicionada por la situación geográfica, o, al menos, en la menor medida posible.

Y es que no debemos olvidar que la mayoría de nuestros abuelos y de nuestros padres, y en muchos casos nosotros mismos, venimos de pequeñas poblaciones, y que los enclaves rurales y las concentraciones urbanas son dos realidades que se retroalimentan y que no se entiende la una sin la otra.

Fuentes consultadas

http://www.mptfp.es/portal/reto_demografico/Estrategia_Nacional.html

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/Paginas/enlaces/290319-enlace-reto.aspx>

<https://www.xunta.gal/hemeroteca/-/nova/063699/xunta-paso-mais-reto-demografico-coa-constitucion-observatorio-galego>

<http://www.parlamentodegalicia.es/>

<https://transparencia.xunta.gal/portada>

http://www.femp.es/sites/default/files/multimedia/documento_de_accion_comision_de_despoblacion_9-05-17.pdf

<https://www.diputaciondepalencia.es/>

<http://www.depourense.es/index.php/es>

<http://www.malaga.es/diputacion/>

<http://www.dipsoria.es/>

<http://www.diputaciondezamora.es/>

<http://www.valenciadedonjuan.es/>

<http://boboras.gal/>

<http://www.campezo.eus/>

<http://www.aytobaneza.es/>

<https://ventadebanos.es/>

<http://www.dpz.es/>

<https://www.dipcás.es/es/>

<https://www.dip-caceres.es/>

<https://www.dipucuenca.es/>

<http://www.sanestebandelvalle.es/images/Despoblaci%C3%B3n/Plan%20estrat%C3%A9gico%20contra%20la%20despoblaci%C3%B3n.pdf>

http://empleomedina.com/wp-content/uploads/Despoblaci%C3%B3nPlan_Estrategico.pdf

<https://www.elhueco.org/tag/valdeavellano-de-tera/>

Limitaciones medioambientales a la ocupación del espacio urbano y la protección del derecho penal: un estudio de caso

Limitações ambientais à ocupação do espaço urbano e a proteção do direito penal: um estudo de caso

Environmental limitations on the occupation of urban space and the protection of criminal law: a case study

57 Regap

Regap



ROGÉRIO GESTA LEAL

Catedrático

Universidad de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil)

gestaleal@gmail.com

Recibido: 26/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.27>

Resumen: El presente trabajo consiste en un estudio de caso cuyo objetivo es tratar el controvertido tema de las limitaciones medioambientales impuestas a la ocupación del espacio urbano brasileño, y de cómo el derecho penal ha contribuido a la protección sostenible del medio ambiente. Subsidiariamente se intenta determinar, a partir del caso concreto, si es posible hablar de derecho adquirido en materia de actos administrativos realizados para analizar y viabilizar la promoción inmobiliaria. Con este objetivo, se ha utilizado un enfoque de investigación bibliográfica basada en doctrina, jurisprudencia, artículos, revistas y legislación. El método de trabajo utilizado fue el deductivo, partiendo de un análisis del derecho de propiedad, su alcance y sus limitaciones a la luz del texto constitucional y las normas infraconstitucionales, compatibilizando tal derecho con las normas de derecho medioambiental, para determinar así el papel del derecho penal en la protección del medio ambiente en un caso concreto. Dicho estudio ha concluido que las irregularidades existentes en la concesión de licencias medioambientales pueden dar lugar a delitos que deben ser castigados.

Palabras clave: Derecho penal, medio ambiente, derecho medioambiental, urbanización, espacio urbano.

Resumo: O presente estudo consiste em um estudo de caso que tem por objetivo tratar do controvertido tema das limitações ambientais opostas à ocupação do espaço urbano brasileiro, e de como o Direito Penal tem contribuído para a proteção do meio ambiente sustentável. Subsidiariamente busca determinar, à luz do caso concreto, se é possível falar em direito adquirido em matéria de atos administrativos constituídos para analisar e viabilizar empreendimento imobiliário. Para tanto, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica em doutrina, jurisprudências, artigos, revistas e legislação. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo de uma análise acerca do direito de propriedade, seu alcance e suas limitações à luz do texto constitucional e normas infraconstitucionais, compatibilizando

tal direito às normas de direito ambiental, para assim determinar o papel do Direito Penal na proteção ambiental em um caso concreto. Tal estudo concluiu que as irregularidades presentes na concessão de licenças ambientais são capazes de configurar crimes que devem ser punidos.

Palavras-Chave: Direito penal, meio ambiente, direito ambiental, loteamento, espaço urbano.

Abstract: The present study consists of a case study whose objective is to treat with the controversial theme of environmental limitations opposed to the occupation of the Brazilian urban space, and how the Criminal Law has contributed to the protection of the sustainable environment. Subsidiarity it seeks to determine, in the light of the specific case, whether it is possible to speak in right acquired in matters of administrative acts constituted to analyze and make feasible real estate development. For this, the technique used was the bibliographic research in doctrine, jurisprudence, articles, journals and special legislation. The method of approach used was the deductive one, starting from an analysis about the right of property, its scope and its limitations in the light of the constitutional text and ordinary norms, making compatible this right to the norms of environmental law, in order to determine the role of the Criminal Law in environmental protection in a concrete case. This study concluded that the irregularities present in the environmental licensing are capable of configuring crimes that should be punished.

Key words: Criminal law, environment, environmental law, allotment, urban space.

Índice: 1 Introducción. 2 Derecho de propiedad y medio ambiente: repercusiones en el espacio urbano brasileño. 3 Cómo puede el derecho penal contribuir a la protección medioambiental: un estudio de caso.

1 Introducción

Este texto trata sobre el controvertido tema de las limitaciones medioambientales que se han impuesto a la ocupación del espacio urbano brasileño, y de cómo el derecho penal ha contribuido a la protección de este bien jurídico constitucional, que es el medio ambiente sostenible.

En primer lugar, vamos a situar el debate en su contexto actual, verificando en qué medida y con qué argumentos –ya conocidos– el medio ambiente se configura como un bien jurídico de protección constitucional, y cuáles son sus implicaciones en lo que se refiere a la ocupación del espacio urbano, para evaluar posteriormente, a partir del estudio de caso judicial concreto, cómo puede contribuir a esta cuestión el derecho penal brasileño.

2 Derecho de propiedad y medio ambiente: repercusiones en el espacio urbano brasileño

El tema a tratar está directamente relacionado con la propiedad (pública y privada) y sus regulaciones normativo-fiscales y, en este sentido, desde un punto de vista dogmático-jurídico más tradicional, es inherente a la misma un contenido positivo, circunscrito por los denominados límites positivos que fijan el conjunto de poderes y facultades del titular del derecho, y el alcance del correspondiente ejercicio, indicando hasta dónde aquel puede llegar en el ejercicio de tales poderes y facultades. Por otra parte, existe asimismo un contenido negativo, circunscrito por las limitaciones que establecen hasta dónde pueden producirse injerencias y/o actuaciones de terceros en relación con el derecho ajeno, cuáles son los poderes y facultades que no posee su titular, y hasta dónde el mismo puede llegar en el ejercicio del derecho. La legislación,

al establecer limitaciones, puede imponer al titular del derecho un “*fazer*” (conservar la finca urbana), un “*não-fazer*” (no usar perjudicialmente la propiedad inmovilizada en detrimento de los vecinos), o un “*suportar*” (el vecino puede entrar en el terreno limítrofe para reparar un muro divisorio)¹.

Los límites positivos y negativos, establecidos en el propio contenido del derecho, y las limitaciones a su ejercicio, establecidas por las reglas jurídicas, constituyen un estatuto de derecho mínimo y tienen en cuenta el principio de su relatividad, sin que pueda ser absoluto un derecho como el de la propiedad, teniendo en cuenta que su contenido y ejercicio deben permitir la coexistencia con otros derechos, garantizando el respeto recíproco de los mismos. El ejercicio del derecho, de esta manera, está, por tanto, también limitado, debiendo ser regular, pues el exceso, el abuso perjudicial es caracterizado como acto ilícito. El poder o la facultad se inscriben en el contenido del derecho, pero, si el ejercicio es irregular y perjudicial, existe ilicitud.

La Carta Política de 1988 amplió además este debate reconociendo la propiedad como un derecho fundamental, ¡pero atribuyéndole una función social! No obstante, ¿qué significa esta función social en términos conceptuales y pragmáticos?

Es decir, en principio y según Rios², el deber intrínseco, consustanciado en la función social de la propiedad, no se confunde ni se resume, de ningún modo, con técnicas jurídicas limitadoras del ejercicio de los derechos, puesto que estamos ante un elemento esencial que define el propio derecho subjetivo a la propiedad. Por lo tanto, las limitaciones, a pesar de ser importantes en esa definición, implican una mera abstención del titular del derecho: los deberes, por el contrario, se caracterizan como cargas inherentes al propio derecho, orientando y determinando su ejercicio, de modo positivo.

La realidad conjugada que es la propiedad, por ser un derecho subjetivo, solo se comprende de forma adecuada teniendo presente su función social. Se configura, en ese momento, como poder-deber (en este caso, poder-función), siendo su titular el verdadero responsable para con la sociedad de comportamientos positivos, de acuerdo con los dictámenes del orden jurídico como un todo. Sus obligaciones, teniendo en cuenta lo anterior, no se confunden con límites al derecho (como los derechos de vecindad). Si bien esas son circunstancias externas limitadoras del ejercicio del derecho, la función social es un elemento estructural del contenido de la institución de la propiedad³.

Por tanto, la noción de función, en el sentido en el que es empleado el término en esa materia, significa poder, más específicamente, el poder de dar al objeto de la propiedad un destino determinado, de vincularlo a un cierto fin. El adjetivo social muestra que ese fin se corresponde además con el interés colectivo y no exclusivamente

¹ Ver mi libro LEAL, R.G., *Direito Urbanístico*, Renovar, Rio de Janeiro, 2000, así como LEAL, R.G., *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998. Ver también en particular el trabajo de SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2013.

² RIOS, R.R., “A propriedade e sua função social na constituição da república de 1988”, *Doutrina Jurídica Brasileira*, Plenum, Porto Alegre, 2006.

³ Ver el texto de BRENDA, E., “Função da Garantia da Propriedade na Constituição Moderna”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.

con el interés del propio *dominus*; lo que no implica que no sea posible la armonización entre ambos. Pero, de todos modos, si se valora el interés colectivo, esa función social de la propiedad corresponde al poder-deber del propietario, sancionable por el ordenamiento jurídico⁴.

Es importante destacar asimismo que, cuando el sistema jurídico brasileño se refiere al medio ambiente, lo hace a través de disposiciones de naturaleza principiología y reguladora, algunas aparecen en el art. 225, de la Constitución Federal de 1988, igual que en otras normas dispersas tanto en la Carta Política como en la legislación infraconstitucional, que orientan la interpretación y aplicación de la legislación y también de la política medioambiental, entre los cuales puedo destacar los siguientes: el principio de la prevención, el principio de “quien contamina paga” o principio de la responsabilización, y el principio de la cooperación o de la participación⁵. Estos principios, por así decirlo, aparecen integrados, junto a otros, en las disposiciones normativas federales, estatales y municipales brasileñas correspondientes a este tema.

De todo ello se deduce la tesis de que la política medioambiental no solo prescinde de la acción del poder público, sino también de acciones de responsabilidad conjunta que involucran tanto al Estado como a la comunidad, pues:

*[...] los administradores, de meros beneficiarios del ejercicio de la función medioambiental por el Estado que eran, pasan a ocupar la posición de destinatarios de la obligación de desarrollar comportamientos positivos, en la búsqueda de aquellos fines. Así, la característica que distingue a la función medioambiental pública de las demás funciones estatales es la no exclusividad de su ejercicio por el Estado.*⁶

Por otra parte, cualquier política medioambiental debe tener en consideración: 1) la adopción de medidas preventivo-anticipatorias en vez de medidas represivo-mediadoras; 2) el control de la contaminación en la fuente, es decir, en el origen (espacial y temporal); 3) en cuanto a la policía medioambiental, ésta debe funcionar obligando al que contamina a rectificar y recuperar el medio ambiente⁷.

Pero ¿de qué medio ambiente se ocupa el sistema jurídico brasileño? Es habitual afirmar que el concepto de medio ambiente en los últimos años ha sufrido una ampliación significativa, incluso en términos de especies distintas más integradas, tales como medio ambiente natural y medio ambiente artificial que, a su vez, se subdivide en medio ambiente artificial o urbano, medio ambiente cultural, medio ambiente del trabajo, entre otras clasificaciones que podrían ser agregadas. En este sentido, el medio ambiente artificial hace referencia a la creación humana material e intelectual, al patrimonio histórico y al medio ambiente del trabajo humano –donde son tutelados bienes que se refieren a la salud y a la seguridad del trabajador–, correspondiendo

⁴ Ver el texto de TESTA, V., *Disciplina Urbanistica*, Giuffrè, Milano, 2009. En la misma dirección el texto de SPADACCINI, G., *Urbanistica, Edilizia, Espropriazione negli Ordinamenti Statale e Regionale*, Editrice Stamperia Nazionale, Roma, 2012..

⁵ Según DERANI, C., *Direito ambiental econômica*, Max Limonada, São Paulo, 2002, pp. 164 y ss.

⁶ GRAU, E.R., *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, Malheiros, São Paulo, 2004, p. 119.

⁷ CANOTILHO, J., “Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 9, Coimbra, 1993, p. 47.

al empresario, –a través de la prevención y de manera objetiva–, asumir el riesgo inherente a las actividades desarrolladas por el empleado.

Respecto a la relación del medio ambiente con el orden económico, es necesario observar lo que se dispone en el art.170 de la Constitución Federal, modificado por los términos de la Enmienda Constitucional n° 42, de 19 de diciembre de 2003, en el sentido de que el orden económico se basa en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, teniendo como fin garantizar a todos una vida digna, conforme a los dictámenes de la justicia social, observando, entre otros principios, lo establecido en el apartado VI, es decir: *defensa del medio ambiente, incluso mediante un tratamiento diferenciado conforme al impacto medioambiental de los productos y servicios y de sus procesos de elaboración y prestación*.⁸

Nada más coherente que esta modificación que aparece en la Enmienda Constitucional mencionada, dada la prioridad que el orden económico concede a la obligación de garantizar a todos una vida digna, que no es posible sin un entorno medioambiental ecológicamente equilibrado, que permita una calidad de vida saludable para todos.⁹

Por estos motivos, el propio concepto de daño medioambiental también ha sido ampliado, para tener en cuenta los múltiples caracteres del concepto de medio ambiente comentados. Por eso la doctrina insiste en el hecho de que *daño medioambiental es el perjuicio causado a los recursos medioambientales, con la consiguiente degradación –alteración adversa o in pejus– del equilibrio ecológico y de la calidad de vida*.¹⁰ Por otro lado, los recursos medioambientales en la perspectiva normativa, conforme a los términos del art. 3º, apart. V, de la Ley Federal n° 6.938/1981, son: la atmósfera, las aguas interiores, superficiales y subterráneas, las desembocaduras, el mar territorial, el suelo, el subsuelo, los elementos de la biosfera, la fauna y la flora.

Es también la propia Constitución la que da muestras de la ampliación material/pragmática del concepto de función social de la propiedad en el país, al menos normativamente, cuando, por ejemplo, trata sobre la adecuada ordenación territorial (art. 30, apart. VIII); de los monumentos, de los paisajes naturales importantes y de los yacimientos arqueológicos (art. 23, apart. III); del medio ambiente (arts. 23, apart. VI; 170, apart. VI y 225); de los bosques, de la fauna y la flora (art. 23, apart. VII); del bienestar de los habitantes de las ciudades (art. 182, caput); de la ordenación de la ciudad (art. 182, § 2º); del adecuado aprovechamiento del suelo urbano (art. 182, § 4º), e incluso en cuanto al sistema de adquirir la propiedad, haciendo referencia expresa a la vivienda de la población de renta baja (art. 183); de la protección de los llamados bienes de naturaleza material e inmaterial, considerados individualmente o en conjunto, portadores de significado identitario, a la actuación, a la memoria de

⁸ Realizo un análisis ampliado de este debate en mi libro LEAL, R.G., *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*, cit.

⁹ Por tanto, contraria al enfoque economicista de COASE, R.H., "The problem of social cost", *Journal of Law and Economics*, n. 3(1), 1960, p. 16. para quien, por más que se fijase legalmente el derecho de una comunidad a exigir medidas de protección ambiental a una fábrica que estuviese contaminando el medio ambiente, si los costes de retirada de la comunidad fueran menores que los costes de tales medidas, la fábrica debería pagar a los propietarios para reubicarse, en lugar de reducir sus niveles de contaminación.

¹⁰ MILARÉ, E., *Direito do ambiente*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, pp. 421-2. Ver también el excelente texto de BACHELET, M., *Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão*, Instituto Piaget, Lisboa, 2004.

los diferentes grupos que conforman la sociedad brasileña, del patrimonio cultural brasileño, mediante preservación y expropiación, conforme a la disposición expresa del art. 216, § 1°.

Igualmente, el sistema jurídico brasileño cuenta actualmente con un universo bastante importante de legislación infraconstitucional que fija varios condicionamientos al derecho de propiedad y, por ello, prioriza determinados intereses y valores que sostienen esta idea de la función social de la propiedad. Entre estas normas, podemos citar la Ley Federal n° 6.766/79, de naturaleza urbanística, que impone al propietario del terreno obligaciones para la parcelación del suelo urbano; la Ley Federal n° 6.803/80, que establece directrices básicas para la ordenación industrial en las áreas críticas de contaminación, así como la Ley Federal n° 6.938/81, que regula la Política Nacional de Medio Ambiente, creando mecanismos de control del uso de la propiedad por parte de particulares con el objetivo final de preservar el medio ambiente; el Decreto-ley Federal n° 25/37, que protege el patrimonio histórico y artístico nacional o conjunto de los bienes muebles e inmuebles existentes en el país y cuya conservación sea de interés público, tanto por su vinculación a hechos memorables de la historia de Brasil, como por su excepcional valor arqueológico o etnográfico, bibliográfico o artístico; así como los monumentos naturales, como los lugares y paisajes que resulte importante conservar y proteger por poseer unas características singulares que la naturaleza les haya otorgado o por ser creados por la mano del hombre; igualmente contamos con regulaciones represivas que prevén la confiscación de los instrumentos delictivos, una hipótesis radical de extinción de la propiedad de determinados bienes, según los términos del Código Penal, art. 91, apart. II, y Ley Federal n° 6.368/76, art. 34, § 2°¹¹.

Estas limitaciones, a su vez, además de ser establecidas por el marco normativo de cada sistema jurídico, han tenido en el Poder Ejecutivo y Legislativo un protagonismo diferente, como gestores del espacio urbano privilegiado, teniendo en cuenta incluso la dinámica de las demandas que a este respecto surgen a diario. La Administración ha contribuido a la disciplina y a la fiscalización del ejercicio de derechos en este caso, tanto individuales como sociales, a través del poder de la policía en primer lugar, procurando siempre el interés de la comunidad.

Y en lo que se refiere especialmente al tema del medio ambiente, el sistema jurídico brasileño lo trata en base a normas de naturaleza principiológica y reguladora, algunas incluidas en el art. 225 de la Constitución Federal de 1988, así como en otras normas dispersas tanto en la Carta Política, como en la legislación infraconstitucional, que orientan la interpretación y aplicación de la legislación y también de la política medioambiental, entre las cuales podemos destacar las siguientes: el principio de la prevención, el principio de que “quien contamina paga” o el principio de la responsabilización, y el principio de la cooperación o la participación¹², los cuales,

¹¹ Ver el texto de SILVA, J.A., *Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 2010. También el texto de FIGUEIREDO, L.V., *Disciplina Urbanística da Propriedade*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

¹² Como opina DERANI, C., *Direito ambiental econômico*, cit., pp. 164 y ss.

como mínimo, están recogidos, junto con otros, en las disposiciones normativas federales, estatales y municipales brasileñas relativas al tema.

Es este universo normativo el que impone que cualquier política medioambiental debe tener en cuenta: 1) la adopción de medidas preventivo-anticipatorias en lugar de represivo-mediadoras; 2) el control de la contaminación en la fuente, es decir en el origen (espacial y temporal); en cuanto a la policía medioambiental ésta debe ser ejercida obligando al que contamina a rectificar y recuperar el medio ambiente.¹³

De esta manera, Paulo Affonso Leme Machado define el daño medioambiental como el sufrido por el conjunto del medio natural o por uno de sus componentes, considerado como patrimonio colectivo, independientemente de sus repercusiones sobre personas y bienes. Es el daño (alteración, perjuicio de un elemento medioambiental o ecológico, aire, agua, suelo, bosque, clima, etc.), que genera una modificación – a peor – en el equilibrio ecológico del ecosistema local o global.¹⁴

Se explica por tanto la preocupación por el tema, por ejemplo, de la sostenibilidad, aquí entendida fundamentalmente en sus dimensiones: (a) social, verdadera finalidad del desarrollo; (b) cultural; (c) medioambiental y (d) económica.

En este sentido es necesario tener en cuenta el hecho de que estos temas están relacionados con otros muchos, como la equilibrada distribución territorial de los asentamientos humanos y sus actividades, configurándose la sostenibilidad económica no como condición previa para las anteriores, variable que tiene que ser medida de forma contingencial teniendo en cuenta las demás sostenibilidades; aparecen aquí también cuestiones relativas a la existencia o la falta de gobernabilidad política y a la creación de políticas públicas curativas y preventivas de las sostenibilidades señaladas.¹⁵

Por esos motivos Henrique Leff insiste en el hecho de que *el principio de sostenibilidad surge como una respuesta a la fractura de la razón modernizadora y como una condición para construir una nueva racionalidad productiva, fundada en el potencial ecológico y en nuevos sentidos de civilización a partir de la diversidad cultural del género humano*.¹⁶ Igualmente, el magistrado federal Zenildo Bodnar opina que esta sostenibilidad debe ser entendida como imperativo ético tridimensional: *implementado en solidaridad sincrónica con la generación actual, diacrónica con las futuras generaciones, y en sintonía con la naturaleza, es decir en beneficio de toda la comunidad de vida y con los elementos abióticos que la sustentan*.¹⁷

A partir de estos factores la doctrina especializada brasileña se ha referido a la importancia de otro principio, el de la precaución, como uno de los principales

¹³ CANOTILHO, J., "Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais", cit.

¹⁴ MACHADO, P.L., *Curso de Direito Ambiental*, Malheiros, São Paulo, 2002, p. 118. Ver igualmente el trabajo de FREITAS, V. P. (org.), *Direito ambiental em evolução*, Juruá, Curitiba, 1998.

¹⁵ Ver el texto de SACHS, I., *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, Garamond, Rio de Janeiro, 2002.

¹⁶ LEFF, H., *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*, Editora Vozes, Petrópolis, 2005, p. 31.

¹⁷ BODNAR, Z., *Reflexões iniciais sobre a Jurisdição Ambiental e a Sustentabilidade*. P.06. Texto virtual, enviado por el autor el 15/04/2009. En el mismo texto el autor también advierte: *A sustentabilidade deve ser compreendida e operacionalizada numa triplice dimensão: ecológica, econômica e social. Deve representar não apenas a garantia da manutenção futura dos bens ambientais, mas também a melhora das condições gerais de vida para as futuras gerações. Esta é uma imposição peremptória do princípio da equidade intergeracional.*

orientadores de las políticas medioambientales, además de ser un elemento estructurador del derecho medioambiental.

En el derecho positivo brasileño, el principio de precaución tiene su fundamento en la Ley de política nacional de medio ambiente (Ley 6.938/81), más concretamente en su artículo 4º, I y IV, que expresa la necesidad de un equilibrio entre el desarrollo económico y el uso de los recursos naturales, y que introduce asimismo la evaluación del impacto medioambiental como requisito para la puesta en marcha de una actividad industrial.

Del mismo modo, la Constitución Federal vigente incorporó el principio de precaución en su artículo 225, § 1º, V, al afirmar que *todo el mundo tiene derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una calidad de vida saludable, imponiéndose al poder público y a la comunidad el deber de preservarlo para las presentes y futuras generaciones.*

Tales perspectivas están imponiendo al Estado y a la comunidad una nueva postura y comportamiento en relación con los temas medioambientales, pues tales principios exigen que se adopten medidas medioambientales que, en un primer momento, eviten el inicio de una actividad potencialmente lesiva para el medio ambiente, actuando también cuando el daño ambiental ya se haya producido, para que los daños cesen o al menos se minimicen.

Por tanto, de acuerdo con Antunes¹⁸, la precaución no solo debe impedir el daño medioambiental que pueda derivarse de acciones u omisiones humanas, sino que también debe actuar en la prevención oportuna de ese perjuicio. El daño medioambiental se evita con una prevención oportuna.

Esta nueva dimensión del derecho medioambiental con sus elementos normativos vigentes ha puesto en marcha medidas administrativas y judiciales preventivas que no se limitan a eliminar los efectos nocivos sobre el medio ambiente, sino que también intentan anticiparse y prevenir que se produzca una actividad potencialmente dañina.

*Precaución es cuidado. El principio de precaución está relacionado con los conceptos de alejamiento del peligro y garantía para las futuras generaciones, así como con la sostenibilidad medioambiental de las actividades humanas. Este principio es la traducción de la búsqueda de la protección de la existencia del hombre, tanto a través de la protección de su medio ambiente, como garantizando la integridad de la vida humana. Desde esta premisa, se debe considerar no solo el riesgo inminente de una determinada actividad, sino también los futuros riesgos derivados de proyectos humanos, que nuestra comprensión y la etapa actual de desarrollo de la ciencia no pueden comprender en toda su densidad.*¹⁹

Basándonos en el concepto de precaución, se consagra el criterio de la probabilidad en la toma de decisiones que integran la cuestión medioambiental, en detrimento del criterio de certeza. Es decir, mientras el demandado debe demostrar, de manera efectiva, que la actividad desarrollada no resulta lesiva para el medio ambiente, lo

¹⁸ ANTUNES, P.B., *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, pp. 79 y ss. De la misma manera MACHADO, P.L., *Direito ambiental brasileiro*, cit. p. 57.

¹⁹ DERANI, C., *Direito ambiental econômico*, cit., p. 167.

que implica, por tanto, una garantía absoluta de la inocuidad de su actividad, el demandante tiene que demostrar que existe la probabilidad de ese daño.

Sin embargo, en la aplicación de este sistema jurídico, es importante tener en cuenta algunos criterios de aplicación de las normas (reglas y principios), mediante procedimientos racionales y controlables, entre los cuales deseo destacar el de la consideración de los intereses involucrados. Recordemos las palabras de Suzana Toledo:

La cuestión de la ponderación surge de la necesidad de otorgar a este procedimiento un carácter racional y, por lo tanto, controlable. Cuando el intérprete sopesa los activos en caso de conflicto entre los derechos fundamentales, da prioridad a uno sobre el otro, es decir, le da mayor peso a uno de ellos. Si se puede establecer una fundamentación para este resultado, se elimina el irracionalismo subjetivo y se consigue el racionalismo objetivo.²⁰

Virgílio da Silva nos ofrece un enfoque interesante, y más estricto, al respecto, en el sentido de que la proporcionalidad y la razonabilidad son instrumentos diferentes, tanto por su origen histórico como por el modo de funcionamiento, y esta diferenciación se debe tener en cuenta, en la medida en que la aplicación de uno u otro método implica consecuencias distintas. La regla de la proporcionalidad, como desarrollo lógico de la estructura de los derechos fundamentales, se debería aplicar de forma estructurada, a partir del examen de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en un sentido estricto. Así pues, en su opinión, ésta exigiría un rigor argumentativo mucho mayor que el de la razonabilidad, en la que simplemente se verificaría la compatibilidad entre medios y fines de la medida estatal.²¹

Virgílio, realizando una acertada crítica a determinadas posiciones del propio Tribunal Supremo Federal, recuerda que la invocación de la proporcionalidad es, en no pocas ocasiones, un mero recurso a un *topos*, con carácter simplemente retórico y no sistemático. *En numerosas sentencias, cuando se pretende descartar alguna conducta considerada abusiva, se recurre a la fórmula “en base al principio de la proporcionalidad o de la razonabilidad, el acto debe ser considerado inconstitucional”. (...) No se hace ninguna referencia a un proceso racional y estructurado de control de la proporcionalidad del acto en cuestión, ni siquiera una comparación real entre los objetivos que se buscan y los medios utilizados.²²*

Y sobre la base de este racionalismo objetivo, Canotilho²³ afirma que “las ideas de ponderación (*Abwägung*) o de equilibrio (*Balancing*) siempre surgen cuando existe la necesidad de acudir al derecho para resolver casos de conflicto (*Osenbühl*) entre bienes jurídicamente protegidos”.

Es aquí cuando el marco sistémico-constitucional gana fuerza para solucionar el caso concreto, mediado por la interpretación del trabajador del derecho, para dar relevancia a la idea de que: En el momento de la ponderación no se trata tanto de

²⁰ BARROS, S.T., *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília jurídica, Brasília, 2000, p. 172.

²¹ En AFONSO DA SILVA, V., “O Proporcional e o Razoável”, *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, pp. 23-50; AFONSO DA SILVA, V., “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, 2003, pp. 607-630.

²² AFONSO DA SILVA, V., “O Proporcional e o Razoável”, cit., p. 31.

²³ CANOTILHO, J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, p. 1174.

atribuir un significado regulador al texto de la norma, sino de equilibrar y ordenar bienes en conflicto (o, por lo menos, en relación de tensión) en un determinado caso. ... La actividad interpretativa comienza por una reconstrucción y calificación de los intereses o bienes en conflicto procurando, más tarde, atribuir un sentido a los textos normativos. A su vez, la ponderación intenta elaborar criterios de clasificación para obtener la solución justa para el conflicto de bienes, en base a los datos normativos y de hecho.²⁴

Téngase en cuenta que en la relación entre el Estado y la Sociedad se debe garantizar tanto la libertad individual del ciudadano como la integridad del medio ambiente, estableciendo directrices e instrumentos que permitan la “apropiación” y la “transformación” de la naturaleza en la búsqueda de su protección y la conservación del equilibrio ecológico²⁵. En esta línea, la Declaración de Río de Janeiro adoptó, en su disposición n° 16, el principio de que el que contamina paga, al afirmar que:

Las autoridades nacionales deben procurar garantizar la internalización de los costes medioambientales y la utilización de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que quien contamina, debe, en principio, cargar con los costes de la contaminación, teniendo en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio y las inversiones internacionales²⁶.

Asimismo, el principio de quien contamina paga fue asumido por la Constitución Federal en su art. 225, párrafo 3, que afirma: las actividades y conductas perjudiciales para el medio ambiente someterán a infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado.

En el ámbito internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), por medio de la Recomendación C (72), 128, de 28 de mayo de 1972, incorporó formalmente el principio de que “el que contamina paga”. Más tarde, por presión del Acta Única Europea, los ordenamientos jurídicos de todos los países de la Comunidad Europea, y también el Consejo de Europa, lo aceptaron.²⁷

Al tener este principio un importante carácter económico, porque imputa al que contamina los gastos derivados de la actividad contaminante, para optimizar sus resultados positivos en la protección del medio ambiente es preciso que sea utilizado con sentido común económico, jurídico y político, puesto que implica costes en medidas de prevención y control de la contaminación para estimular el uso racional de los recursos medioambientales escasos y evitar distorsiones al comercio y a las inversiones internacionales. Quiero decir con esto que, en la práctica, los costes del

²⁴ CANOTILHO, J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1179.

²⁵ MIRRA, A.L.V., “Princípios fundamentais do direito ambiental”, Oliveira Júnior, J. A e Leite, J. R. M. (orgs.), *Cidadania coletiva*, Paralelo, Florianópolis, 1996.

²⁶ ANTUNES, P. B., *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*, cit., p. 31.

²⁷ Según ARAGÃO, M.A.S., *O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*, Coimbra, São Paulo, 1997, p. 27. El objetivo del principio de “quien contamina paga” no es solo que los costes de las medidas de protección del medio ambiente (las externalidades medioambientales) los paguen aquellos que las originaron, sino también que se corrijan o eliminen las fuentes potencialmente contaminantes. En resumen, el principio de “quien contamina paga” tiene tres funciones primordiales: la de prevención, reparación y la de internalización y redistribución de los costes medioambientales.

control de la contaminación que surgen debido a la reglamentación medioambiental deben ser soportados por el que contamina y por todos aquellos que están vinculados directamente a él, pues la sociedad no debe cargar directamente y sola con las obligaciones derivadas de la protección del medio ambiente.

Ante tales argumentos, puede parecer que el derecho penal no contribuye a la protección del medio ambiente en Brasil, siendo tarea exponencial del derecho administrativo y del derecho civil. Craso error, basta con observar el desarrollo de la legislación penal a favor del medio ambiente como derecho fundamental.

Y esto es lo que vamos a ver a continuación, a través del análisis de un caso judicial concreto valorado por el Tribunal de Justicia del Estado del Rio Grande do Sul.

3 Cómo puede el derecho penal contribuir a la protección del medio ambiente: un estudio de caso

El caso concreto que vamos a analizar se refiere a un recurso de amparo interpuesto por una persona jurídica que tiene como actividad principal desarrollar proyectos inmobiliarios, especialmente urbanizaciones residenciales, en la ciudad de Sapucaia do Sul, en Rio Grande do Sul²⁸. La medida judicial fue interpuesta contra la sentencia emitida por la jueza de Derecho de la Sala de lo Penal n° 1 de dicha ciudad, que determinó la imposición de medidas cautelares alternativas a la prisión, es decir la suspensión de cualquier actividad referida a la implantación de la Urbanización Guaspari; la suspensión de las licencias previa (n° 004/2015-SEMA-SL) y de instalación (n° 042/2015-SEMA-SL), así como la prohibición de comunicación al público o a interesados, de ofertas, reservas de solares o contratos referentes a la promoción, mientras estén vigentes las suspensiones arriba mencionadas.

En resumen, el autor del *mandamus* sostiene que la urbanización fue desarrollada legalmente, de acuerdo con la Ley orgánica de Sapucaia do Sul (Ley n° 3.377/2012), con la concesión de las licencias previas n° 004/2015-SEMA-SL y de instalación n° 042/2015-SEMA-S, de modo que la resolución que suspendió las actividades relacionadas con el desarrollo y la comercialización de la urbanización, así como de las licencias medioambientales, vulnera el derecho líquido y cierto del demandante, no teniendo las medidas cautelares impuestas plazo de duración, generando perjuicios irreparables a la empresa.

Se aportó la oportuna información, y se aceptó la solicitud preliminar.

La procuradora opina que procede denegar el recurso de amparo.

El ponente del hecho en el Tribunal, sin embargo, propone votar en el sentido de juzgar procedente el recurso de amparo a efectos de permitir la continuidad de las obras y de la comercialización del proyecto inmobiliario castigado, parecer con el que no estuve de acuerdo por las razones y fundamentos siguientes.

²⁸ Recurso de amparo n° 70075848267, relatoria del Des. Newton Brasil de Leão, ante la Sala de lo Penal n° 4 del Tribunal de Justicia del Estado del Rio Grande do Sul, juzgado el día 08/03/2018.

Intentando arrojar luz al tema, la decisión judicial de primer grado que determinó la suspensión de las actividades de establecimiento y comercialización de la urbanización se dio a partir del requerimiento del Ministerio Público que, partiendo de los elementos de la investigación policial (n° 161/2016/700706-A) que constató, en teoría, la comisión de los delitos previstos en los artículos 67 y 69^a, de la Ley n° 9.605/98, que incluye hechos que estarían sucediendo en las dependencias de la Administración municipal de Sapucaia do Sul, debido a la emisión irregular de una licencia medioambiental relacionada con el proyecto inmobiliario objeto de litigio. El Ministerio Público indicó que el Escuadrón Ambiental de la Brigada Militar de Sapucaia do Sul, en una fecha anterior, había constatado el incumplimiento de la licencia medioambiental emitida por la Secretaría de Medio Ambiente de Sapucaia do Sul en el establecimiento del proyecto, por tratarse de un área de preservación con humedal y de preservación de flora autóctona.

Para dictar su sentencia, la magistrada de primera instancia alegó que: (a) las solicitudes de licencia para aquella urbanización no utilizaron el formulario estándar del *sítio* del Ayuntamiento, enviándose al geólogo Ivan Cantelle Matte; (b) la licencia previa se concedió sin la presentación de un estudio previo por el solicitante y sin inspección o asesoramiento, siendo firmada por el secretario Carlos Eduardo Douglas Santana y Ovan Cantelle Matte; (c) el informe de cobertura vegetal firmado por João Carlos Correa Jardim indica la existencia de agua acumulada en el área en cuestión, sin hacer referencia al humedal, lo que fue confirmado por el biólogo Felipe Eins Feld, en su informe de inspección; (d) en el Plan Director original, el área era considerada Zona ZIA – Zona de Interés Medioambiental, ZIA Humedal Este²⁹; (y) el informe del Instituto General de Pericias – IGP indica que el área originalmente (antes de la alteración del Plan Director) era considerada como Zona de Interés Medioambiental, con prohibición de edificar, revelando que las imágenes históricas confirman la existencia de una zona húmeda en el lugar; (f) actualmente no es posible concluir sobre el origen del humedal, debido a las alteraciones sufridas en el área; (g) Corsan no aprobó los proyectos de alcantarillado, ni autorizó la interconexión al sistema municipal.

De esta sentencia de primera instancia se deriva el presente recurso de amparo, que incluso contó con una medida cautelar por el ilustre ponente para que las obras y comercialización de los solares pudiesen ser retomadas por la empresa promotora, en base a los fundamentos de que: (a) la empresa ahora demandante contaba con las licencias administrativas requeridas para la promoción inmobiliaria, configurándose tales actos normativos autorizadores necesarios perfectamente legales; (b) el amparo jurídico estaría siendo vulnerado por el auto en primera instancia; (c) el demandante cumplió todas las exigencias administrativas y jurídicas de forma; (d) el demandante estaría sufriendo un perjuicio potencialmente irreparable en su actividad económica lícita.

²⁹ Es importante recordar que el Plan Director de Sapucaia fue modificado en 2016, en base a unos estudios para la adecuación de la zonificación del barrio Kurashiki, contratado por la empresa Vale dos Sinos, momento a partir del cual se permitió la implantación de la urbanización Guaspari.

Pues bien, como ya hemos explicado, el argumento central de este recurso de amparo es que se produjo la vulneración de unos derechos adquiridos (líquidos y ciertos) por parte de la demandante, en el caso específico de ese proyecto llamado Urbanización Guaspari.

Consideramos que eso no ocurrió así, y ésta es la explicación:

El tema implica actos administrativos que fueron constituidos para analizar y viabilizar un proyecto inmobiliario, es decir la construcción de una urbanización en la localidad de Sapucaia, denominada Guaspari. Esos actos administrativos consisten en varios tipos de decisiones administrativas, y están relacionados con directrices constitucionales e infraconstitucionales vinculantes ya mencionadas, en especial la de que el proyecto inmobiliario objeto de valoración debe respetar la sostenibilidad medioambiental, y que ese bien jurídico protegido está guiado, entre otros, por los principios de la precaución y la prevención.

Nos encontramos ante una investigación que pone en tela de juicio precisamente la validez de los actos jurídicos y decisiones administrativas que permitieron ese proyecto – decisiones que se convirtieron en actos administrativos diferentes, sobre los cuales el demandado afirma tener un *derecho adquirido*. Éste es el objeto de la investigación. Y no es una investigación sencilla: fueron necesarias 11 órdenes de registro e incautación del Departamento de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Sapucaia para que fuese posible la recogida de pruebas con el fin de valorar si efectivamente esos actos practicados para viabilizar el proyecto eran jurídicamente perfectos.

¿Pero es posible constituir un *derecho adquirido* a partir de actos administrativos contaminados por nulidades absolutas?

Es importante tener en cuenta que existe cierta unanimidad en indicar la institución del *derecho adquirido* como aquel que ya se incorporó al patrimonio del sujeto de derecho; o que pasó a pertenecer a alguien y que merece la protección jurídica contra cualquier oposición de terceros. Como opina Serpa Lopes, existen elementos que configuran el derecho adquirido, es decir: la aparición de un hecho apropiado o legal; la existencia de una ley que le otorgue alcance legal; la integración al patrimonio material o moral del sujeto; la prevalencia ante la aparición de una ley nueva, disponiendo de manera diferente sobre el mismo asunto, aunque no se aplicara cuando la nueva ley entró en vigor³⁰.

Sin embargo, existen numerosas situaciones que presentan irregularidades consistentes en desconfigurar los hechos y actos administrativos involucrados como adecuados o jurídicamente perfectos, tema que será valorado en el correspondiente proceso legal en curso. Puede constatarse claramente la existencia de varios actos administrativos que requieren una mayor atención, y se trata de la licencia de instalación medioambiental del proyecto inmobiliario que, a su vez, se deriva de otros actos complejos preparatorios para el juicio de valor y su aprobación o no, entre ellos el informe de cobertura vegetal realizado en la zona, puesto que existe una discusión inconclusa sobre si en este espacio en el que se desarrolla el proyecto existe la denominada zona de humedal, que sería objeto de una protección normativa tópica.

³⁰ SERPA LOPES, M.M., *Lei de Introdução ao Código Civil*, Vol. I, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1997, p. 81.

La urbanización en cuestión abarcaría teóricamente parte de la zona de humedal protegida por la legislación federal, estatal y municipal³¹, y no solo por el Plan Director del Ayuntamiento de Sapucaia, modificado en este interregno. Estas cuestiones se deben aclarar de modo exhaustivo, precisamente ante eventuales daños irreversibles que pueden ocasionar la destrucción indebida de los manantiales afectados.

El 27 de agosto de 2016, la policía medioambiental de la Brigada Militar supervisó las actividades de implantación de la Urbanización Guaspari y constató –está registrado– que se produjo un incumplimiento de la Licencia de Instalación n° 042/2015, creando impactos en zonas de humedal existentes en el lugar.

La licencia previa para el proyecto fue concedida el 11 de marzo de 2015 y curiosamente es anterior al informe de cobertura vegetal, que se emitió el 24 de septiembre del mismo año, puesto que es un requisito constitutivo y necesario para conseguir la licencia previa. Estas fechas ya no cuadran.

En medio de todo eso, como noticia a considerar, por las investigaciones realizadas, están involucrados, en teoría, funcionarios públicos responsables, en el Departamento de Medio Ambiente, para la organización y gestión de procedimientos administrativos relacionados con la aprobación de proyectos inmobiliarios, personas que estarían emitiendo documentos concordantes con los que se consideran legales.

El técnico del Ayuntamiento, Felipe Eisfeld, presente en todos los momentos decisivos en la elaboración de informes y valoraciones para la emisión de esas licencias, y que participa activamente en el acompañamiento de estos trabajos, emite un documento denominado Incidente Medioambiental n° 99/2016, diciendo textualmente que no existe invasión de zona húmeda en el terreno de la Urbanización, aunque, hay otros informes y evaluaciones de la zona, en especial destaco el Informe n° 190533/2016, en el cual los peritos constataron que parte de la vegetación retirada entre el 13 de marzo de 2016 y el 30 de octubre de 2016 era bosque, pero otra parte tendría características de humedal.

La licencia medioambiental en el área en cuestión partió de la premisa de que el inmueble estaba íntegramente clasificado como Zona Mixta 2. Pero, con arreglo a la Ley municipal n° 2896/2006 –Plan Director de 2006, modificado en 2012–, parte del mismo se encontraba en la denominada ZIA 1, humedal este, donde no está permitido ningún tipo de construcción. Esto está documentado.

Además, si el Plan Director de 2006 fue modificado por la ley ordinaria en 2012, seis años después, estableciendo nuevas limitaciones para esa ZIA, debemos destacar que el Informe Complementario n° 84848/2017 identificó algunas incoherencias en la reglamentación del asunto, ya que no habría tenido en cuenta la zona de protección medioambiental especialmente identificada como humedal, liberándola para su ocupación.

No deja de resultar curioso que el día 24 de septiembre de 2015 saliera a la luz el informe mencionado sobre la cobertura vegetal, firmado por el agrónomo João Carlos Correia Jardim, que, a pesar de no hablar de humedal, dice textualmente que en el área

³¹ Podemos citar las disposiciones de la Ley Federal n° 9.985/2000, la Ley Estatal n° 11.520/2000, y la Ley Estatal n° 14.672/2015, la Resolución del CONSEMA n° 288/2014, e incluso el Decreto Estatal n° 38.971/1998.

hay agua acumulada, suelo de color oscuro y mal drenado, con constante inundación local, y que el terreno debe ser elevado para el enterramiento después de drenaje. El mismo João Carlos firma la Autorización n° 001/2016, junto con el Secretario de Medio Ambiente –de ahí la involucración de los funcionarios públicos– Alex Lima, que es agrónomo contratado por el empresario y no por un técnico municipal.

Cabe preguntarse por lo tanto si los actos jurídicos y administrativos que autorizaron la construcción de la Urbanización Guaspari son efectivamente legales en su totalidad. Surgen dudas fundadas sobre si existe un acto legal perfecto que autorice la existencia de una zona en la que se prohíbe la edificación. Si sigue siendo dudoso ese conjunto de actos administrativos que viabilizaron el proyecto, hasta que sean aclarados no es posible continuar con el mismo.

Por estas razones, se determinaron medidas de primer grado para que se detuviera la obra y su comercialización; asimismo, ante la preocupación de no crear situaciones irreversibles de daño ambiental, atendiendo a criterios de precaución y prevención.

Teniendo en cuenta lo anterior, sostenemos que no existía derecho líquido y cierto libre de dudas en la pretensión del autor del recurso de amparo; por el contrario, lo que había hasta aquel momento eran incertidumbres sobre la total legalidad jurídica y administrativa de las autorizaciones concedidas a la empresa. Por eso juzgué improcedente el recurso de amparo y determiné que se restableciesen las medidas preliminares determinadas por la juez de Primera Instancia, acto en el que estuve acompañado por el Presidente de la Sala y un Vocal.

Bibliografía

- AFONSO DA SILVA, V., “O Proporcional e o Razoável”, *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002.
- AFONSO DA SILVA, V., “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, 2003.
- ANTUNES, P.B., *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- ARAGÃO, M.A.S., *O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*, Coimbra, São Paulo, 1997.
- BACHELET, M., *Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão*, Instituto Piaget, Lisboa, 2004.
- BARROS, S.T., *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília jurídica, Brasília, 2000.
- BODNAR, Z., *Reflexões iniciais sobre a Jurisdição Ambiental e a Sustentabilidade*. P.06. Texto virtual, enviado por el autor el 15/04/2009.
- BRENDA, E., “Função da Garantia da Propriedade na Constituição Moderna”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.
- CANOTILHO, J., “Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 9, Coimbra, 1993.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

- CANOTILHO, J. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002.
- COASE, R.H., “The problem of social cost”, *Journal of Law and Economics*, n. 3(1), 1960.
- DERANI, C., *Direito ambiental econômico*, Max Limonada, São Paulo, 2010.
- FIGUEIREDO, L.V., *Disciplina Urbanística da Propriedade*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.
- FREITAS, V.P. (org.), *Direito ambiental em evolução*, Juruá, Curitiba, 1998.
- GRAU, E.R., *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, Malheiros, São Paulo, 2004.
- LEAL, R.G., *Direito Urbanístico*, Renovar, Rio de Janeiro, 2000.
- LEAL, R.G., *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998.
- LEFF, H., *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*, Editora Vozes, Petrópolis, 2005.
- MACHADO, P.L., *Direito ambiental brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 2002.
- MACHADO, P.L., *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*, Renovar, Rio de Janeiro, 2011.
- MILARÉ, E., *Direito do ambiente*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.
- MIRRA, A.L.V., “Princípios fundamentais do direito ambiental”, Oliveira Júnior, J.A e Leite, J.R.M. (orgs.), *Cidadania coletiva*, Paralelo, Florianópolis, 1996.
- RIOS, R.R., “A propriedade e sua função social na constituição da república de 1988”, *Doutrina Jurídica Brasileira*, Plenum, Porto Alegre, 2006.
- SACHS, I., *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, Garamond, Rio de Janeiro, 2002.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2013.
- SERPA LOPES, M.M., *Lei de Introdução ao Código Civil*, Vol. I, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1997.
- SILVA, J.A., *Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 2010.
- SPADACCINI, G., *Urbanistica, Edilizia, Espropriazione negli Ordinamenti Statale e Regionale*, Editrice Stamperia Nazionale, Roma, 2012.
- TESTA, V., *Disciplina Urbanistica*, Giuffrè, Milano, 2009.

Cuestións prácticas para a
directa aplicación da normativa
de protección de datos nas
administracións públicas

Cuestiones prácticas para la directa aplicación de la normativa de protección de datos en las administraciones públicas

Between theory and practice,
the data protection regulation
in public administrations

57
Regap

LUCÍA DO NASCIMENTO LÓPEZ

Abogada especializada en Derecho de las Telecomunicaciones,
Protección de Datos, Sociedad de la Información y Audiovisual
luciadonascimento@outlook.es

Recibido: 25/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.25>

Resumo: Análise dos dereitos e obrigas relativos ás implicacións derivadas da normativa europea e nacional en materia de protección de datos respecto dos tratamentos realizados por parte das administracións públicas

Palabras clave: RGPD, Administración pública, LOPDGDD.

Resumen: Análisis de los derechos y obligaciones relativos a las implicaciones derivadas de la normativa europea y nacional en materia de protección de datos respecto de los tratamientos realizados por parte de las administraciones públicas

Palabras clave: RGPD, Administración pública, LOPDGDD.

Abstract: Analysis of the rights and obligations relating to the implications arising from European and national legislation on data protection with regard to the processing carried out by public administrations.

Key words: GDPR, public Administration, LOPDGDD.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Bases de legitimación: eje fundamental para el correcto tratamiento de datos de carácter personal por parte de la Administración pública. 3 Regulación de los contratos de acceso a datos.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

1 Introducción

Con la entrada en aplicación, el pasado 25 de mayo, del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se derogó la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD), así como por la posterior aprobación de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGD), las administraciones públicas se han sometido a un intenso procedimiento de adaptación a dichas normas, puesto que estas, a partir de ese momento, se encuentran sometidas al cumplimiento de una serie de obligaciones que persiguen que el ingente número de datos de carácter personal tratados por dichos entes públicos en el ejercicio de sus funciones sea recubierto como si de una película se tratara, por una serie de medidas de índole jurídica, técnica y organizativa cuya finalidad no es otra que aseverar y garantizar la seguridad de dichos datos personales.

Por lo tanto, a continuación se exponen los requisitos que toda entidad pública debe contemplar dentro de su organización para que los tratamientos de datos de carácter personal se adecuen y, por lo tanto, cumplan de manera estricta con las disposiciones vigentes. No obstante, no debe olvidarse que el derecho a la protección de datos no es un derecho con carácter absoluto, sino que convive junto con otros derechos fundamentales, implicando tal situación la necesidad de alcanzar una armonía jurídica cuyo objetivo no es otro que respetar, de manera conjunta, entre otros, el derecho a la protección de datos, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho relativo al secreto de las comunicaciones, el derecho de libertad de expresión e información, de conciencia y religión¹.

2 Bases de legitimación: eje fundamental para el correcto tratamiento de datos de carácter personal por parte de la Administración pública

Tal y como se ha mencionado, los tratamientos de datos de carácter personal que realizan las administraciones públicas deben ajustarse a las exigencias que contempla la norma nacional, lo que ha supuesto y supone un largo proceso de transformación debido al gran volumen de datos tratados, y todo ello de cara a la correcta prestación de los servicios públicos encomendados. A tal efecto, debe partirse de la necesidad de adecuar los tratamientos efectuados a las bases legitimadoras ofrecidas, puesto que este será el punto a partir del cual se podrán realizar lícitamente las actividades de tratamiento pretendidas sobre los datos personales de los ciudadanos, y también será necesario establecer una serie de procedimientos encaminados a garantizar la correcta conservación y seguridad de estos, con el ánimo de mitigar los posibles

¹ Vid. Considerando 4 del RGPD.

riesgos que se puedan producir dentro de la entidad para que todo ello pueda ser, tal y como se ha venido denominando en el último tiempo, *Compliance*².

Al hilo de lo anterior, la primera base legitimadora que se debe analizar es el consentimiento, puesto que este ha implicado un sustancial cambio a la hora de ser configurado, ya que debe ser facilitado por el afectado para las operaciones de tratamiento de sus datos en relación con uno o varios fines específicos.

Cabe destacar el importante valor que el texto europeo otorgó al consentimiento, dado que suprimió de manera absoluta el consentimiento tácito, lo que ha contribuido a que el titular de los datos tenga pleno conocimiento del tratamiento que sobre ellos se realiza, implicando la necesidad de que este “*debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca*”³. Así las cosas, la aceptación del tratamiento en cuestión podrá ser avalado, por ejemplo, a través de una declaración por escrito que podrá ser efectuada a través de medios electrónicos o bien mediante una declaración verbal, debiendo quedar acreditado –en ambos casos– que se ha cumplido con el deber de información exigido por la normativa, y tendrá que constar prueba plena del otorgamiento de dicho consentimiento.

En relación con lo anterior, será la Administración pública, como responsable del tratamiento, quien tendrá la obligación de demostrar que el consentimiento se ha recabado respetando las garantías recogidas en la normativa vigente en materia de protección de datos⁴. Por último, el legislador europeo, en aras a garantizar que el consentimiento facilitado por los titulares se fundamente en que este se ha prestado de forma libre, hace referencia a la imposibilidad de que el mismo se configure como fundamento jurídico válido en aquellos supuestos en los que se produzca un evidente desequilibrio entre el responsable del tratamiento y el afectado por el tratamiento de sus datos de carácter personal. Por ello, dicha base jurídica no será empleada con asiduidad, derivándose tal efecto de la significativa posición que alcanza el ente público frente al ciudadano.

Por consiguiente, esto ha supuesto, y así lo ha manifestado la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD), que la Administración pública, a la hora de configurar las bases legitimadoras que rigen las actividades de tratamiento desempeñadas, haga que se asienten principalmente en los dos fundamentos jurídicos que se señalan a continuación.

a) *El tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento.*

² Rfc. WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION define el *Corporate Compliance* como el conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer así mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a estos.

³ *Vid.* Considerando 42 del RGPD.

⁴ De acuerdo con la Directiva 93/13/CEE del Consejo (1), debe proporcionarse un modelo de declaración de consentimiento elaborado previamente por el responsable del tratamiento con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, y que no contenga cláusulas abusivas. Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales. El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno.

b) *El tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.*

A tal efecto, para llevar a cabo la correcta aplicación de estos, debe atenderse a lo establecido en el artículo 8 de la LOPDGDD, el cual, en síntesis, viene a indicar que:

1. Para poder fundamentar el tratamiento en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, será necesario que dicha actividad se encuentre determinada por una norma de derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley.

2. Para que pueda ser aplicada la base legitimadora consistente en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos, será requisito esencial que dicho tratamiento sea consecuencia de la competencia que la Administración pública tiene conferida a través de una norma con rango de ley.

En este punto, resulta interesante resaltar la modificación que se ha llevado a cabo respecto a los puntos 2 y 3 del artículo 28 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, la cual ha trasladado el consentimiento para la consulta u obtención de documentos elaborados por cualquier Administración, en relación con la aportación de documentos de carácter preceptivo o facultativo, a la base fundada en el cumplimiento de una misión realizada en interés público, permitiendo al afectado ejercitar, en todo momento, su derecho de oposición al tratamiento.

La misma circunstancia se ha producido respecto al requerimiento, por parte de las administraciones públicas, de documentos presentados con anterioridad a cualquier Administración, capacitando a esta para su recabado, salvo que conste oposición expresa del interesado o, en su caso, por la aplicación de una ley especial, sea requerido el consentimiento expreso del titular de los datos.

Unido a lo anterior, se concede la potestad a las administraciones públicas, por medio de la disposición adicional octava de la LOPDGDD, de verificar la exactitud de los datos de carácter personal de los afectados, cuando por cualquier medio estos formulen solicitudes en las que el ciudadano declare datos personales que obren en poder de dichos entes.

Conforme cuanto antecede, debe matizarse que no todos los tratamientos que se realicen por parte de las administraciones públicas estarán amparados en el artículo 8.2 de la antedicha norma, sino que, y así lo ha expuesto la AEPD por medio del Informe 2018-175, emitido por su Gabinete Jurídico, “*Si un determinado tratamiento no es «necesario» para el cumplimiento de la misión realizada en interés público o en el ejercicio de los poderes públicos conferidos por el ordenamiento, dicho tratamiento no solo carecería de base jurídica suficiente legitimadora prevista en el apartado e), sino que, además, infringiría el principio de minimización de datos contenido en el artículo 5.1.c) RGPD, aplicable igualmente a los tratamientos de datos llevados a cabo por la Administración pública*”⁵.

En consecuencia, la aplicación de la condición que establece que el tratamiento será lícito si este es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, se verá excluida del ámbito de

⁵ Vid. www.aepd.es/media/informes/2018-0175-base-juridica-tratamiento-por-la-administracion-publica.pdf

aplicación la Administración pública, puesto que, en relación con lo referido, primará la aplicación del fundamento basado en el cumplimiento de una obligación legal o, en su caso, cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos. Igualmente, dicho posicionamiento se deriva de lo establecido por el considerando 45 del RGPD⁶.

No obstante, resulta preciso analizar la capacidad que tendrán tales entidades cuando, encontrándose al margen de sus funciones públicas, es decir, cuando actúe como un sujeto de derecho privado, pueda aplicar el interés legítimo como eje del tratamiento de datos de carácter personal. A tal efecto, es necesario traer a colación la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, el 19 de octubre de 2016. En el asunto C 852/14 (*Patrick Breyer y Bundesrepublik Deutschland*) apartados 53 y 60 –dictada en interpretación del concepto de interés legítimo del artículo 7.1.f) de la Directiva 95/46 y, por tanto, anterior al RGPD– admite que una autoridad pública puede tener un interés legítimo como base jurídica en sus tratamientos de datos⁷.

53. Pues bien, en el asunto principal, sin perjuicio de las comprobaciones que debe realizar a este respecto el tribunal remitente, parece que los organismos federales alemanes que prestan servicios de medios en línea y que son responsables del tratamiento de las direcciones IP dinámicas actúan, a pesar de su estatuto de autoridades públicas, en calidad de particulares y fuera del ámbito de las actividades del Estado en materia penal.

60. (...) Pues bien, los organismos federales alemanes que suministran servicios de medios en línea podrían tener también un interés legítimo en garantizar, más allá de cada utilización concreta de sus sitios de Internet accesibles al público, la continuidad del funcionamiento de dichos sitios.

En relación con esta cuestión, la AEPD, con base en los criterios emitidos por parte del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (en adelante, GT29), a través del Dictamen 06/2014, se ha posicionado indicando que se considera pertinente dejar a un lado el interés legítimo, independientemente de que las funciones que se desempeñen se sometan a actividades relacionadas con derecho privado, puesto que tales actividades podrán ser encuadradas en el marco del cumplimiento de una misión realizada en interés público. No obstante, dicho criterio no es mantenido, por ejemplo, por parte de la autoridad de control británica (ICO), que considera que los entes públicos tienen

⁶ Considerando 45 del RGPD. "Cuando se realice en cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, o si es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos, el tratamiento debe tener una base en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros. El presente Reglamento no requiere que cada tratamiento individual se rija por una norma específica. Una norma puede ser suficiente como base para varias operaciones de tratamiento de datos basadas en una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, o si el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos. La finalidad del tratamiento también debe determinarse en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros. Además, dicha norma podría especificar las condiciones generales del presente Reglamento por las que se rige la licitud del tratamiento de datos personales, establecer especificaciones para la determinación del responsable del tratamiento, el tipo de datos personales objeto de tratamiento, los interesados afectados, las entidades a las que se pueden comunicar los datos personales, las limitaciones de la finalidad, el plazo de conservación de los datos y otras medidas para garantizar un tratamiento lícito y leal. Debe determinarse también en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros si el responsable del tratamiento que realiza una misión en interés público o en el ejercicio de poderes públicos debe ser una autoridad pública u otra persona física o jurídica de Derecho público, o, cuando se haga en interés público, incluidos fines sanitarios como la salud pública, la protección social y la gestión de los servicios de sanidad, de Derecho privado, como una asociación profesional".

⁷ Vid. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=184668&doclang=ES>.

legitimación para aplicar y, en consecuencia, desarrollar actividades del tratamiento sobre la base del interés legítimo.

Por último, será lícito el tratamiento llevado a cabo si este es necesario para proteger los intereses vitales del interesado o de otra persona física.

A la luz de lo expuesto, ha quedado patente la importancia de analizar y, en consecuencia, aplicar los fundamentos jurídicos adecuados al caso concreto, y todo ello sin perder de vista el deber de información al que todo responsable del tratamiento se encuentra sujeto.

3 Regulación de los contratos de acceso a datos

Asentado lo anterior, el cambio normativo ha supuesto un importante esfuerzo a la hora de adecuar toda la documentación por medio de la cual se recababan datos de carácter personal del ciudadano, así como todos aquellos otros documentos que hacen referencia a tratamientos de datos de carácter personal que afecten al funcionariado público o cualquier otro empleado contratado en el seno de la organización.

Directamente, esto ha conllevado a la revisión directa y actualización de los contratos suscritos con los encargados del tratamiento, sujetos que llevan a cabo los tratamientos por cuenta del responsable y que deberán cumplir igualmente con las disposiciones europeas y nacionales en materia de protección de datos.

A pesar de que es recomendable efectuar una revisión de los contratos de acceso a datos, la LOPDGDD, por medio de su disposición transitoria quinta, estableció que los contratos perfeccionados con anterioridad al 25 de mayo de 2018, es decir, antes de la aplicación del RGPD, mantendrán su vigencia hasta la fecha de su vencimiento y, en el caso de que tengan carácter indefinido, su actualización se podrá prorrogar hasta el 25 de mayo de 2022.

Asimismo, las administraciones públicas tendrán la obligación de cerciorarse de que los encargados del tratamiento seleccionados ofrecen garantías suficientes para aplicar medidas de índole técnica y organizativa apropiadas y, en consecuencia, que estas aseguren la protección de los datos personales tratados conforme a los preceptos recogidos en la normativa, garantizando así la tutela de los derechos de los afectados.

En esta línea, cobran vital interés las directrices establecidas por parte de las administraciones públicas a través de los contratos de acceso a datos perfeccionados, puesto que mediante la configuración de estos se derivarán las pertinentes responsabilidades generadas como resultado de un incumplimiento contractual o, en su caso, de un fallo de seguridad. Por tanto, debe hacerse especial hincapié en las estipulaciones que hacen referencia a la facultad del encargado del tratamiento para destinar los datos a finalidades diferentes para las cuales se han facilitado, la posibilidad de comunicar esos datos a terceros, es decir, llevar a cabo cesiones de datos, así como acudir a terceros para la prestación de determinados servicios y la manera de proceder en caso de que tenga lugar tal situación, siéndole de aplicación a este último encargado las mismas obligaciones que las que le fueron impuestas al

encargado inicial. Tales obligaciones serán exigidas a través de un contrato u otro acto jurídico establecido con arreglo al derecho de la Unión o de los Estados miembros.

De igual modo, tendrán que seguirse las instrucciones dadas por la Administración pública, como responsable del tratamiento, para poder llevar a cabo las transferencias internacionales de datos de carácter personal (en adelante, TID), situación que se produce cuando estos se remiten fuera del ámbito del Espacio Económico Europeo⁸. A tal efecto, no solamente deberá prestarse atención a las TID que tengan su origen en la propia actividad de la Administración, sino que será especialmente relevante controlar y regular todas aquellas TID que se originan como corolario de la evolución de las tecnologías de la información y comunicación, así como del uso, cada vez más recurrente, de los servicios en nube (*cloud computing*)⁹. En este extremo, cabe destacar que el texto europeo acrecienta los instrumentos a través de los cuales se podrán realizar estas transferencias, entre los que se incorporan los jurídicamente requeridos y vinculantes entre autoridades y organismos públicos¹⁰.

A su vez, será fundamental establecer en dichos contratos el modo de proceder del encargado del tratamiento cuando se produzca una brecha o violación de seguridad de los datos personales, es decir, cuando se “*ocasiona la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos*”¹¹.

En estos supuestos, será indispensable establecer el plazo para la comunicación de dichas brechas de seguridad, el cual podrá ser superior a 24 horas, siendo recomendable que, a la hora de perfeccionar dicho plazo en el contrato, este preferiblemente no supere las 48 horas, puesto que será el responsable del tratamiento quien tendrá que notificar a la autoridad de control competente tal acontecimiento, sin dilación indebida y, a más tardar, dentro de las 72 horas siguientes¹² desde que se haya producido la brecha de seguridad, siempre y cuando esta constituya un riesgo para los derechos y libertades de los afectados.

Esto conllevará que, para la minimización de los riesgos que se quieran asumir por medio del contrato, el encargado del tratamiento facilite la información que a

⁸ Rfc. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Protección de Datos y Administración Local”, *Guías Sectoriales AEPD*. Disponible en: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-proteccion-datos-administracion-local.pdf>

⁹ Rfc. IBM Cloud. El *cloud computing* consiste en el suministro, bajo demanda, de recursos informáticos a través de internet y basado en un modelo de pago por uso.

¹⁰ *Vid.* art. 46 del RGPD.

¹¹ *Vid.* art. 4 del RGPD.

¹² El considerando 85 del RGPD establece que, “*Si no se toman a tiempo medidas adecuadas, las violaciones de la seguridad de los datos personales pueden entrañar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales para las personas físicas, como pérdida de control sobre sus datos personales o restricción de sus derechos, discriminación, usurpación de identidad, pérdidas financieras, reversión no autorizada de la seudonimización, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, o cualquier otro perjuicio económico o social significativo para la persona física en cuestión. Por consiguiente, tan pronto como el responsable del tratamiento tenga conocimiento de que se ha producido una violación de la seguridad de los datos personales, el responsable debe, sin dilación indebida y, de ser posible, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de ella, notificar la violación de la seguridad de los datos personales a la autoridad de control competente, a menos que el responsable pueda demostrar, atendiendo al principio de responsabilidad proactiva, la improbabilidad de que la violación de la seguridad de los datos personales entrañe un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas. Si dicha notificación no es posible en el plazo de 72 horas, debe acompañarse de una indicación de los motivos de la dilación, pudiendo facilitarse información por fases sin más dilación indebida*”.

continuación se detalla, en aras a realizar una adecuada y eficaz gestión, así como comunicación de los quebrantamientos acaecidos. Dicha información deberá contener los siguientes puntos¹³:

a) Descripción de la naturaleza de la violación de la seguridad de los datos personales, inclusive, cuando sea posible, las categorías y el número aproximado de interesados afectados, y las categorías y el número aproximado de registros de datos personales afectados.

b) El nombre y los datos de contacto del delegado de protección de datos o de otro punto de contacto en el que pueda obtenerse más información.

c) Descripción de las posibles consecuencias de la violación de la seguridad de los datos personales.

d) Descripción de las medidas adoptadas o propuestas para poner remedio a la violación de la seguridad de los datos personales, incluyendo, si procede, las medidas adoptadas para mitigar los posibles efectos negativos.

Por otro lado, ni la normativa internacional ni nacional ofrecen una lista exhaustiva de todas aquellas medidas de seguridad de carácter técnico y organizativo que deberán ser aplicadas en relación con los tratamientos efectuados. En este sentido, y tal y como se ha venido realizando hasta el momento, las administraciones públicas deberán aplicar todas las medidas contenidas en el Esquema Nacional de Seguridad (en adelante, ENS), el cual establece aquellas a las cuales conviene adherirse en relación con los tratamientos de datos de carácter personal efectuados.

En este punto, la disposición adicional primera de la LOPDGDG incorpora el deber que tienen los responsables del tratamiento para exigir a los encargados configurados como empresas o fundaciones sujetas a derecho privado la adopción, en el seno de su organización, de medidas equivalentes a las establecidas por el ENS. A su vez, este requisito será el aplicado en aquellos supuestos en los que un tercero preste un servicio en régimen de concesión, encomienda de gestión o contrato, debiendo corresponderse las medidas aplicadas con las de la Administración pública de origen.

Con todo ello, se pretende alcanzar el cumplimiento de la protección de datos desde el diseño y por defecto¹⁴, dos nuevos principios introducidos por el RGPD con el propósito de que todas las organizaciones e instituciones respeten y respalden la privacidad de la información de los titulares y, en consecuencia, cumplan con otro de los nuevos principios recogidos en el texto europeo, la responsabilidad proactiva –también conocido como *accountability*–.

En consecuencia, el responsable deberá documentar por medio de un registro de actividades del tratamiento aquellas efectuadas bajo su responsabilidad, que ha venido a sustituir la obligación de notificar los ficheros y tratamientos a las autoridades

¹³ Vid. art. 33 del RGPD.

¹⁴ Rf. la AEPD en su Guía "Protección de Datos y Administración Local" recoge que el principio de protección de datos desde el diseño supone que la protección de datos ha de estar presente en las primeras fases de concepción de un proyecto y formar parte de la lista de elementos a considerar antes de iniciar las sucesivas etapas de desarrollo. Asimismo, entiende que la protección de datos por defecto estriba en que solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean estrictamente necesarios para cada uno de los fines de tratamiento.

de control de protección de datos¹⁵. Por su parte, el encargado del tratamiento tendrá la obligación de documentar en dicho registro las categorías de actividades efectuadas por cuenta del responsable. Así las cosas, el registro de actividades del tratamiento tendrá que mantenerse actualizado, ya que se trata de un documento vivo, debiendo encontrarse, en todo momento, a disposición de las autoridades de control¹⁶.

Una vez documentadas dichas actividades, será necesario realizar un análisis de los riesgos que estas comportan –englobando tanto las ya existentes como las que vayan a tener lugar–, para determinar si es pertinente realizar o no una evaluación de impacto sobre la protección de datos (en adelante, EIPD). En este sentido, las administraciones públicas españolas cuentan actualmente con metodologías de análisis y gestión de riesgos, principalmente en el ámbito de los sistemas de la información, como, por ejemplo, la norma *ISO 27005*, que derogó las normas *ISO/IEC TR 13335-3:1998 e ISO/IEC TR 13335-4:2000*, o *MAGERIT*¹⁷. Esta última se constituye como una metodología de carácter público y se encuentra reconocida por ENISA¹⁸, configurándose como un instrumento que pretende posibilitar la implantación y aplicación del ENS¹⁹.

Asimismo, las EIPD deben ser realizadas con anterioridad a la puesta en marcha de los tratamientos y, cuando se considere que estos entrañan una serie de peligros para las libertades y derechos de los titulares, fijando a su vez una secuencia de supuestos en los que será preceptivo realizar dicha evaluación. Sin embargo, es cierto que el texto europeo exceptúa la necesidad de realizar una EIPD en tratamientos que no suponen un alto riesgo para los derechos y libertades de los titulares, siempre y cuando estos descansen sobre la base legitimadora relativa a la consecución de fines de interés público o se encuentren ligados al fundamento referente al ejercicio de los poderes públicos. Tal y como ha indicado la autoridad de control española, no se tendrán que someter a EIPD estos tratamientos, en los supuestos de que exista una

¹⁵ Rfc. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “El impacto del Reglamento General de Protección de Datos sobre la actividad de las Administraciones Públicas”. Disponible en: <https://www.aepd.es/media/docs/impacto-rgpd-en-aapp.pdf>

¹⁶ Rfc. RODRÍGUEZ, B., “Cuáles son las exigencias de RGPD”, *Revista Byte TI. Legalidad TIC*, 17 abril de 2018.

¹⁷ Rfc. PORTAL ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA, GOBIERNO DE ESPAÑA. *MAGERIT* persigue estos objetivos: i) concienciar a los responsables de las organizaciones de información de la existencia de riesgos y de la necesidad de gestionarlos, ii) ofrecer un método sistemático para analizar los riesgos derivados del uso de tecnologías de la información y comunicación (TIC), iii) ayudar a descubrir y planificar el tratamiento oportuno para mantener los riesgos bajo control indirectos, iv) preparar a la organización para procesos de evaluación, auditoría, certificación o acreditación, según corresponda en cada caso.

¹⁸ La European Network and Information Security Agency (ENISA) es la Agencia de la Unión Europea para la Seguridad de las Redes y la Información, constituyéndose como un centro de experiencia para la ciberseguridad, con el que se pretende dotar a la UE y los países que la conforman de consejos prácticos y soluciones tanto al sector público como privado, para prevenir, detectar y responder a los problemas que se originen como consecuencia de la seguridad de la información.

¹⁹ CN-CERT. CENTRO CRIPTOLÓGICO NACIONAL. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos estableció el Esquema Nacional de Seguridad, que, aprobado mediante el Real decreto 3/2010, de 8 de enero, tiene por objeto determinar la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos en su ámbito de aplicación, y estará constituido por los principios básicos y requisitos mínimos que permitan una protección adecuada de la información. Posteriormente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, recoge el Esquema Nacional de Seguridad en su artículo 156, apartado 2, en similares términos. En 2015 se publicó la modificación del Esquema Nacional de Seguridad a través del Real decreto 951/2015, de 23 de octubre, en respuesta a la evolución del entorno regulatorio, en especial de la Unión Europea, de las tecnologías de la información y de la experiencia de la implantación del esquema.

norma que los regularice y se haya realizado una evaluación, como parte de una EIPD general, en el contexto de la adopción de esa norma de base²⁰.

No es cuestión baladí la importancia que radica en cuanto a la cooperación que debe existir entre los responsables y encargados del tratamiento, ya no solo respecto a las contingencias acaecidas en el marco de la prestación de servicios, sino también en cuanto a la correcta atención de los derechos de acceso, rectificación, oposición, supresión, limitación y portabilidad de los datos ejercitados por los titulares de los datos de carácter personal. Para el ejercicio de ellos, las administraciones públicas deberán habilitar mecanismos sencillos, accesibles y visibles para los ciudadanos, así como establecer procedimientos que impliquen la verificación de la identidad del titular en el supuesto de que se permita el ejercicio de tales derechos a través de medios electrónicos, como por ejemplo remitir una copia del documento nacional de identidad.

Retomando la importancia del deber de colaboración descrito, será determinante establecer el plazo que tiene el encargado del tratamiento para dar traslado al responsable de las solicitudes formuladas por los afectados por los tratamientos de sus datos de carácter personal, así como establecer la imposición de medidas adecuadas en aras a garantizar la correcta recepción de estas, en el caso de que no se atribuya la facultad de contestación a tales peticiones al encargado del tratamiento. Igualmente, estas cuestiones deberán ser reflejadas en el contrato suscrito entre ambas partes.

En cuanto a la figura del delegado de protección de datos, este se reviste de carácter obligatorio, cabiendo la posibilidad de nombrar un único delegado para varios organismos, si bien es cierto que tal decisión tendrá que atender al tamaño y estructura de dicha entidad pública. Asimismo, los delegados, tal y como indica el considerando 97 del RGPD, deberán poseer conocimientos especializados en derecho y la práctica en materia de protección de datos. Finalmente, tendrán que ser establecidas las unidades en las cuales este será integrado y la posición que tiene dentro del ente público, debiendo ser habilitados mecanismos que permitan a los ciudadanos contactar con él, como por ejemplo a través de la inclusión, dentro de la política de privacidad de la página web o en los formularios que se encuentren a disposición del público, de su correo electrónico.

Por último, todas las directrices que se han ido mencionando a lo largo de este estudio y que suponen, en definitiva, una exposición de los puntos más relevantes que afectan de un modo directo a la Administración pública y a los proveedores de servicios de las mismas deberán encontrarse sujetas al deber de secreto y confidencialidad.

Bibliografía

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), “Protección de Datos y Administración Local”, *Guías Sectoriales AEPD*. Disponible en: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-proteccion-datos-administracion-local.pdf>

²⁰ RfC. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “El impacto del Reglamento General de Protección de Datos sobre la actividad de las Administraciones Públicas”, cit.

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “El impacto del Reglamento General de Protección de Datos sobre la actividad de las Administraciones Públicas”. Disponible en: <https://www.aepd.es/media/docs/impacto-rgpd-en-aapp.pdf>
- CAMPOS ACUÑA, M.^a C. (dir.), *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, F.J., y REGUERA GÓMEZ, M., “Reflexiones sobre la protección jurídica de las bases de datos. Auto del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2018”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n. 83 (enero-abril) 2018.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., y MORO, A., *Manual-guía sobre impactos del Reglamento (UE) de protección de datos en los entes locales*, Federació de Municipis de Catalunya, 2018. Disponible en: <https://www.fmc.cat/documents/25050/doc/Manual-Guia-castella.pdf>
- NÚÑEZ SEOANE, J., *Comunicación de datos personales por las Administraciones Públicas en el RGPD*, Blog Abogacía Española, 2018. Disponible en: <https://www.abogacia.es/2018/07/17/comunicacion-de-datos-personales-por-las-administraciones-publicas-en-el-rgpd/>
- OROS VALENCIA, L., “El día a día en las entidades locales y la influencia de la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter Personal”, *Actualidad Administrativa*, n. 9, 2015.
- POVEDANO ALONSO, D., “Comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en su aplicación a las entidades locales”, *Actualidad Administrativa*, n. 1, 2019.
- RODRIGUEZ, B., “Cuáles son las exigencias de RGPD”, *Revista Byte TI. Legalidad TIC*, 17 abril de 2018.
- TRONCOSO REIGADA, A., “La seguridad en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”, *Actualidad Administrativa*, n. 1, 2019.
- URGELL, E., “El RGPD: un cambio de paradigma en la protección de datos”, *Revista Byte TI. Legalidad TIC*, mayo 2018.

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Xurisprudencia contencioso-
administrativa

**Jurisprudencia contencioso-
administrativa**

Contentious-administrative
jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Magistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

Recibido: 26/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.40>

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

SUMARIO: 1 Administración local. 1.1 Elecciones municipales 2019. 1.2 Relación de puestos de trabajo de los ayuntamientos. Valoración de los puestos. Criterios para la determinación de los complementos específico y de destino de los policías locales. Principios de coherencia legítima y actos propios. Inexistencia de derechos adquiridos. 1.3 Contratación local. Servicios de asesoría jurídica y defensa letrada en juicio. Requisitos de solvencia técnica. 1.4 Deslinde de bienes de dominio público municipal. Posibilidad de interponer recurso de reposición. 2 Educación. 2.1 Adscripción administrativa obligatoria de los centros de enseñanza privada a los públicos. 3 Medio ambiente y urbanismo. 3.1 Ejecución de sentencia anulatoria de licencia de edificio de viviendas por transacción judicial alcanzada mediante técnicas de mediación. 3.2 Exención de evaluación de impacto ambiental de planta industrial regasificadora, acordada por el Gobierno del Estado en funciones. 3.3 Licencias urbanísticas en trámite en la fecha de anulación judicial del plan general de ordenación municipal. Sentido del silencio administrativo. 3.4 Disciplina urbanística. Caducidad de la potestad para restaurar la legalidad sobre una obra de uso industrial. 3.5 Ejecución de sentencia anulatoria de licencia de nave industrial. Plazo para promover incidente de inejecución. La disposición transitoria 7.ª de la Ley 2/2016 del suelo de Galicia no conlleva la legalización de construcciones afectadas por sentencia. 4 Personal. 4.1 Personal temporal del Servicio Galego de Saúde (SERGAS). Plan de estabilidad en el empleo. Derecho a indemnización por el cese. 4.2 El período de baja por maternidad en las vinculaciones de temporales debe computarse como tiempo efectivo de trabajo. 5 Proceso contencioso-administrativo. 5.1 Revisión de sentencias firmes por vulneración del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Omisión de emplazamiento de los propietarios afectados por la impugnación de una licencia urbanística. 5.2 Suspensión del proceso por concurrencia de cuestión prejudicial penal. Reclamación de honorarios por servicios prestados sin contrato. 6 Responsabilidad patrimonial. 6.1 Responsabilidad sanitaria. Teoría del daño desproporcionado. Consentimiento informado. 6.2 Reclamación indemnizatoria por los perjuicios derivados de la inclusión de determinadas fincas en la Red Natura. 7 Tributos. 7.1 Ordenanza municipal

reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos. 7.2 Nulidad del Real decreto 529/2017, de modificación del Reglamento del impuesto sobre el valor añadido, por omisión del informe preceptivo del Consejo de Estado. 8 Universidades. 8.1 Control jurisdiccional de la evaluación negativa de períodos de investigación por la ANECA.

1 Administración local

1.1 Elecciones municipales 2019

Sobre las elecciones municipales celebradas el 26 de mayo de 2019, resulta de interés la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), de 26 de junio de 2019 (rec. 213/2019, ponente: Rivera Frade). Ordena repetir dichas elecciones en el término municipal de Burela al no haberse conservado varias papeletas de votos que fueron declarados nulos en una mesa electoral. Incide la sentencia en que:

«Se desconoce si alguno de los votos declarados nulos en la Mesa 1.5.U del municipio de Burela podía favorecer a la formación política recurrente, es decir, si alguno de esos votos iba destinado a ella, pues las papeletas han desaparecido. Lo único que se sabe es que las papeletas han desaparecido, y que, de favorecerle tan solo una de ellas, la formación política actora hubiese obtenido representación en el municipio de Burela con un concejal. Entiende esta Sala que la incertidumbre sobre el sentido y la validez de los votos nulos cuyas papeletas han desaparecido no puede perjudicar a la actora, y deben de conducir a la invalidez del escrutinio efectuado, por las siguientes razones: 1) En primer lugar, porque BURELA SEMPRE no estaba obligada a estar presente en la Mesa electoral a través de sus representantes (“no existía ni interventor ni apoderado de la Agrupación en la citada Mesa, sin que, por lo demás, exista obligación legal alguna de su presencia” –dice la STC 57/1991, 15 de julio–). 2) En segundo lugar, porque la no constancia en el acta de escrutinio de alguna incidencia por parte de los interventores presentes lo único que significa es que no tenían nada que objetar al respecto, como tampoco lo hicieron posteriormente en el acto de escrutinio general ante la JEZ, probablemente porque la nulidad de los 6 votos, cuyas circunstancias conocían, no les perjudicaba. Pero no impedía que la recurrente presentase reclamación contra ella. 3) Y, en tercer lugar, porque el incumplimiento detectado tiene especial importancia en cuanto, de haberse podido verificar tan solo un voto nulo, que pudiera ser validado, dirigido a la formación política actora, esta hubiese obtenido un concejal y, con él, representación en el municipio, siempre y cuando ninguno de los votos restantes fuese favorable al BNG, con quien inicialmente había empatado la recurrente. No se ha podido comprobar el contenido real de los votos nulos, y, por tanto, no se ha podido conocer la verdadera voluntad de los seis electores que los emitieron. Pero sí sabemos, que, si uno de ellos fuese declarado válido y estuviese dirigido a la formación política actora, se alteraría la composición de la Corporación municipal, pues obtendría un concejal en detrimento de otra formación política (BNG), que lo perdería.

Esta Sala en la sentencia de 19 julio de 1999 (Recurso 1059/1999), con cita en el acuerdo de la Junta Electoral Central de 7 de junio de 1991, se ha pronunciado en el sentido de que

la simple omisión de las papeletas a las que se hubiera negado validez no se deduce la declaración de nulidad del acto de votación, en virtud de los principios de conservación de los actos electorales y efectividad de los derechos de votantes y candidatos, “salvo que tal omisión pueda, de resultar cierta la reclamación del recurrente, determinar o resultar determinante para el resultado de la elección”. Y esto es lo que sucede en el presente caso en el que la irregularidad cometida en la Mesa electoral 1.5.U del municipio de Burela, sometida a los cánones de constitucionalidad, que imponen la interpretación finalista y pro efectividad de los derechos fundamentales de los electores recogido en el artículo 23.1 CE, no supera el principio de veracidad material, esto es, impide averiguar la verdad material manifestada por los electores de aquel distrito electoral, por lo que una ponderación de la intensidad y gravedad de la irregularidad cometida determina la desactivación del principio de conservación de los actos electorales, haciendo imposible conservar el resultado de la votación realizada en la citada Mesa.

En consecuencia y como quiera que el vicio detectado en el curso del procedimiento electoral desarrollado el día 26 de mayo de 2019 en la Mesa electoral 1.5.U del municipio de Burela, puede ser determinante del resultado final de la elección, en cuanto a la formación política recurrente pudiera corresponderle un concejal en ese municipio, y por tanto representación política en él, procede acordar la nulidad de la elección celebrada en dicha Mesa en los términos solicitados por la recurrente y, de conformidad con el artículo 113.1, letra d) LOREG, la necesidad de efectuar nueva convocatoria en la misma para que se repita la votación en dicha Mesa Electoral, en todo caso en el plazo de tres meses a partir de esta sentencia, lo cual conduce a la estimación del recurso presentado».

El TSJG, en su Sentencia de 25 de junio de 2019 (rec. 214/2019, ponente: Seoane Pesqueira), confirma la nulidad del voto de una lista municipal introducido en la urna de las elecciones municipales, pero dentro de un sobre de las europeas, con estos razonamientos:

«(...) es tajante el artículo 96.1 LOREG a la hora de imponer la invalidez del voto introducido en un sobre diferente al oficial. Dicho artículo 96.1 de la LOREG establece que será nulo el voto emitido en papeleta no oficial, lo que lógicamente ha de interpretarse como que ha de introducirse la papeleta de las elecciones locales en el sobre de las propias elecciones municipales para depositarlo en la urna de dichos comicios, tal como anteriormente se argumentó, de modo que no es válido el voto si la papeleta se incluye en sobre oficial correspondiente a otro proceso electoral, en este caso de las europeas, aunque se celebre el mismo día, por dos razones: 1ª cada proceso electoral es autónomo, y de hecho en el caso que nos ocupa es normativa diferente la que regula la exigencia respecto de las elecciones municipales y europeas, de modo que, en concreto, se aprueba como oficial un sobre diferente para cada proceso, en congruencia con lo cual en los comicios celebrados el 26 de mayo de 2019 era de distinto color el sobre en el que se introducía la papeleta en cada una de las citadas elecciones; y 2ª si se diese validez a la papeleta introducida en sobre de proceso electoral distinto se estaría propiciando la conculcación de la exigencia del secreto del voto, porque llamaría la atención que en la urna en que todos los sobres fuesen de un determinado color existiese uno de color distinto, como sucede en el caso presente, en el que todos los sobres de las elecciones municipales serían de color blanco,

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

y sin embargo era de color azul uno de ellos, resultando perfectamente identificable el votante a quien en la mesa se le permitió tal anomalía.

Por tanto, no puede acogerse la alegación del recurrente de que no se vulneró el artículo 96.1 LOREG, lo que basó en que la papeleta se introdujo en sobre oficial, no pudiendo prosperar lo alegado porque el sobre en el que se introdujo la papeleta no era el oficial para las elecciones municipales, que era lo exigido.

Tampoco se puede compartir el argumento de que la interpretación del actor es la más garantista para el ejercicio del derecho fundamental contenido en el artículo 23.2 de la Constitución, porque, además de todos los argumentos hasta aquí razonados, hay que añadir que aquel derecho fundamental ha de cohonestarse con el derecho al secreto del voto en las elecciones locales, recogido en el artículo 140 de la Constitución, para cuya preservación se contiene la normativa antes examinada».

1.2 Relación de puestos de trabajo de los ayuntamientos. Valoración de los puestos. Criterios para la determinación de los complementos específico y de destino de los policías locales. Principios de coherencia legítima y actos propios. Inexistencia de derechos adquiridos

El TSJG, en su Sentencia de 18 de junio de 2019 (rec. 2/2019, ponente: Seoane Pesqueira), desestima el recurso interpuesto contra la aprobación definitiva de la relación de puestos de trabajo (RPT) del Concello de Vimianzo. Dicha RPT se elaboró a partir de la valoración de los puestos realizada en un pormenorizado estudio por un profesor de la Universidad de A Coruña. El tribunal analiza los criterios conforme a los cuales se deben determinar los complementos específico y de destino de los puestos de los policías locales, con las siguientes consideraciones:

«(...) lo que se ha realizado con la aprobación de la relación de puestos de trabajo ahora impugnada es acatar cuanto se regula en dicha normativa, valorando cada uno de los puestos de trabajo existentes a fin de establecer el complemento específico que corresponde a cada uno, evitando las disparidades y contradicciones previamente existentes, pero conformando un régimen retributivo lógico y coordinado del personal funcionario, que impida la equiparación de niveles entre puestos con un nivel de exigencia de titulación muy diferentes, y unas cuantías de complementos específicos que no se correspondan con los factores recogidos en aquel artículo 4 del RD 861/1986.

Para ello, y a fin de fijar asimismo los niveles de complemento de destino a que se refiere el artículo 3 de aquel RD 861/1986, se ha acudido a un docente de la Universidad de A Coruña, examinándose por éste la normativa reguladora en la materia que, aparte de aquella norma reglamentaria, se recoge en el artículo 93 de la Ley 7/1985, de bases de régimen local, 48 de la Ley 4/2007, de coordinación de policías locales de Galicia, y 211 de la Ley 2/2015, de empleo público de Galicia.

Para la asignación de los niveles de complemento de destino y los importes de los complementos específicos se examinaron las funciones de cada puesto de trabajo, teniendo en cuenta para estos últimos los factores recogidos en el apartado 1 del artículo 4 del RD

861/1986, es decir, especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad, así como la turnicidad. También conviene tener presente que para la determinación del complemento específico se tuvieron en cuenta asimismo los criterios de contención y homogeneización del gasto del conjunto de la función pública española, tomando como referencia la Orden de 10 de febrero de 2017, por la que se dictan instrucciones sobre la confección de nóminas del personal al servicio de la Administración autonómica para el año 2017, cuyo anexo IV detalla para el personal de la Comunidad Autónoma las cuantías mensuales de los complementos específicos en función del complemento de destino. (...).

En esta segunda instancia postula el demandante que en la valoración del complemento específico se incluyan los factores de atención al público, incompatibilidad, fin de semana y disponibilidad.

(...) En primer lugar, alega el apelante que el factor de atención al público no se incluye para los puestos de trabajo de policía local, pese a que estos funcionarios tienen el deber de atender al público tanto en su centro de trabajo como en la calle. (...) La atención al público se define en la RPT como el factor destinado a retribuir aquellos puestos que tengan atención al público con carácter permanente durante la jornada laboral, por las singulares condiciones de trabajo que conlleva esta atención. Se fundamenta la exclusión debido a que, pese a ser cierto que por su naturaleza los puestos de trabajo de policía local deben interactuar puntualmente con los ciudadanos, esta atención no es permanente durante su jornada laboral, lo cual se ofrece como lógico y racionalmente motivado, porque evidentemente los de policía local no son puestos que se incluyan entre aquellos en los que permanentemente se haya de atender al público durante su jornada laboral, de modo que no concurre este parámetro ni siquiera en un nivel inferior, porque la desaparición del carácter permanente hace cualitativamente inviable este factor.

En segundo lugar, se refiere el apelante al factor de incompatibilidad. Este factor se define como la posibilidad/imposibilidad de simultanear la ocupación del puesto con otro/s puesto/s o actividades de carácter público o privado en los términos señalados en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidad. El propio apelante reconoce que este factor ya ha sido incluido en el complemento específico, pero se muestra discrepancia con que su cuantía sea distinta en función del grupo de titulación, cuando se trata de una limitación que afecta a todos los funcionarios por igual, sin que se pueda justificar un mayor daño o grado de afectación en función del grupo de pertenencia. (...) dicha diferenciación no se considera contraria a derecho, porque: 1º la justifica el artículo 48.3.a de la Ley gallega 4/2007, que establece el nivel de formación como uno de los criterios para la fijación de las retribuciones complementarias de los funcionarios de los cuerpos de Policía Local, 2º no se reputa vulneradora del principio de igualdad, reconocido en el artículo 14 de la Constitución española, porque no se ha aportado ningún supuesto de hecho homogéneo de contraste que revele que al actor se le discrimina en relación con otro oficial de policía local a quien se le dispense un trato más beneficioso, y 3º este modo de concretar el parámetro de incompatibilidad constituye una opción discrecional que el ordenamiento jurídico otorga al Concello en función de su potestad de autoorganización, cumpliendo la finalidad homogeneizadora y racionalizadora de las retribuciones públicas

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

que se deriva del marco integrado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y de las leyes anuales de presupuestos.

En tercer lugar, alude el apelante al factor de fin de semana, que en la relación de puestos de trabajo sólo se incluye para el personal laboral y retribuye la jornada habitual en fin de semana como consecuencia de las características del puesto.

La Administración justifica la exclusión de este factor porque la función de policía local constituye un servicio público local obligatorio y continuo, de modo que su prestación es regulada mediante trabajo a turnos, lo cual se retribuye mediante el plus de turnicidad.

Esa justificación se ofrece como racional, lógica y conforme con lo establecido en el ordenamiento jurídico, ya que, al margen de que el trabajo por turnos entrañe que el oficial de policía local haya de prestar servicio en muchas ocasiones en fin de semana, no se aprecia un plus que haya de determinar necesariamente la contrariedad a derecho de la exclusión de aquel factor, tratándose de una opción perfectamente legítima que no incide en ilegalidad alguna, además de que podría conducir a una improcedente duplicidad la percepción al mismo tiempo de los factores de turnicidad y fin de semana.

En cuarto lugar, se queja el recurrente de que no se incluya, como factor en la valoración del complemento específico, la disponibilidad horaria, porque las características de los puestos de trabajo de la policía obligan a los funcionarios que los ocupan a atender situaciones no previstas, como emergencias derivadas de accidentes, incendios, altercados, etc. Este factor está definido en la RPT por el cumplimiento de parte de la jornada establecida para aquellos puestos cuyas funciones así lo requieren por las actividades programadas en horario de tarde y/o fin de semana, por lo que dentro del personal funcionario sólo se le reconoce a las técnicas de empleo y cultura.

La justificación que se ofrece por la Administración para la exclusión en este caso es que en el caso de las policías locales, al igual que cuando se trata de los miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, su peculiaridad es la imputación de un deber legal de intervenir, en cualquier tiempo y lugar, estén o no de servicio, en defensa de la ley y la seguridad ciudadana, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 7.d de la Ley 4/2007, que, en lo relativo a la dedicación profesional, establece que es principio básico de actuación para los miembros de los cuerpos de Policía local, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley orgánica 2/1986, que han de intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, estén o no de servicio, en defensa de la ley y la seguridad ciudadana.

También ha de considerarse conforme a derecho esta exclusión porque: 1º la petición no se ajusta a la definición de la disponibilidad antes mencionada, ya que en el caso de un oficial de policía local no ha de cumplir necesariamente parte de la jornada establecida en horario de tarde y/o fin de semana, 2º al formar parte de la función ínsita en la propia de un policía local la intervención en todo tiempo y lugar, esté o no de servicio, ello no entraña un plus que haya de retribuirse a través del complemento específico.

No ha de olvidarse que en la RPT impugnada en el puesto de oficial de la policía local se valoran los factores de turnicidad y peligrosidad, el primero en función del régimen de trabajo a turnos, y el segundo en base al manejo de armas que requiere el desempeño del servicio; asimismo se reconocen los factores de penosidad e incompatibilidad, el primero por el desarrollo de la realización de una parte de su jornada laboral en el exterior, y el

segundo en los términos que antes han quedado analizados. Con estas inclusiones se tienen en cuenta las peculiaridades propias del puesto de oficial de policía local de que ahora se trata, y se lleva a cabo la valoración individualizada del puesto en los términos exigidos por el artículo 4 del RD 861/1986, por lo que no cabe acoger los reproches que el apelante le dirige.

En segundo lugar, alega el apelante que en el suplico de la demanda solicitaba la anulación de la RPT impugnada respecto a la minoración del nivel del complemento de destino del puesto y subsidiariamente que se anulase por la reducción del complemento específico asignado a dicho puesto de trabajo, y critica que en la sentencia de primera instancia se desestiman ambas pretensiones al no tomar en consideración la alegación de vulneración del principio de confianza legítima, también denominado de actos propios. (...). El principio de confianza legítima, recogido en el artículo 3.1.e de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha de encontrar un límite en el ejercicio legítimo de la potestad de autoorganización de la Administración, porque si aquél se aplicase en el modo que pretende el apelante entrañaría la petrificación de la posibilidad de la Administración de organizar los servicios a su cargo del modo que tuviese más conveniente, de manera que, en concreto, no podría llevar a cabo una planificación de los recursos humanos que considerase más acorde para servir con objetividad los intereses generales. Lógicamente, esa potestad, a su vez, tiene el límite del acatamiento a la legalidad, porque el artículo 103.1 de la Constitución española impone en todo caso “el sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Es decir, la actuación de la Administración no puede ser alterada arbitrariamente sino con observancia de la legalidad, pero si se comprueba que se ha acomodado a lo que el ordenamiento jurídico establece, la mera invocación del principio de confianza legítima no puede bastar para anular lo hecho por la Administración. (...).

El tercer motivo de apelación se apoya en la sentencia de esta Sala y Sección de 18 de enero de 2012, en la que se declaraba que el grupo de titulación no puede incidir en la fijación del complemento específico, al no tener conexión con las características del puesto. En el caso que se enjuiciaba en aquella anterior sentencia se criticaba la fijación del complemento específico atendiendo exclusivamente a la titulación de los empleados públicos, lo cual ya hemos visto que no sucede en el caso presente, en el que se toman en consideración los parámetros previstos en el artículo 4 del RD 861/1986 y se atiende a la finalidad homogeneizadora y racionalizadora de las retribuciones públicas a que antes se aludió, que deriva del marco integrado por la LO 2/2012. En congruencia con ello, también es conforme a derecho la comparación de los complementos específicos locales con los estatales y los propios de la Comunidad Autónoma de Galicia, y no cabe acoger la crítica del apelante relativa a que todos los puestos de trabajo que tienen el mismo complemento de destino ostentan igual complemento específico, pues el oficial de policía local y el técnico de cultura, pese a coincidir en el nivel 18 de complemento de destino, tienen distinto específico (8.500 euros y 7.500 euros respectivamente), por lo que uno de los ejemplos a citar afecta precisamente al puesto a que se refiere la impugnación en este litigio.

El cuarto motivo de apelación se centra en reiterar la alegación de vulneración del punto 14.13 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo de Personal Funcionario al servicio del Concello de Vimianzo. Tampoco puede acogerse dicha alegación porque: 1º

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Del acta de la mesa negociadora de 2 de junio de 2017, en la que estuvieron presentes los sindicatos, formó parte la relación de puestos de trabajo de que ahora se trata, por lo que tácitamente se admitió la superación de lo que en aquel Acuerdo se consignó, porque en otro caso se haría alusión a éste, 2º No se ha demostrado la vigencia del Acuerdo regulador mencionado, y 3º En todo caso, la fijación del nivel de complemento de destino y de la cuantía del específico del puesto de oficial de policía local se ha adecuado a la legalidad conformada por el RD 861/1986, Ley 4/2007, Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y Ley gallega 2/2015, que tienen un rango superior a aquel Acuerdo.

El quinto y último motivo de apelación se centra en reiterar la pretensión de que se reconozca al actor un complemento personal transitorio de una cuantía igual a la diferencia entre el complemento específico percibido en el año 2017 y el aprobado en la relación de puestos de trabajo. No merece mejor suerte esta última pretensión, porque ya hemos argumentado anteriormente que en la RPT impugnada es la primera ocasión en la que se lleva a cabo una valoración singularizada de los puestos de trabajo con arreglo a lo que la legalidad exige, por lo que no cabe confrontar el importe del complemento específico percibido en 2017 con el aprobado en dicha RPT, a lo que cabe añadir que el complemento personal transitorio recogido en la mencionada RPT está previsto para el caso de dos empleados públicos que están en casos totalmente diferentes a los del actor, pues uno y otro estaban muy próximos a la jubilación y el propósito perseguido era que no vieran reducida su base de cotización con la consiguiente reducción de la pensión a percibir, de modo que no existe discriminación alguna, al tratarse de casos totalmente diferentes.

En todo caso, ha de recordarse que el artículo 156 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, establece que “El disfrute de las retribuciones complementarias no creará derechos adquiridos en favor de los funcionarios, salvo lo establecido legalmente respecto del grado consolidado en relación con el nivel de complemento de destino”».

1.3 Contratación local. Servicios de asesoría jurídica y defensa letrada en juicio. Requisitos de solvencia técnica

El TSJG, en su Sentencia de 10 de abril de 2019 (rec. 7009/2019, ponente: Cibeira Yebra-Pimentel), confirma en apelación la anulación de un acuerdo municipal aprobatorio de la contratación del “Servicio de asesoría jurídica, asistencia letrada y defensa en juicio”. Y ello por haber incluido en el pliego de cláusulas administrativas particulares la siguiente condición: «*Establécese como requisito mínimo de solvencia técnica e profesional, ter executado servizos de asesoría xurídica, asistencia letrada e defensa en xuízo para Administracións Locais nos últimos 3 anos por valor igual ou superior ao orzamento deste contrato, e deberán ser acreditados mediante certificados expedidos ou visados polo órgano competente (...)*». Incide el TSJG en esta sentencia en que:

«(...) aun reconociendo en principio que, a tenor de la ley aplicable que se citaba, la Administración contratante disponía de un cierto grado de discrecionalidad para

determinar los requisitos de solvencia técnica y profesional exigible a este tipo de contratos en lo que se refiere a la experiencia, lo cierto es que tal potestad discrecional se hallaba condicionada por una serie de elementos reglados y por los principios generales del derecho administrativo, entre los que figuraba la salvaguarda de la libre competencia, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y, sobre todo, el principio de proporcionalidad (Art. 4 de la Ley 40/2015) conforme al cual, en las exigencias para la mejor decisión conforme a las pautas ya dichas, la Administración deberá elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persigan, sin que en ningún caso deban producirse diferencias de trato discriminatorio, de manera que la necesidad de motivación del acto discrecional resulta esencial para su posterior control, significándose que entre los elementos reglados que limitan la potestad discrecional figuran los contemplados en el art. 45 de la Ley 14/2013 y en el art. 32. D) del TRLCSP actual, según los cuales no se podrá otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. A continuación, la sentencia aplica de manera adecuada esos principios a las circunstancias del caso, y, con indudable acierto, concluye que esa condición de exigencia técnica y profesional era excesivamente restrictiva e incompatible con tales reglas esenciales, en especial con la salvaguarda de la libre competencia, aclarando que, aunque sea lógico y razonable que se le exija a los candidatos para un servicio principal de asesoría jurídica y defensa letrada en juicio una especialización previa y un conocimiento profundo del derecho administrativo, lo que hay que considerar inadmisibles es que se exija, como requisito inexcusable para poder participar en la licitación, el haber sido contratado por un Ayuntamiento en los últimos tres años en una materia determinada, porque hay medios alternativos perfectamente válidos para poder acreditar los conocimientos jurídicos de que se trata necesarios para el desarrollo correcto de esa función de asesoría, sin tener que acudir de manera obligada a esa exigencia objetiva tan extrema de haber desarrollado precisamente esa misma función durante ese número tan prolongado de años en un trabajo de asesoría jurídica de las mismas características precisamente habiendo prestado servicios para un Ayuntamiento. Para el juez de instancia parece claro –y lo consideramos razonable– que se trata de una exigencia exorbitante que limitaría de manera prácticamente insalvable las posibilidades de otros muchos despachos profesionales que podrían prestar perfectamente esa función de asesoría en unas condiciones óptimas de preparación, pero que se verían injustamente apartadas por ese requisito tan desproporcionado de haber tenido que haber prestado previa y precisamente esa función para un organismo municipal, lo que concedería una ventaja prácticamente definitiva a los despachos que ya hubieren prestado esas funciones, a lo que se opone legalmente –como se dijo– el precepto 32.d) de la Ley ya dicha, a tenor del cual no puede reconocerse ninguna ventaja a las empresas que ya hubieren contratado previamente con cualquier Administración, lo que, en definitiva y por todas esas razones justificaba adecuadamente la declaración de nulidad de tal cláusula, sobre la base también de la posibilidad de poder acudir a otras fórmulas alternativas que pudiesen justificar la preparación exigible para poder competir en la adjudicación del contrato de que se trataba (Certificaciones académicas de conocimiento de la materia, publicaciones, impartición de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

cursos, experiencia profesional especializada anterior fuera del propio ejercicio de asesoría en la Administración Local pero perfectamente equiparable a ésta, etc.)».

1.4 Deslinde de bienes de dominio público municipal. Posibilidad de interponer recurso de reposición

El TSJG, en su Sentencia de 1 de febrero de 2019 (rec. 4144/2017, ponente: Díaz Casales), interpreta lo dispuesto en el artículo 65 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales (RD 1372/1986), alcanzando la conclusión de que el acuerdo resolutorio del procedimiento de deslinde puede ser impugnado, en cualquier caso, en la vía administrativa mediante un recurso de reposición, toda vez que:

«(...) el principio de jerarquía normativa y el que dispone que la ley posterior deroga la anterior, entendemos que la reforma introducida en la LPAC por la Ley 4/1999 que estableció la posibilidad de que todas las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa fueran susceptibles de recurso de reposición, hacen que el recurso resulte admisible, sin que pueda oponerse una interpretación que priorice el principio de especialidad haciendo la disposición reglamentaria tributaria de la misma jerarquía que aquélla disposición legal, por ser desarrollo de la Ley de bases de régimen local, que supone una interpretación que contraviene, en el presente caso, el de una interpretación favorable a la remoción de los obstáculos que impidan el acceso a la jurisdicción, por lo que se impone la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia.

La admisibilidad del recurso de reposición entraña la irregularidad del apeo o amojonamiento practicado, porque, aunque su práctica resulte condicionado a la firmeza de la resolución de deslinde (Art. 67 del RBEL –ha de entenderse que se está refiriendo a la firmeza administrativa dada la ejecutividad de la que gozan los actos administrativos–) es evidente que decretada la admisibilidad del recurso de reposición el acuerdo no era firme en vía administrativa».

2 Educación

2.1 Adscripción administrativa obligatoria de los centros de enseñanza privada a los públicos

La Sentencia del TSJG de 29 de mayo de 2019 (rec. 237/2018, ponente: Seoane Pesqueira) desestima el recurso promovido por la Federación de Centros de Educación e Xestión da Comunidade Autónoma de Galicia y la Federación Autonómica de Centros de Ensino Privado contra la resolución de 11 de mayo de 2018 de la Dirección Xeral de Educación, por la que se dictan instrucciones para el desarrollo, en el curso académico 2018/19, del currículo establecido en el Decreto 86/2015, de 25 de junio, de la educación secundaria obligatoria y del bachillerato en los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG 22/05/2018).

El alto tribunal gallego analiza en esta sentencia el poder de control sobre los centros de educación privada por los públicos a los que se hallen adscritos, alcanzando las siguientes conclusiones:

«(...) conviene significar que la enseñanza, además de actividad libre (artículo 27.1 de la Constitución española), es asimismo una tarea de los poderes públicos (Estado y de la Administración Pública en sus diferentes sectores), pues estos no pueden permanecer indiferentes ante la educación que se presta en todos sus niveles, a fin de comprobar cómo son instruidas y socializadas las nuevas generaciones y cuáles son los mecanismos básicos de transmisión del conocimiento y de los valores, con objeto de verificar que la educación que se presta cumple la finalidad del pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (artículo 27.2 de la Constitución española). Es por ello que en base a la configuración constitucional, si bien los poderes públicos no pueden arrogarse un monopolio sobre la enseñanza, tampoco los particulares pueden privar a los poderes públicos de su cometido, tanto regulador como prestacional, en la materia.

Una vez aclarado lo anterior, ha de examinarse si, dentro de los poderes públicos, la Comunidad Autónoma de Galicia ostenta competencia para establecer la adscripción administrativa de los centros privados a los públicos en lo relativo a la autorización para el cambio de modalidad en bachillerato y a la anulación de la matrícula asimismo en bachillerato, para lo que hemos de estudiar la doctrina constitucional relativa a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia educativa.

Tal como ha recordado la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 51/2019, de 11 de abril, es en el fundamento jurídico tercero de la STC 184/2012, de 17 de octubre, donde se sintetiza la doctrina de dicho Tribunal sobre el art. 149.1.30 CE, en su doble contenido, y en la que se aclara el alcance general sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia educativa. (...). la Comunidad Autónoma de Galicia ostenta competencia para decidir sobre la adscripción administrativa de los centros privados a los públicos en lo relativo a la autorización para el cambio de modalidad en bachillerato y a la anulación de la matrícula asimismo en bachillerato, así como sobre la supresión que se hubiera establecido anteriormente, porque no forma parte de la normativa básica ni de la que tiene que ser competencia exclusiva el Estado por la vía del artículo 149.1.30º de la Constitución española. (...). Corresponde a la Administración Pública de Galicia tal fijación de la adscripción como instrumento de organización y mejora de la gestión académica, complementaria de la propia de la Inspección Educativa (artículo 151 de la Ley Orgánica 2/2006, en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 8/2013), que entra dentro de su potestad de autoorganización. Por tanto, el mantenimiento o supresión de la adscripción de centros privados a públicos constituye una opción legítima para la organización de la gestión académica, que entra dentro del terreno de la conveniencia u oportunidad más que de la legalidad, y que no entraña una incursión en la parcela de las facultades académicas que corresponde a los centros privados. La finalidad del mejor servicio a los intereses generales que se desprende del artículo 103 de la Constitución presupone la atribución a la Administración de la capacidad de organización y coordinación de sus servicios, siendo indiscutible tal facultad de la Administración de organizar los servicios a su cargo en la

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

forma que estime más conveniente a los intereses públicos, teniendo tal potestad para organizarse únicamente el límite representado por las normas de superior rango a aquellas mediante las cuales se ejercita tal potestad. (...). De hecho, la adscripción de los centros privados a los públicos resulta un instrumento lógico de comprobación que por los centros privados se cumplan los designios marcados en el Decreto gallego 86/2015, de 25 de junio (que, no lo olvidemos, es el que está destinado a desarrollar la resolución impugnada), en lo relativo a la modalidad o itinerario. En dicho Decreto se establece el currículo de la educación secundaria obligatoria y del bachillerato para el sistema educativo gallego como desarrollo de la Ley orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de la mejora de la calidad educativa, ya que en el mencionado Decreto autonómico se determinan las diferentes modalidades del bachillerato y se establece el agrupamiento de las asignaturas en tres bloques: troncales, específicas y de libre configuración autonómica, y asimismo se establecen las asignaturas que el alumnado debe cursar en cada una de las modalidades: las generales del bloque de asignaturas troncales, el grupo de asignaturas de opción del bloque de asignaturas troncales de las que el alumnado cursará dos, Educación Física en el primer curso y las asignaturas de libre configuración autonómica, entre las que está Lengua Gallega y Literatura. Y específicamente se establece en el artículo 35.2 de este Decreto 86/2015 que “La consellería con competencias en materia de educación establecerá las condiciones en las que un alumno o una alumna que hayan cursado el primer curso de bachillerato en una determinada modalidad puedan pasar al segundo en una modalidad distinta”, mientras que el artículo 36.1 dispone que “La superación de las materias de segundo curso que se indican en el anexo VI estará condicionada a la superación de las correspondientes materias de primer curso indicadas en el dicho anexo, por implicar continuidad”, por lo que es lógico que la dirección del centro público al que está adscrito el privado haya de autorizar el cambio de modalidad o de itinerario de alumnado, porque si es la Consellería de Educación la que establece las condiciones para el cambio de modalidad, es lógico que sea el propio poder público quien haya de autorizar tal mutación. También se controla de ese modo la observancia de la Orden de 19 de abril de 2018 por la que se regulan aspectos relativos a la organización de las asignaturas del bachillerato establecido en el Decreto 86/2015, de 25 de junio, para los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Galicia.

En cuanto a la anulación de la matrícula en bachillerato, la decisión por la dirección del centro público será para verificar las causas y justificaciones invocadas, coadyuvando a las funciones que corresponden en ese aspecto a la Inspección Educativa.

(...) La recurrente argumenta que los preceptos impugnados dejan en manos de las direcciones de centros públicos decisiones sobre las que carecen del más mínimo control, ya que nada pueden conocer, comprobar o verificar respecto del alumnado de otro centro escolar, pero frente a ello cabe oponer: 1º que previamente a la decisión sobre la autorización del cambio de modalidad o de itinerario ha de emitir un informe la dirección del centro privado, el cual ha de ser tenido en cuenta, por cuya vía la dirección del centro público tomará el debido conocimiento, y 2º a la solicitud de anulación de la matrícula han de adjuntarse las justificaciones pertinentes, de modo que por ese cauce tiene conocimiento la dirección del centro público sobre las razones que se ofrecen para tal petición a los efectos de ser valoradas.

(...) Los preceptos ahora impugnados no impiden el ejercicio de las facultades de dirección del centro privado, sino que solamente introducen aquella autorización del cambio de modalidad o itinerario y de decisión sobre la anulación de la matrícula, por parte de la dirección el centro público al que el privado se halla adscrito, que han de reputarse justificadas, proporcionadas y adecuadas en los términos que han quedado especificados en el anterior fundamento jurídico, y no se puede afirmar que conduzcan a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar su facultad discrecional por parte del director del centro privado, porque no derivan sino de la potestad de organización que en materia educativa cabe reconocer a la Administración.

(...) el apartado p) del artículo 132 de la Ley Orgánica 2/2006, tanto en su redacción inicial como tras la modificación llevada a cabo por la LO 8/2013, atribuye como última competencia de los directores/as de centros públicos “Cualesquiera otras que le sean encomendadas por la Administración educativa”, de modo que deja abierta la posibilidad de encomienda de otras funciones por parte de la respectiva Administración educativa, que es lo que se hace en los preceptos impugnados de la resolución de 11/5/2018. Por otra parte, el artículo 25 de la LO 8/1985 viene a desarrollar el contenido de lo que ha de entenderse como plenas facultades académicas de los centros privados, a que se refiere el artículo 23, y puede comprobarse que dicho contenido no es incompatible con la autorización, realizada por la dirección del centro público al cual está adscrito el privado, de cambio de modalidad o de itinerario para el alumnado de bachillerato matriculado en dicho centro, y tampoco con la decisión sobre la anulación de la matrícula llevada a cabo por el/la director/a del centro público al que está adscrito el privado».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

3 Medio ambiente y urbanismo

3.1 Ejecución de sentencia anulatoria de licencia de edificio de viviendas por transacción judicial alcanzada mediante técnicas de mediación

El TSJG, en Sentencia de 20 de diciembre de 2001, anuló una licencia concedida en 1997 por el Ayuntamiento de A Coruña para transformar un edificio de oficinas en viviendas y locales comerciales (rec. 6937/1997). Tras diversos incidentes de ejecución forzosa, mediante Auto del TSJG de 2 de abril de 2013 se declaró la inexecución de la sentencia por “imposibilidad material”. El TS, en su Sentencia de 8 de julio de 2014 (RC 2465/2013), revocó dicho auto, obligando a continuar la ejecutoria. En su posterior Sentencia de 16 de marzo de 2016 (RC 1797/2015) el TS insistió en la necesidad de proceder a la demolición de la obra. Dadas las dificultades técnicas y jurídicas que conllevaba dicha ejecución, las partes del proceso aceptaron someterla a “mediación”, designando para tal fin el TSJG un mediador externo independiente de reconocido prestigio profesional. Finalmente, la Sala de lo Cont.-Ad. del TSJG en Pleno, en su Auto firme de 8 de febrero de 2019 (ponente: Recio González) aprobó la transacción judicial que puso fin a dicha ejecución.

En el auto se realiza un profuso análisis de la figura de la mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa y se realizan además las siguientes consideraciones:

«Se interesa la homologación judicial de los Acuerdos de Mediación adoptados por las partes (...), en los siguientes términos:

Reconocimiento público por parte del Ayuntamiento de A Coruña de la responsabilidad de dicha corporación municipal respecto de la anulación de la licencia correspondiente a la rehabilitación del Antiguo Edificio de Fenosa.

Adopción de un Protocolo de Buenas Prácticas urbanísticas por parte del Ayuntamiento de A Coruña, cuya finalidad consiste en evitar que un caso como el Antiguo Edificio de Fenosa se vuelva a producir.

Construcción de un edificio de viviendas de Protección Oficial por parte del Ayuntamiento de A Coruña.

Indemnización de los daños personales de índole moral causados a la parte recurrente.

Renuncia de acciones por la parte recurrente.

Sustitución de la ejecución in natura de la Sentencia, evitándose el derribo del edificio del Antiguo Edificio de Fenosa.

Modificación del planeamiento urbanístico de A Coruña para incluir el Antiguo Edificio de Fenosa como “edificio singular”.

Bases para la compensación a los propietarios del Antiguo Edificio de Fenosa. (...)

En el contexto anterior, el instituto de la mediación surge en el seno de una ejecución de sentencia en la cual ya hemos de partir, naturalmente, de que si han transcurrido 18 años desde que la sentencia se dicta, sin que medie su ejecución, se debe a las propias dificultades e incidencias de la ejecución, que ya comienzan por los términos del fallo de la sentencia en la medida en que al anular una licencia de rehabilitación y ordenar la demolición o derribo de lo construido a su amparo exigiría, in natura, la reposición de lo edificado a su estado anterior lo que, tras diversos incidentes resueltos por la Sala y el Tribunal Supremo, parece llevarnos a que tal ejecución in natura llevaría a demoler el edificio litigioso parcialmente, hasta alcanzar la estructura anterior que aún permanece y, sobre ella, reconstruir nuevamente el edificio anterior (antiguo edificio de Fenosa), hasta alcanzar una réplica del mismo cuya legalidad conforme al PGOM actual, hasta donde permite conocer lo actuado, no está acreditada sin necesitar ulteriores legalizaciones, incluso modificaciones del Plan, cuando no la propia demolición de lo nuevamente construido. (...)

Lo que no es susceptible de transacción es la exigibilidad de la observancia de la legalidad urbanística. La forma en que, en el caso concreto, se haya de restablecer esa legalidad, dando cumplimiento a la sentencia que anuló la licencia de rehabilitación, sí es una cuestión abierta a la discusión entre las partes y susceptible de que sobre la misma se puedan alcanzar acuerdos, sin perjuicio de su ulterior control por el órgano judicial, con el contenido y límites que enuncia el artículo 77.3 de la LRJCA. (...)

En el presente supuesto nos hallamos con un difícil incidente de ejecución de sentencia en atención a todos los intereses implicados, y en que lo que se pretende como base del acuerdo es fundamentalmente minimizar el impacto para todos los vecinos al ser inminente la demolición del edificio, con los consiguientes perjuicios no solo para los ocupantes del mismo –pérdida de vivienda de ochenta y siete familias y pérdida de empleo de más

de cien personas que trabajan en los locales comerciales y oficinas del inmueble–, sino de toda la ciudadanía tal y como se observa del examen de la documentación aportada con los acuerdos de mediación, en orden a los enormes costes derivados de una demolición y posterior reconstrucción a fin de dejar el edificio en el estado en que se hallaba antes del otorgamiento de la licencia, con la consiguiente pérdida de servicios sociales durante muchos años, una insostenible situación económico-financiera para el ayuntamiento con el consiguiente coste social, aportándose una valoración económica de aproximadamente 59.500.000 euros, en atención a los costes de demolición, reconstrucción, construcción de edificio de viviendas para reubicar a los desalojados, costes de realojo de los vecinos durante la ejecución de las obras e indemnizaciones por pérdida de vivienda, así como incremento de los tributos municipales en cantidades aproximadas al doble de la cuota actual. Por consecuencia, se plantea como la única alternativa en el presente momento ante la incidencia de una demolición que plantea serios problemas en orden a su ejecución.

En todo caso, no se trata de un supuesto de inexecución de sentencia sino de todo lo contrario: una forma alternativa de llevar a cabo su ejecución y cumplimiento “in natura” o por equivalente que tiene amparo legal en el artículo 18.2 de la LOPJ, y tal y como se pone de manifiesto en los convenios, consiguiendo un equilibrio entre la indemnización moral que corresponde a la parte demandante en atención a los años transcurridos desde la firmeza de la sentencia de cuya ejecución se trata, junto con un reconocimiento de su labor y de diversas medidas tendentes a evitar que una situación semejante se pueda volver a producir en el futuro, junto con la evitación del excesivo coste para los recursos públicos, con los intereses de los vecinos del inmueble y finalmente se consigue un equilibrio y el mantenimiento de la paz social dentro de la ciudadanía ante la eminencia de la pérdida de prestaciones públicas por el excesivo coste. (...)

Este concreto medio de ejecución, entendido como forma de restablecer la legalidad urbanística, con las actuaciones descritas en los acuerdos, no fue contemplado ni valorado en los incidentes anteriormente tramitados y resueltos en la ejecutoria, que no versaron sobre medios de ejecución de sentencia por sustitución o equivalente sino sobre solicitudes de declaración de imposibilidad material o legal que no satisfacían los intereses de todas las partes, pronunciándose sobre tales incidentes y limitando su virtualidad al ámbito de la resolución de las pretensiones deducidas en los mismos, de distinta naturaleza a las actuaciones ahora convenidas entre las partes.

Y, finalmente, hay que destacar que, en esta ejecución de sentencia, tal como resulta de la sentencia de 20 de diciembre de 2001, no existen otros intereses en juego que la legalidad urbanística municipal; no existen compromisos de medio ambiente, estándares urbanísticos, patrimonio histórico, costas, Red Natura u otros que pudieran complementar el planeamiento y hacer inviable cualquier solución que no fuera la demolición. Es por ello que el caso al que nos enfrentamos no puede extrapolarse a otros supuestos y plantear, también de modo simplista, que cualquier ejecución urbanística puede sortearse mediante institutos que suplan la ejecución in natura mediante el único requisito de pactar una indemnización: nada más lejos de la realidad y, por tanto, y puede afirmarse desde este momento que cualquier solución que la presente resolución respalde es válida únicamente en los presentes autos, sin que sea en absoluto susceptible de una suerte de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

extensión de efectos o precedente que pueda esgrimirse en cualquier procedimiento de ejecución urbanística. (...)

Desde el año 1997, en que el procedimiento se sustancia, no se ha tenido conocimiento ni han formado parte del asunto otros intervinientes que los que suscriben la petición de homologación, por lo que cualquier invocación de intereses o perjuicio para terceros a partir de este acto habría de entenderse, en principio, realizada en abuso del derecho.

Cabe también concretar, con relación a los intervinientes en el incidente de mediación, que son exclusivamente aquellos que son parte en el pleito principal, interesados en el recurso y afectados por la ejecución de la sentencia y que como ya se adelantó en el auto por el que se resolvía desestimándolo el recurso de reposición contra la providencia por la que se acordaba la derivación a mediación, que no nos hallamos ante ninguno de los supuestos legales de necesaria intervención del Ministerio Fiscal. (...)».

3.2 Exención de evaluación de impacto ambiental de planta industrial regasificadora, acordada por el Gobierno del Estado en funciones

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 16 de julio de 2019 (RC 4825/2016, ponente: Trillo Alonso), resuelve el recurso promovido por una asociación vecinal contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de mayo de 2016, que declaró excluidos del trámite de evaluación de impacto ambiental los proyectos de la planta de recepción, almacenamiento y regasificación de gas natural licuado en Mugarodos. La sentencia consideró, en primer lugar, que el Gobierno podía dictar el referido acuerdo pese a hallarse en funciones, toda vez que:

«(...) la exención adoptada en el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado se produce en el ámbito de un largo periodo de Gobierno en funciones, que se inició con el Real Decreto 977/2015, de 26 de octubre (BOE del día 27), por el que se disolvieron el Congreso de los Diputados y el Senado y se convocaron elecciones generales, y terminó con la publicación del Real Decreto 419/2016, de 3 de noviembre por el que serían nombrados los Ministros del nuevo Gobierno, tras haber sido precisa una segunda convocatoria electoral mediante Real Decreto 184/2016, de 3 de mayo. Aunque a diferencia de los supuestos contemplados en las sentencias relativas a los Planes Hidrológicos no concurre la circunstancia de finalización de los plazos establecidos para la aprobación de la disposición en ellos impugnada, la coincidencia está en que la decisión de exención no constituye un acto de orientación política, ni condiciona, ni compromete, ni impide las decisiones que en el ejercicio de sus funciones deba adoptar el nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales, por cierto, de igual signo político que el anterior. (...). Se equivoca la recurrente cuando parece limitar las competencias de un Gobierno en funciones “al normal desarrollo del proceso de un nuevo Gobierno”, apelando a una falta de mayoría parlamentaria o a que no goza de confianza en el Congreso, así como a una vulneración del principio de lealtad constitucional o a una falta de control de la Cámara, invocaciones todas ellas reveladoras de un desenfoco de la cuestión si hemos de atenernos a la doctrina jurisprudencial».

No obstante, lo anula, al concluir que resultaba preceptiva la evaluación de impacto ambiental del proyecto:

«(...) El Acuerdo recurrido parece pretender encontrar amparo en el artículo 8.3 y 4 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (...). Pues bien, ateniéndonos, como es obligado, a la propia fundamentación del Acuerdo impugnado, la conclusión no puede ser otra que si bien cumple con el requisito de la motivación legalmente exigida no se adapta al supuesto habilitante de la norma, a saber, un supuesto de excepcionalidad. (...). Si bien la propia dicción del artículo 8 revela, al incluir como supuestos excepcionales y a título de ejemplo, tal como se reconoce en sentencia de esta Sala de 17 de mayo de 2017 –recurso 732/2015–, que la idea del legislador sobre lo que constituye un supuesto excepcional es sumamente abierta desde el punto de vista material, ha de concluirse que en el supuesto enjuiciado no nos encontramos con un remedio de urgencia con el que atender a una situación extraordinaria y de imposible previsión.

Son precisamente las sentencias de este Tribunal de 28 de marzo de 2016 y 25 de abril de 2016, por las que se anulan, respectivamente, las resoluciones de la Dirección General de Política Energética y Minas de 3 de junio de 2003, por las que se otorga a Reganosa autorización administrativa previa para la instalación de la planta litigiosa, y la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas, de 13 de febrero de 2004, por la que se aprueba el proyecto de ejecución de dicha planta, las que aunque próximas en el tiempo al Acuerdo ahora impugnado (27 de mayo de 2016), impiden observar que dicho Acuerdo obedece a la necesidad de acudir a un remedio de urgencia con el que atender a una situación extraordinaria y de imposible previsión.

No obedece en efecto la exclusión del trámite de evaluación de impacto ambiental a la necesidad de atender a una situación extraordinaria de imposible previsión, pues la paralización de la actividad en la planta que trata de evitar el Acuerdo impugnado por la vía de excluir las futuras autorizaciones del trámite de evaluación ambiental, ni responde a una situación de imposible previsión, en cuanto la situación creada tiene su origen en una actuación de la administración disconforme a derecho, como así lo consideran las sentencias referenciadas de 28 de marzo de 2016 y 25 de abril de 2016, ni una situación excepcional y de inmediata urgencia originada por un muy próximo cierre de la planta, cuando no consta que se hubiera iniciado el procedimiento de ejecución de aquéllas, en cuyo curso podrían intentarse y adoptarse otros remedios procesales distintos a la exención, sin duda más respetuosos con la normativa de aplicación, en la que la regla general es la evaluación y la excepción la dispensa o exención, y sin duda más acordes con el principio de proporcionalidad o, dicho de otro modo, con la importancia de la planta desde la perspectiva ambiental, máxime cuando por sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2016 (recurso de casación 2070/2014), se anula el Decreto 144/2007, de 9 de julio, de la Junta de Galicia, por el que se aprobó el Plan de Emergencia Exterior de la planta litigiosa.

Al hilo de lo expuesto es de resaltar la cautela con la que el Tribunal de Justicia contempla la exención de la correspondiente evaluación ambiental cuando los proyectos, como sucede en el caso de autos, puedan tener repercusiones importantes en el medio ambiente (sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto C-435/1997). Por lo expuesto, con la estimación parcial del recurso, procede declarar la nulidad de Acuerdo impugnado».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

3.3 Licencias urbanísticas en trámite en la fecha de anulación judicial del plan general de ordenación municipal. Sentido del silencio administrativo

La Sentencia de 22 de marzo de 2019 del TSJG (rec. 4435/2017, ponente: Martínez Quintanar) concluye que, tras la anulación judicial de un plan general, las solicitudes de licencia en trámite han de regirse por la ordenación anterior a dicho plan anulado. De resultar incompatible con ella, el silencio administrativo ha de tener un efecto negativo, desestimatorio de la licencia, aunque se haya producido antes de la fecha de declaración de la nulidad del plan general:

«(...) Es cierto que de conformidad con el artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la sentencia firme anulatoria del PXOM de 2003 no afecta por sí misma a la eficacia del acto administrativo firme que lo hubiera aplicado antes de que la anulación alcanzase efectos generales, pero no es menos cierto que para considerar que existe un acto administrativo firme de otorgamiento de licencia por silencio administrativo no basta el mero transcurso del tiempo desde la presentación de la solicitud. De conformidad con el artículo 195.1 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, aplicable por razones temporales, en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o planeamiento urbanístico.

Tratándose de una solicitud de licencia presentada al amparo del PXOM de Ourense 2003, para considerar que la misma ha sido estimada por silencio administrativo habría que examinar el ajuste de dicha licencia a dicho planeamiento, que es lo que alega la parte apelante. Lo que sucede es que dicha disposición ha sido anulada judicialmente y el vicio de nulidad radical tiene una eficacia ex tunc. Esta proyección temporal del vicio de nulidad se modula, en el sentido de no impedir que subsistan los actos firmes anteriores que se hubieran dictado al amparo de la norma anulada con posterioridad, pero en este caso no puede apreciarse la existencia de ese acto firme, porque falta el primer presupuesto necesario para considerar obtenida la licencia por silencio administrativo positivo: tal y como se razona en la sentencia apelada sería una licencia “contra legem”, porque su amparo era un plan general nulo, lo que determina que esa solicitud de licencia fuera contraria a la legislación urbanística, por derivación de la nulidad del propio plan a cuyo amparo se formuló la solicitud y se presentó el proyecto.

Dicho en otros términos, se puede decir que para que exista licencia obtenida por silencio debe probarse el ajuste a un planeamiento válido y aplicable al momento de la solicitud, presupuesto que no puede concurrir cuando se dicta sentencia anulatoria, que determina la declaración de una nulidad radical de una disposición, que en cuanto tal determina una falta de validez desde el mismo momento de la aprobación.

No es de aplicación en este caso la doctrina que, en los casos de resolución tardía del expediente, postula la aplicación del planeamiento vigente en el momento de la solicitud en lugar del nuevo plan aprobado con posterioridad cuando se trata de una sucesión de normas, porque en este caso no hay sucesión de normas, sino nulidad de la disposición general al amparo de la cual se presentó la solicitud de licencia, nulidad que determina

que el planeamiento aplicable a la fecha de la solicitud sea el plan anterior al aprobado en el año 2003 y anulado judicialmente. El Concello deniega por acto expreso la licencia porque el proyecto no cumple ese plan anterior de 1986 que resulta ser el aplicable y el apelante reconoce que no hay prueba de esa conformidad a ese plan anterior. (...) hay que tener en cuenta que si la licencia se hubiera otorgado por acto expreso antes de la anulación judicial del planeamiento adolecería de igual nulidad derivada de la nulidad del plan a cuyo amparo se solicitó, y esa nulidad se debería declarar en el caso de impugnación en plazo. Por ese motivo no puede considerarse existente el silencio administrativo positivo en este caso, que se condiciona en materia urbanística no solo al transcurso del plazo desde la presentación de la solicitud, sino que solo se producirá ese silencio positivo si se prueba la conformidad de lo solicitado con la legislación y el planeamiento urbanístico, y no puede afirmarse esa conformidad cuando el amparo del proyecto constructivo es un planeamiento nulo».

3.4 Disciplina urbanística. Caducidad de la potestad para restaurar la legalidad sobre una obra de uso industrial

El TSJG (Secc. 2.^a) está considerando, en recientes sentencias, que el mero transcurso del plazo de seis años desde la total terminación de una obra ilegal de uso industrial no basta para poderla considerar legalizada, en situación análoga a la de “fuera de ordenación”. Es necesario acreditar la compatibilidad de dicho uso específico con los generales admisibles para esa zona en el plan urbanístico, así como el cumplimiento de las condiciones mínimas exigibles de funcionalidad, seguridad y salubridad.

Puede así citarse su Sentencia de 4 de abril de 2019 (rec. 4324/2017, ponente: Díaz Casales) en la que concluye que el transcurso del plazo de los seis años no enerva la obligación del propietario, para poder mantener un uso no residencial, de solicitar y obtener las autorizaciones sectoriales preceptivas según la clase de suelo de que se trate. También la sentencia de 14 de marzo de 2019 (rec. 4362/2017, ponente: Martínez Quintanar), en la que se afirma lo siguiente:

«(...) El acto recurrido en la instancia [anulado] acordó declarar en situación legal de fuera de ordenación total a la edificación tipo nave destinada a almacén de bebidas y conservas sita en la parte trasera de la planta baja de edificio (...) de Xinzo de Limia. (...) Es incontrovertible que dicha nave careció desde su origen de licencia, tanto de obra como de apertura y actividad. La declaración de fuera de ordenación puede legitimar, y legitima –sin que ello sea objeto de controversia por las partes– la pervivencia de la obra de construcción originaria, en la medida en que desde su terminación transcurrió el plazo para el ejercicio de la acción de reposición de la legalidad urbanística. Pero lo que no puede admitirse es que se utilice esa declaración de fuera de ordenación de la obra para legitimar una actividad de almacén de bebidas y conservas que nunca se desarrolló al amparo de licencia en dicho inmueble. Lo que se puede preservar es la obra originaria ilegal respecto de la que transcurrió el plazo para ejercitar la acción de reposición de la legalidad urbanística, pero esa declaración de fuera de ordenación por dicho motivo se limita a la obra de construcción, y no puede extenderse a la actividad desarrollada sin licencia, que como

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

uso clandestino y además –por lo que se dirá– contrario al planeamiento, se pudo haber desarrollado a lo largo de los años. Una cosa es que antes de la declaración de fuera de ordenación los propietarios del inmueble ilegal lo empleasen para hacer acopio de determinados productos, de forma puntual o esporádica o incluso con cierta continuidad, y otra cosa distinta es que se pueda decir que en esa nave se estuviese desarrollando de forma lícita una actividad de almacén, que en todo caso estaba precisada de una licencia que no había obtenido. (...).

La clandestinidad del uso original no puede beneficiarse de la declaración de fuera de ordenación, obteniendo a partir de la misma el estatus de actividad legalizada, especialmente en este caso, en el que la actividad pretendida de almacén, y a la que hacía referencia el acto recurrido, es incompatible con el planeamiento, debiendo ser calificada, tal y como alega la parte apelada y como apreció la sentencia, como actividad ilegalizable, al ser un uso propiamente industrial, al no estar vinculado a una venta al menor, sino al por mayor. (...)

Por tanto, nunca se desarrolló una actividad con licencia ni el uso alegado al que se refirió la prueba era una actividad legalizable.

(...) Esta interpretación realizada por la sentencia impugnada es asimismo congruente con el alcance del régimen de fuera de ordenación derivado de situaciones de obras ejecutadas ilegalmente y contrarias desde su origen al planeamiento, pero respecto de las cuales ha vencido el plazo de ejercicio de la acción de reposición de la legalidad. Debe diferenciarse la situación de la nave litigiosa, construida sin licencia e ilegal desde el origen, que deviene en fuera de ordenación por el transcurso del plazo de ejercicio de la acción de reposición de la legalidad, de la situación de otros inmuebles construidos al amparo de licencia que pueden devenir en fuera de ordenación por un cambio sobrevenido de planeamiento que resulte incompatible con los mismos. En este segundo caso –que no es el supuesto que nos ocupa– puede existir un derecho adquirido a utilizar el inmueble conforme a la normativa urbanística bajo cuya vigencia se autorizó la ejecución de la obra, derecho que no puede aplicarse al presente supuesto, en el que la nave se construyó de forma ilegal, sin licencia y en contravención de la normativa ya vigente en el propio momento de la construcción, y cuya pervivencia en cuanto obra de construcción se deriva exclusivamente de que ha transcurrido el periodo de caducidad de ejercicio de la acción de reposición de la legalidad urbanística. Siendo este el caso que nos ocupa no existe la posibilidad de invocar derechos adquiridos a realizar determinada actividad en cuanto aparejados a la licencia urbanística, puesto que dicha licencia nunca ha existido».

3.5 Ejecución de sentencia anulatoria de licencia de nave industrial. Plazo para promover incidente de inejecución. La disposición transitoria 7.ª de la Ley 2/2016 del suelo de Galicia no conlleva la legalización de construcciones afectadas por sentencia

El TSJG (Secc. 2.ª), en su Sentencia de 20 de junio de 2019 (rec. 4343/2017, ponente: Díaz Casales), analiza una solicitud de inejecución de una sentencia firme de 2007 que anuló la licencia de obras y actividad de una nave industrial. Afirma el tribunal,

en primer lugar, que el plazo de dos meses establecido en el artículo 105.2 LJCA para poder promover el incidente de inejecución ha de interpretarse de manera flexible, comenzando su cómputo cuando se legaliza la construcción o actividad afectada por la sentencia. En segundo lugar concluye que la regulación sobre los “asentamientos surgidos al margen del planeamiento” establecida en la disposición transitoria séptima de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, no permite enervar los efectos de una sentencia de estas características, que conlleva la demolición de la construcción ilegal. De manera que:

«la posibilidad de continuar con la actividad por parte de las instalaciones industriales surgidas al margen del planeamiento, no puede afectar a aquellas sobre las que pesa una orden de demolición judicial firme, solo con esta interpretación cabe salvar la constitucionalidad del precepto, en atención a los precedentes del T.C. que se dejan señalados. En todo caso, hemos de advertir que la modificación parcial de las Normas Subsidiarias, aprobadas en 2016, al amparo de la D.T. 13ª de la LOUGA (que se produjo 14 años más tarde de la entrada en vigor de la Ley) no puede determinar un supuesto de inejecución legal que solo puede venir determinado por las licencias de legalización de las que la interesada carece, por lo que el incidente ha de ser desestimado».

4 Personal

4.1 Personal temporal del Servicio Galego de Saúde (SERGAS). Plan de estabilidad en el empleo. Derecho a indemnización por el cese

El TSJG, en su Sentencia de 3 de abril de 2019 (rec. 393/2018, ponente: López González), avanza en el análisis de la contradictoria y polémica jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los efectos de la prolongación de las contrataciones temporales de funcionarios en la Administración pública, en los siguientes términos:

«(...) La Dirección General de Recursos Humanos, en resolución de 25 de abril de 2017, dispuso la publicación del Plan de Estabilidad en el Empleo y Provisión de Plazas de Personal Estatutario (DOG de 4 de mayo de 2017). Uno de los objetivos que persigue el Sergas con este Plan, es “continuar en la apuesta por la estabilidad en el empleo con medidas de estabilización de personal temporal y la convocatoria periódica de procedimientos selectivos para la adquisición de la condición de personal fijo, en los que se garanticen los principios que rigen el acceso al empleo público y que incorporarán las nuevas tecnologías a su tramitación –fase de oposición y concurso– para una gestión más ágil, transparente y simplificada de los mismos”. Entre las Medidas de estabilización de personal temporal (apartado III) se incluye la “Conversión de nombramientos para la cobertura de servicios determinados en nombramientos de interinidad”, para lo cual el Plan de Estabilidad recoge el compromiso del Sergas de dotación de plazas, estableciendo que:

“Para su cobertura mediante nombramientos de interinidad, se procederá a la dotación de vacantes en un número equivalente a aquellos nombramientos para la cobertura de servicios determinados que carezcan de sustantividad propia; es decir, aquellos en los que el personal nombrado no atiende programas o actividades temporales, coyunturales o

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

extraordinarias, sino actividad ordinaria y habitual (necesidades estables y permanentes) durante un período igual o superior a un año. Esta medida supondrá la extinción de los nombramientos para la cobertura de servicios determinados que reúnan dichas características, la dotación de 438 vacantes en las plantillas de las instituciones sanitarias del Servicio Gallego de Salud y la expedición de otros tantos nombramientos de interinidad, con la consiguiente reducción del porcentaje de eventualidad”.

Las demandantes, que pertenecen a la categoría de Enfermera especialista en Obstetricia-Ginecología (Matrona) forman parte del colectivo de personal que el Sergas ha venido nombrando durante los últimos años al amparo de sucesivos y concatenados nombramientos como personal eventual temporal que no respondían a necesidades puntuales o de carácter estructural, sino a la realización de servicios cuya prestación obedecía a necesidades permanentes de la Administración sanitaria. Los servicios que vinieron prestando al amparo de estos nombramientos lo fueron en el Área Sanitaria de Pontevedra-O Salnés, en el Hospital de O Salnés.

Parte del personal que se encontraba en la misma situación que las recurrentes presentó reclamación ante el Sergas solicitando un reconocimiento de su condición de personal indefinido no fijo, asimilado al personal interino. Y si estas reclamaciones fueron rechazadas por aquel organismo público, sin embargo, fueron estimadas judicialmente. Esto es lo que pretenden las actoras en el presente procedimiento.

Con posterioridad a la presentación del recurso de alzada contra la desestimación presunta de la reclamación presentada ante el Sergas, fueron incluidas en el Plan de Estabilidad en el Empleo, publicado en el DOGA de 4 de mayo de 2017, de modo que sus nombramientos se convirtieron en nombramientos de interinidad por vacante, pasando a ocupar una de las plazas vacantes dotadas en su ejecución, y en concreto plazas vacantes de enfermería en el referido Hospital. Pero niegan que con esta actuación administrativa se esté dando satisfacción a sus intereses, pues en lo relativo a la modificación de la antigüedad, tan solo se ha reconocido desde el 1 de abril de 2017 en su actual vínculo, y respecto de la relación que les une con el Sergas, resulta ajustado a derecho que el personal estatutario, nombrado fraudulentamente, transforme su vinculación en indefinida, con derecho a ser indemnizado en el momento de su cese. (...)

El Plan de estabilidad en el empleo ha tenido por objeto, tal como se admite en el acto que estimó parcialmente el recurso de alzada, buscar una solución a la problemática surgida respecto del personal temporal del Sergas, sobre todo con base en la sentencia de esta Sala de 14 septiembre 2016 (asunto C-16/15), y los pronunciamientos del TJUE sobre la sucesión de vínculos de duración determinada en el sector de la sanidad pública.

Y la pretensión de las actoras está encaminada a que se declare su condición de personal indefinido no fijo, con las consecuencias inherentes a esta declaración, y entre ellas el reconocimiento de la antigüedad en el Sergas desde la fecha de sus nombramientos y el derecho indemnizatorio que puedan hacer valer en el momento de su cese derivado del hecho de haber sido objeto de sucesivos y encadenados nombramientos como personal eventual temporal realizados en fraude de ley, y por tanto de forma irregular, lo cual debe acarrear un reconocimiento como personal indefinido no fijo, y su antigüedad, a todos los efectos, desde la fecha del primer nombramiento, tal como se ha pronunciado esta Sala

en diversas sentencias, como las de 20 de abril de 2016 (recurso 528/2015), 21 de marzo de 2017 (recurso 395/2016), 27 de septiembre de 2017 (recurso 105/2017), 8 de noviembre de 2017 (recurso 250/2017), o la de 5 de diciembre 2017 (recurso 149/2017).

La cuestión sometida a debate en esta litis se centra en comprobar si las actoras merecen el reconocimiento de su condición de personal indefinido no fijo del Sergas, y la repuesta ha de ser negativa, a diferencia de la adoptada por la Juez de instancia, por las razones que se pasan a exponer:

En primer lugar, porque la doctrina sentada por el TJUE en la sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15, ha sido matizada por el Tribunal Supremo en la sentencia 3250/2018, de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación número 785/2017), y sobre todo porque lo relevante en este procedimiento, que lo hace diferente tanto del resuelto por el TJUE como del resuelto por el Tribunal Supremo, es que las actoras han adquirido la condición de personal interino del Sergas vinculado a una plaza concreta, que ocupan por estar vacantes, y lo serán mientras no sean cubiertas por los procedimientos legalmente establecidos, en virtud de nombramientos que tuvieron lugar el 1 de abril de 2017.

De tal manera, no es aplicable la doctrina que se recoge en la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/2016), en la que se dice que incumbe al juzgado examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo con un contrato fijo, pues lo que solicitan en este caso las recurrentes no es la recalificación de sus nombramientos como de personal fijo, sino el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo.

El régimen de mayor estabilidad de su relación estatutaria rige desde que tuvieron lugar sus nombramientos de interinidad en plaza vacante, pues solo podrán ser cesados en los supuestos de amortización o cuando se provean a través de los procedimientos legalmente establecidos.

Tampoco es de aplicación el criterio que se recoge la sentencia de esta Sala de 11 de julio de 2018, pues en ella se entendió que a pesar de que las recurrentes en aquel procedimiento se habían visto favorecidas por un nombramiento de interinidad (como sucede ahora con las demandantes) no se había producido una pérdida sobrevinida del objeto. Pero este pronunciamiento se hizo valorando las consecuencias indemnizatorias a las que podría dar lugar el cese de las recurrentes al amparo de los pronunciamientos del TJUE (Sentencia de 14 de septiembre de 2016 asunto de Diego Porras C-596/2014, matizada en la más reciente de 5 de junio de 2018 asunto C-574/16, Grupo Norte Facility, y C-677/16, Lucía Montero Mateos).

Y resulta que este pronunciamiento ha de ser matizado a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación 785/2017), según la cual no procede reconocer derecho indemnizatorio alguno distinto del que lleva consigo la subsistencia y continuidad de la relación de empleo, descartando la posibilidad de reconocer un derecho indemnizatorio de futuro».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

4.2 El período de baja por maternidad en las vinculaciones de temporales debe computarse como tiempo efectivo de trabajo

Así lo consideró el TSJG en su Sentencia de 8 de mayo de 2019 (rec. 50/2019, ponente: Rivera Frade).

«(...) la Sra. ----- se ha visto privada del reconocimiento del periodo en que ha permanecido de baja por maternidad, o periodo de descanso por maternidad, como periodo de servicios prestados. Y ello constituye, en los términos que se dirá, una discriminación por razón de sexo derivada de la maternidad, al concurrir en este caso las siguientes circunstancias: durante el periodo de suspensión de llamamientos fue llamada para la cobertura de una sustitución de comisión de servicios con duración previsible superior a un año.

Recordemos que el artículo 2.7 de la Directiva 76/207/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, de conformidad con la redacción de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, establece que: “un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CE constituirá una discriminación en el sentido de la presente Directiva”.

Estos principios también inspiran nuestra normativa nacional y autonómica. Y ello tiene su reflejo en artículos como el 5 (Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo) de la Ley Orgánica 3/2007 (...). La garantía del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, y la protección de la maternidad, debe constituir un criterio de actuación de los Poderes Públicos. Así aparece recogido en el artículo 14.7 de la Ley Orgánica 3/2007 (...). Los mismos principios y criterios inspiran la normativa autonómica (...). Esta comprensión de la maternidad pierde sentido si no se reconoce a la trabajadora durante el periodo de descanso por maternidad, y como servicios prestados, aquellos que sí desempeñaría por existir un llamamiento de las listas, pero que no ha podido desempeñar por razón de la maternidad.

Tal como consta en el expediente administrativo, la baja por maternidad se produjo en un momento en que la apelante se encontraba prestando servicios en virtud de un llamamiento de las listas de interinos, pero este contrato finalizaba el día 25 de diciembre de 2016, y por tanto la finalización en esa fecha de la prestación de servicios, no habría traído causa en el embarazo.

Ahora bien, también consta, como ya se ha adelantado, que, durante el periodo de suspensión de llamamientos, que comenzó al día siguiente (26 de diciembre de 2016), fue llamada para la cobertura de una sustitución de comisión de servicios con duración previsible superior a un año. Este llamamiento tuvo lugar el día 27 de enero de 2017, cuyo nombramiento no se formalizó hasta que terminó la situación de suspensión de los llamamientos por maternidad, el día 2 de abril siguiente. Y como dice la apelante en su recurso, se debe permitir la formalización de cualquier contrato laboral durante el periodo de baja maternal, si bien el desempeño efectivo del trabajo tendrá que posponerse a la finalización

de la baja, preservando la trabajadora todos los derechos inherentes a ese contrato, entre ellos, el reconocimiento de ese periodo como de servicios prestados.

Lo contrario implicaría la discriminación alegada por razón de sexo, pues la protección en estos casos debe dispensarse no solo a las trabajadoras interinas que se encuentren prestando servicios de forma real y efectiva, sino también a las que por razón de su embarazo no pueden hacerlo, pero han generado un derecho a ser contratadas una vez llamadas de las listas para la cobertura de un puesto de trabajo. (...) la situación de maternidad no puede asimilarse a la falta de capacidad funcional necesaria para desempeñar las funciones propias de un puesto de trabajo, sino que ha de serlo a un período de descanso que se disfruta por tal situación, tal como señala literalmente el artículo 177 de la LGSS.

La discriminación apreciada no deja de ser tal por el hecho de que el Pacto reserve a la mujer el vínculo ofertado durante el periodo de maternidad, ni por el hecho de que la misma suspensión de los llamamientos se prevea respecto de los hombres que disfruten de un permiso de paternidad. La discriminación existe, pues eliminada la situación de maternidad los servicios se hubiesen prestado, y por tanto deben de reconocerse como tales, aunque no se puedan prestar por encontrarse la trabajadora en una situación que está protegida por la ley.

Pero por esta misma razón el reconocimiento debe quedar limitado al periodo de tiempo para el que la trabajadora es llamada de las listas, como son en este caso aquellos a los que ya se refiere la apelante en el tercer apartado del Fundamento de derecho tercero de su recurso, esto es, el comprendido desde la fecha de llamamiento el día 27 de enero de 2017, hasta el día 3 de abril de 2017, en que se formalizó el contrato después de la baja de maternidad. El periodo anterior (desde el 26 de diciembre de 2016, día siguiente a la finalización del contrato, hasta el 27 de enero de 2017, fecha en la que se produjo el llamamiento de referencia) no se puede reconocer a los efectos pretendidos, pues implicaría privilegiar a la apelante en relación con los demás integrantes de las listas de vinculaciones temporales».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

5 Proceso contencioso-administrativo

5.1 Revisión de sentencias firmes por vulneración del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Omisión de emplazamiento de los propietarios afectados por la impugnación de una licencia urbanística

El TS, en su Sentencia de 19 de febrero de 2019 (recurso de revisión 12/2018, ponente: Cudero Blas), revoca la del TSJG y de un Juzgado Contencioso-Administrativo que habían anulado una licencia concedida por el Concello de Sanxenxo para la construcción de 16 viviendas, por no haber emplazado a los propietarios para que se pudiesen personar y defender en el proceso como parte codemandada. Afirma el alto tribunal, en primer lugar, que los afectados disponen del plazo de un año desde la notificación de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para poder

instar la revisión de las sentencias firmes. Y sobre el fondo del asunto realiza las siguientes consideraciones:

«(...) El matrimonio (...) adquirió en agosto de 2001 una vivienda en Sanxenxo, incluida en una urbanización de dieciséis, que contaba con los permisos necesarios otorgados por la Corporación y cuyo dominio inscribieron en el Registro de la Propiedad. En diciembre de 2002 un vecino de la localidad interpone recurso contencioso-administrativo frente a la licencia municipal que autorizó aquella construcción (...) y obtiene sentencia estimatoria (...) que anula la licencia, aunque declara inadmisibile la petición de demolición que el interesado formuló. Interpuesto recurso de apelación ante la Sala de A Coruña por el recurrente en dicho procedimiento (porque la resolución del Juzgado no incluía la obligación de demoler las viviendas), la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 29 de marzo de 2007 lo estima y ordena el derribo de la obra amparada en la licencia ilegal. (...) Los propietarios de una de las viviendas afectadas por esa orden de demolición no fueron emplazados en aquellos procedimientos, ni ante el Juzgado en primera instancia, ni ante la Sala en apelación. Cuando conocieron la citada decisión judicial (por notificación efectuada por el ayuntamiento con fecha 5 de febrero de 2009), se dirigen al Juzgado solicitando la nulidad de las sentencias y éste tiene por personados a dichos interesados, pero eleva el incidente a la Sala por ser ésta la que había dictado la sentencia en segunda instancia. La Sala deniega mediante auto el incidente de nulidad por entender que “no consta documento alguno revelador de que fuera conocida por el Juzgado su existencia cuando se inició el proceso y ni siquiera durante la tramitación del mismo en primera o segunda instancia”. Frente a tal decisión, acuden los propietarios al Tribunal Constitucional, que inadmite el recurso de amparo deducido por resolución de 21 de diciembre de 2010 “por no apreciar en el mismo especial trascendencia constitucional”. Presentan entonces –el 2 de agosto de 2011– demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es estimada por dicho tribunal mediante sentencia de 10 de enero de 2017, en cuya parte dispositiva se declara que –al tramitar y resolver en ausencia de participación de los demandantes en el procedimiento contencioso-administrativo que concluyó con la sentencia que ordenaba la demolición de su vivienda– “los tribunales españoles vulneraron el derecho a un proceso equitativo proclamado en el artículo 6.1 del Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. (...)

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de enero de 2017 declara expresamente que los tribunales españoles vulneraron el derecho a un proceso equitativo proclamado en el artículo 6.1 del Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, al haberse pronunciado sin intervención de un interesado con derecho a ser oído y participar en un proceso que afecta a sus derechos e intereses, pues era propietario de una vivienda cuya demolición se ordena por aquellos tribunales. (...) “No hay en el expediente ningún elemento –pese a la alegación del Gobierno– que permita establecer que los demandantes hayan tenido conocimiento extrajudicial del procedimiento referente a la legalidad de la licencia de obras aun cuando el resultado de dicho procedimiento podía tener consecuencias negativas para ellos”. Por lo demás, los interesados han utilizado –diligentemente– todas las posibilidades que el ordenamiento les ofrecía (...). En cuanto al resto de las exigencias contenidas en el artículo 102.2 de la Ley

Jurisdiccional, es claro que el procedimiento que nos ocupa no solo es idóneo para corregir la vulneración de los derechos fundamentales que han padecido los hoy demandantes, sino que es difícil descubrir en nuestro sistema procesal otro cauce que permita conseguir aquella reparación (...) Por último, no entendemos que concurren “derechos adquiridos por terceros de buena fe”, circunstancia que –en aplicación de la ley– podría impedir el acogimiento de la demanda. Desde luego, no puede afirmarse que el demandante original –cuya impugnación dio lugar a las sentencias que anularon la licencia y ordenaron la demolición– haya incorporado a su patrimonio una suerte de derecho a la restauración de la legalidad urbanística en los términos que en su día postuló, máxime si se tiene en cuenta el alcance de esta sentencia, en la que no se declara improcedente la demolición, ni se afirma que es conforme a derecho la licencia que amparaba la construcción de la vivienda de los hoy demandantes sino que, simplemente, se permite a éstos ejercitar un derecho que se les vulneró al no ser emplazados como interesados en un procedimiento que terminó con una sentencia –firme– que afectaba claramente a sus derechos e intereses legítimos y que fue dictada sin darles la oportunidad de ser oídos y actuar en defensa de esos mismos derechos».

5.2 Suspensión del proceso por concurrencia de cuestión prejudicial penal. Reclamación de honorarios por servicios prestados sin contrato

El TSXG, en su Sentencia de 15 de mayo de 2019 (rec. 7023/2019, ponente: Quintas Rodríguez), ratifica en apelación la decisión de un juzgado contencioso-administrativo de suspender un proceso en el que el demandante le reclamaba a un ayuntamiento el pago de determinados servicios prestados sin contrato, porque la principal prueba del actor consistía precisamente en la declaración testifical de un concejal que figura imputado en una causa penal por los mismos hechos (contratación “a dedo”).

6 Responsabilidad patrimonial

6.1 Responsabilidad sanitaria. Teoría del daño desproporcionado. Consentimiento informado

El TSJG, en su Sentencia de 12 de junio de 2019 (rec. 472/2018, ponente: Seoane Pesqueira), ahonda en el análisis de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por “daño desproporcionado” y defectos en el “consentimiento informado”, en los siguientes términos:

«(...) El error que achaca a la sentencia apelada el defensor de la Administración autonómica radica en considerar responsable a la Administración del daño al no aportarse explicación científica a la evolución de la herida quirúrgica, pues entiende que la doctrina del daño desproporcionado no exige que pruebe la causa u origen del daño. La Sala no puede compartir dicha argumentación (...). si el resultado dañoso es anormal o inusualmente grave, en relación con los riesgos que comporta la intervención, como ahora sucede,

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

se presume que la Administración sanitaria no se ha acomodado a los estándares de actuación exigibles o no ha puesto a disposición del paciente los medios y conocimientos de la ciencia y de la técnica atemperados a los tiempos presentes, es decir, ha tenido lugar la infracción de la “lex artis ad hoc”, con lo cual ha de considerarse concurrente el requisito de la antijuridicidad del daño, ya que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarlo (artículos 32.1 y 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). La sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2018 (recurso de casación 347/2017), recoge un resumen de la teoría del daño desproporcionado, y contradice asimismo lo alegado por el Letrado del Sergas (...). Una didáctica síntesis de lo que significa esa doctrina se recoge en la sentencia de 19 de mayo de 2016 (recurso 2822/2014), con precedente en la de 6 de octubre de 2015 (Recurso 3808/2013), en los siguientes términos: “la doctrina del daño desproporcionado o “resultado clamoroso” significa lo siguiente: 1º Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución. 2º El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible –por su desproporción– ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada. 3º Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la lex artis por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor. 4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño. 5º De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causa”.

En el caso presente resulta incuestionable que se ha producido un resultado desproporcionado en el tratamiento de una cirugía “tan simple” (en palabras del cirujano plástico señor Ovidio) como es el destechamiento (apertura longitudinal del tenso y engrosado ligamento bajo el cual el nervio mediano sufre compresión en el interior del túnel del carpo) de un túnel carpiano, pues, tras precisar un número exagerado de intervenciones y presentar un cuadro importante de dolor del miembro superior derecho, ha quedado inutilizada la mano derecha de la paciente para cualquier tipo de actividad, aparte del perjuicio estético, moral, laboral, familiar y de ocio que le ocasiona, además de una patología psiquiátrica asociada. Frente a ello, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación científica razonable (...). No basta con afirmar que el tratamiento fue correcto y que la paciente fue tratada de forma totalmente correcta, pues la presencia de aquel resultado desproporcionado obligaba a la Administración a demostrar la causa u origen del daño producido, en virtud de la inversión de la carga de la prueba que en estos casos tiene lugar (...). En definitiva, tal como informa el perito doctor Ovidio, el origen más lógico del resultado producido es la infección nosocomial de la herida quirúrgica por ruptura de la

cadena de asepsia durante el proceso asistencial, ya que antes de la operación lo único que presentaba la paciente era la compresión del túnel carpiano, diagnosticada por la clínica y por el estudio electromiográfico, y después de la cirugía y tras nueve intervenciones quirúrgicas le quedó una mano en garra inutilizada irreversible, comenzando a supurar la herida pocos días después de la primera operación de destechamiento del túnel carpiano.

En todo caso, en virtud de aquella aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, basta con que la Administración no haya conseguido demostrar la causa de aquel daño y que el origen ha estado fuera del ámbito de actuación de los servicios sanitarios que atendieron a la paciente para que haya de desestimarse este primer recurso de apelación. (...)

Es cierto que en el expediente administrativo figura un documento de consentimiento informado de 31 de enero de 2013, en el que se describe como uno de los riesgos típicos de la cirugía del túnel del carpo la “infección de la herida”, pero ni la constancia en dicho documento de tal riesgo puede servir de patente de corso para eludir la responsabilidad y llevar a cabo todas las medidas de esterilización y asepsia precisas para evitar cualquier contaminación, ni el resultado producido en este caso se ha limitado a la infección de la herida quirúrgica, sino que, tras demostrarse, en análisis realizado con ocasión del ingreso hospitalario producido el 23 de marzo de 2013, que crecían abundantes colonias de Estafilococo Aureus y parvimonas micra, permaneció resistente la infección hasta el punto de motivar ocho intervenciones quirúrgicas más, terminando por provocar que quedase la mano derecha en garra de la paciente, con inutilización de la misma, que es la dominante, además de que la paciente presenta calambres por todo el miembro superior, con anestesia del cuarto y quinto dedos e hipoestesia del primero, segundo y tercer dedos. (...) la firma del consentimiento informado no puede servir de patente de corso para eximir a la Administración de su responsabilidad patrimonial y mucho menos para permitir descuidar el deber de diligencia que incumbe al facultativo y a la propia Administración sanitaria, a los que corresponde desarrollar una correcta praxis médica, añadiendo que mantener lo contrario equivaldría a consagrar en derecho la irresponsabilidad de la Administración sanitaria por daños derivados de cualquier acto médico por la sencilla razón de haber informado genéricamente al paciente».

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

6.2 Reclamación indemnizatoria por los perjuicios derivados de la inclusión de determinadas fincas en la Red Natura

La Sentencia del TSJG de 3 de abril de 2019 (rec. 118/2016, ponente: López González) examina el recurso interpuesto por una entidad mercantil contra una resolución de la Xunta de Galicia desestimatoria de la reclamación de una indemnización de quince millones de euros formulada por los daños y perjuicios derivados de la inclusión de determinadas fincas en la Red Natura 2000, como consecuencia de la aprobación del Decreto 37/2014, de 27 de marzo, por el que se declaran zonas especiales de conservación los lugares de importancia comunitaria de Galicia, y se aprueba el Plan Director de la Red Natura 2000 de Galicia. El tribunal descarta finalmente la concurrencia de responsabilidad, con las siguientes consideraciones:

«(...) las limitaciones al uso de las fincas de la recurrente no derivan del Decreto 37/2014, porque ya se imponían en la normativa anterior, dado que previamente ya tenían una regulación singular, fundamentalmente contenida en el artículo 16.2 de la Ley 9/2001 y 2 del Decreto 72/2004, así como en las Leyes 42/2007 y 7/2012, en las que, si bien se permitía que se pudieran seguir realizando, de modo tradicional, los usos y actividades anteriores que no vulnerasen sus valores naturales, se imponía la exigencia de autorización previa para la realización de actividades, distintas de las anteriores, que pudieran poner en peligro los valores que justifican la protección de dichos espacios.

Aun es más, la Ley gallega 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, somete, en el artículo 32.2.f (“constituido por los terrenos sometidos a algún régimen de protección por aplicación de la Ley 9/2001, de conservación de la naturaleza, o de la legislación reguladora de los espacios naturales, la flora y la fauna”), a los predios que se hallen en suelo rústico de especial protección de espacios naturales a un régimen de protección especial, catalogación que merecen los de la actora incluidos en el Plan Director de la Red Natura 2000 de Galicia, mientras que en el artículo 39 se especifican para dicho suelo los usos permitidos, los autorizables y los prohibidos, de modo que desde su entrada en vigor existían unas limitaciones legalmente previstas que habían de tenerse en cuenta necesariamente.

De lo hasta aquí expuesto se deriva que no concurre la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público (que la actora deriva de la aprobación del Decreto 37/2014) y el daño que se afirma como causado, sin que el informe pericial aportado desacredite tal deducción derivada de la fundamentación jurídica que queda expuesta, pues los aspectos técnicos sobre los que ha de informar el perito no pueden ni deben extenderse a las deducciones jurídicas derivadas del examen de la legislación hasta aquí examinada.

Tampoco se demuestra por la recurrente la concurrencia del requisito de daño efectivo.

En este sentido, los daños reclamados se centran en las pérdidas por afección a la explotación de ganado de monte (calculadas por la diferencia entre la explotación de las fincas con pasto mejorado y con pastizal arbustivo), así como en las relativas a la merma del valor de los terrenos (merma que también se calcula capitalizando las rentas obtenidas con pasto mejorado y con pasto no mejorado).

Sin embargo, no se ha acreditado la realización, con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto, de una efectiva explotación de ganado en los terrenos en los términos que se alegan previstos en el informe pericial que se aporta con la reclamación. Es de destacar que en el informe pericial se parte de datos relativos, no a la concreta explotación ganadera del reclamante, sino a la “carga ganadera de pastizales, mejorados o arbustivos, en zonas medio altas y altas como las de las fincas de la recurrente, y con ganado autóctono de raza rubia gallega o cruzada” y a la “producción de carne para los pastizales (mejorados o arbustivos) en estas zonas”, sin que consten labores de mejora de pasto en ellos, ni siquiera que la demandante tuviera previsión de acometer tales labores con anterioridad a la mencionada entrada en vigor, que se viese posteriormente frustrada. En definitiva, no consta acreditado que los daños reclamados respondan a la efectiva pérdida de usos

con los que la reclamante contaba y que ejercitaba con anterioridad a la aprobación del Decreto, y de los que se vio privado como consecuencia directa de dicha aprobación.

Asimismo, en el informe pericial practicado en sede judicial se parte de hipótesis o expectativas alejadas de daños reales y concretos, que no se pueden dar por acreditados.

Con ello se pone de manifiesto asimismo que no se cumplen los requisitos b), c) y d) del artículo 29.2 de la Ley 9/2001, porque no consta que las limitaciones de usos establecidas afecten a usos o aprovechamientos legal y efectivamente ejercidos en el momento de imposición de la restricción, ni que se produzca una lesión patrimonial efectiva y actual. Y tampoco se cumple el requisito del apartado d), porque las limitaciones establecidas no son singulares, ni se trata de privación de derechos específicamente prevista para la actora, sino que afectan a más propietarios con titularidades que resulten afectadas».

7 Tributos

7.1 Ordenanza municipal reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos

La Sentencia del TSJG de 27 de febrero de 2019 (rec. 15358/2018, ponente: Núñez Fiaño) desestima el recurso interpuesto por Red Eléctrica de España contra la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de A Pobra de Trives reguladora de la “Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de Transporte de Energía Eléctrica, Gas, Agua e Hidrocarburos” (BOP de Ourense de 21/02/2018) y su “Anexo de Tarifas”.

Concluye el tribunal que la tasa no genera un supuesto de “doble imposición” tributaria y que el sistema de gestión/liquidación prevista en la ordenanza es correcto. Sobre la determinación del importe a pagar realiza las siguientes consideraciones:

«(...) 1ª) La Ordenanza fiscal discutida establece la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local por las empresas dedicadas al transporte y suministro de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos. Aquella utilización y ese aprovechamiento del dominio público local responden a las mismas pautas cualquiera que sea el municipio: los terrenos afectados tienen la misma naturaleza y las instalaciones cuyo establecimiento son su causa presentan iguales características (líneas aéreas de alta tensión, canalizaciones de gas, de agua, etc.). Por ello nada de extraño hay en que las ordenanzas de distintos ayuntamientos respondan a las mismas pautas y cuenten con igual justificación técnico-económica, siendo razonable que en el informe que justifica y explica el importe de la tasa y sus tarifas no se contengan más menciones a la concreta corporación local que las que resulten imprescindibles.

2ª) Cualquiera que sea la calificación que a cada cual le merezcan las consideraciones jurídicas y económicas que contiene el informe técnico-económico, lo cierto es que, como la propia RED ELÉCTRICA reconoce, dedica más de diez páginas a explicar los parámetros que sirven para determinar la base imponible de la tasa, dando cuenta de dónde procede

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

cada elemento y el método seguido, por lo que mal puede sostenerse que dicho informe, que acompaña a la Ordenanza discutida, no cumple con el objetivo señalado por el legislador: poner de manifiesto el valor de mercado de la utilidad que se grava con la tasa y justificar las tarifas que se aplican. Más adelante, el fundamento de esta afirmación se hará patente cuando, al resolver el primer motivo de casación, expongamos el contenido de la Ordenanza y de su informe técnico-económico.

3ª) No responde a la realidad la afirmación de que la Ordenanza fiscal recurrida y su informe técnico-económico persiguen gravar únicamente la ocupación que del dominio público local hace RED ELÉCTRICA con las instalaciones de su titularidad. Es una afirmación voluntarista que se diluye cuando se constatan los dos siguientes hechos: (i) la tasa se refiere no sólo a la utilización de dicho dominio público por la instalación de líneas aéreas de alta tensión, sino también por canalizaciones de gas y de agua, así como por otro tipo de instalaciones (léanse su título, el anexo y el contenido del informe técnico-económico), realidad que no se desdice por la circunstancia de que la justificación económica y técnica que aparece en dicho documento se detenga más en las instalaciones de transporte de energía eléctrica; y (ii) éste es el tercer recurso que resuelve esta Sala en relación con la Ordenanza del Ayuntamiento de Arteixo, en los otros dos las recurrentes, y por lo tanto sujetos pasivos, eran sociedades distintas e independientes de la ahora demandante, una dedicada al transporte y la distribución de gas y la otra al de energía eléctrica.

4ª) El hecho, sin más, de que el informe técnico-económico se sustente en un “informe tipo” realizado para la Federación Española de Municipios y Provincias por el gabinete que la asesora no niega su capacidad para justificar y sustentar la decisión impositiva que la Ordenanza incorpora. Ha sido elaborado por un asesor “jurídico” y otro “técnico”, contando con los elementos precisos de una y otra naturaleza. Una vez incorporados a la decisión municipal conforman la voluntad del consistorio, siendo válido el susodicho informe si explícita, justifica y motiva los elementos técnicos y jurídicos que cimientan la tasa y su cuantía.

B) La Ordenanza es la norma jurídica que contiene los elementos configuradores del tributo: el hecho imponible, la determinación de la base, la fijación del tipo de gravamen, así como los demás elementos determinantes de la cuantía de la deuda tributaria [véase en este sentido el artículo 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre (RCL 2003, 2945), General Tributaria (BOE de 18 de diciembre)]. Entre ellos no se cuenta el número de metros lineales de tendidos de red eléctrica que discurren por el dominio público municipal. Este no es un concepto normativo, no es un elemento configurador del tributo, sino un dato que ha de constar en la liquidación tributaria para determinar la deuda de cada sujeto pasivo. La reserva de ley (en sentido amplio, comprensiva cuando se trata de tributos locales de las ordenanzas fiscales) no exige expresar numéricamente en la norma las instalaciones cuyo establecimiento determina el uso o el aprovechamiento que constituye el hecho imponible, sino concretar ese hecho imponible, los elementos que han de servir para cuantificar la base y la cuota mediante cuya aplicación quedará determinada la deuda tributaria de cada sujeto pasivo, atendiendo, al tiempo de la liquidación (entonces sí), a la cantidad o intensidad de la utilización o el aprovechamiento, determinado por el número de metros

lineales de suelo de dominio público afectado. En definitiva, los dos argumentos de la demanda a los que la Sala de instancia no dio respuesta deben ser desestimados.

En aplicación de esta doctrina jurisprudencial cuya aplicación no pueden excepcionar los votos particulares que se citan en la demanda, procede declarar la conformidad a Derecho del artículo 4 de la Ordenanza Fiscal que nos incumbe, reseñando para concluir este bloque de motivos impugnatorios que en el informe técnico económico tras citar la normativa catastral y Órdenes de referencia se concreta en la página 20 la fórmula del valor del suelo rústico ocupado con construcción con cita expresa de la OM EHA/3188/2006 y OM EHA/2816/2008, además de las fuentes (entre las que obviamente se encuentran los datos que puede obtener a través del Concello o de la Gerencia de Catastro, derivados de la ponencia de valores). (...). Dada la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada, que resulta del parecer mayoritario de los magistrados de la Sala, no se advierte la necesidad de suscitar la cuestión de inconstitucionalidad del art. 24.1.a) del TR de la Ley reguladora de las Haciendas Locales o prejudicial de Derecho comunitario del inciso final del apartado 7 del artículo 15, en relación con la letra a) del apartado 6 del artículo 37 y concordantes, ambos de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, pues debemos resolver la controversia conforme a aquella doctrina jurisprudencial que defiende la legalidad de Ordenanzas similares a la presente. A mayor abundamiento cabe destacar que el artículo 7 inciso final de la Directiva citada, simplemente señala que la condición aplicable por los gestores de red de transporte de estos servicios deberá fijarse según una metodología compatible con el artículo 37 apartado 6 de forma no discriminatoria y que refleje los costes y serán publicadas, lo que sucede con estas tasas fijadas legalmente; y el artículo 37.6.a) de la citada Directiva, que las autoridades reguladoras se encargarán de fijar o aprobar, con la suficiente antelación de su entrada en vigor, como mínimo, las metodologías utilizadas para calcular o establecer las condiciones para la conexión y acceso a las redes nacionales, incluyendo las tarifas de transporte y distribución y sus metodologías que permitirán realizar las inversiones necesarias en las redes de forma que quede garantizada la viabilidad de la red, extremo al que también creemos que se da satisfacción a través de la aprobación, merced a lo dispuesto en la Ley de Haciendas Locales, que prevé la posibilidad de establecer esta tasa».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

7.2 Nulidad del Real decreto 529/2017, de modificación del Reglamento del impuesto sobre el valor añadido, por omisión del informe preceptivo del Consejo de Estado

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 5 de julio de 2019 (RC 535/2017, ponente: Merino Jara), estima el recurso interpuesto por el Colegio de Economistas de Pontevedra contra el Real decreto 529/2017, de 26 de mayo, que modificó el Reglamento del impuesto sobre el valor añadido (RD 1624/1992, de 29 de diciembre), introduciendo dos nuevas disposiciones transitorias: la cuarta (“baja extraordinaria en el registro de devolución mensual y renuncia extraordinaria a la aplicación del régimen especial del grupo de entidades durante el año 2017”) y la quinta (“opción por llevar los libros registros a través de la Sede

electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por los sujetos pasivos acogidos al régimen simplificado para el año 2017”). Dicha modificación completaba otra anterior del mismo reglamento, aprobada por el Real decreto 596/2016, de 2 de diciembre, para la modernización, mejora e impulso del uso de medios electrónicos en la gestión del impuesto sobre el valor añadido, a fin de establecer un nuevo sistema de llevanza de los libros de registro del Impuesto a través de la Sede Electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

El alto tribunal declara la nulidad de esta modificación reglamentaria por haberse omitido en su tramitación el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado. Se afirma lo siguiente en la sentencia:

«(...) Nos hallamos ante un “reglamento ejecutivo”, entendiendo por tales “los que la doctrina tradicional denominaba “reglamentos de ley” y se caracterizan, en primer lugar, por dictarse como ejecución o consecuencia de una norma de rango legal que, sin abandonar el terreno a una norma inferior, mediante la técnica deslegalizadora, los acota al sentar los criterios, principios o elementos esenciales de la regulación pormenorizada que posteriormente ha de establecer el Reglamento en colaboración con la Ley y, en segundo lugar, en que el Reglamento que se expida en ejecución de una norma legal innove, en su desarrollo, el ordenamiento jurídico” (Cfr. por todas, SSTS de 19 de marzo de 2007, recurso de casación 1738/2002 y 25 de junio de 2009, recurso de casación 992/2007). Nos hallamos, pues, ante un reglamento ejecutivo, como también lo es el Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre. Sin embargo, uno ha sido dictaminado y el otro no. Siendo, sin duda un reglamento ejecutivo el que nos ocupa, como tal debe ser dictaminado por el Consejo de Estado, aunque sea una modificación de otro anterior que sí ha sido informado, en tanto en cuanto este también innova el ordenamiento jurídico al introducir dos disposiciones transitorias totalmente necesarias para poner en práctica, en los términos pretendidos, el nuevo sistema de llevanza de los libros registro de IVA el 1 de julio de 2017.

(...) consideramos que las modificaciones sí resultan trascendentes y revisten carácter esencial. Se señala en la contestación a la demanda que ambas modificaciones dan respuesta a la demanda de buena parte del colectivo afectado por la obligación de llevar los libros registro del Impuesto sobre el Valor Añadido a través de la Sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. No negamos que sea así, pero ello, confirma que ninguna de las dos previsiones encuentra acomodo en el Real Decreto 596/2016, que fue el único sometido al Dictamen del Consejo de Estado, encontrándonos, por consiguiente, ante una modificación relevante. (...)

Por consiguiente, la ausencia del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de una disposición general debe reputarse un vicio sustancial que determina la nulidad de pleno derecho de la disposición general que lo padezca, tal y como ha reiterado nuestra jurisprudencia (SSTS de 17 de julio de 2009, Rec. 1031/2007, de 24 de noviembre de 2009, Rec. 11/2006, y de 1 de junio de 2010, Rec. 3701/2008, entre otras)”. La nulidad del Real Decreto 529/2017, de 26 de mayo, se origina en la inobservancia de lo dispuesto en el 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, en el procedimiento de su elaboración (...).».

8 Universidades

8.1 Control jurisdiccional de la evaluación negativa de períodos de investigación por la ANECA

El TSJG, en su Sentencia de 20 de febrero de 2019 (rec. 87/2018, ponente: Seoane Pesqueira), desestima el recurso promovido por un profesor de la Universidad de Vigo contra una resolución de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) que evaluó negativamente el tramo de investigación solicitado. Afirma el tribunal gallego en esta sentencia que:

«(...) en congruencia con la moderna doctrina jurisprudencial sobre el control de la discrecionalidad técnica, se ha dictado en esta materia por la Sección 4ª de la propia Sala 3ª del Tribunal Supremo la sentencia de 3 de julio de 2015 (recurso de casación 2941/2013), en la que se matiza la aplicación de aquella STS de 5/7/1996, en el sentido de que la misma no excluye el deber de expresar las razones por las que se establece una determinada puntuación, de modo que no podrá entenderse motivada la decisión cuando el “informe técnico” únicamente contiene una cifra numérica, sin añadir ninguna explicación relevante, que haga comprensible el contenido del acto posterior (el de la CNEAI). En la propia STS se argumenta que “Es cierto que el juicio técnico del Comité “se expresará en términos numéricos de cero a 10”, según dispone el artículo 8.2 de la Orden de 1994, pero ello no significa que se haya creado una suerte de actos exentos o ajenos a la exigencia de la motivación de los actos administrativos. El juicio técnico efectivamente se resume o termina en una calificación, pero ese resultado final ha de ir precedido de la correspondiente motivación, explicando las razones por las que la Comisión, o por remisión el Comité, ha cifrado su calificación en una determinada puntuación”. Seguidamente, dicha STS de 3/7/2015 especifica en qué consiste el control judicial en este caso de discrecionalidad técnica: “el control judicial de este tipo de actos se encuentra acotado, es limitado, y no puede alcanzar la plenitud de nuestro control jurisdiccional sobre los actos administrativos ajenos a la discrecionalidad técnica. La evaluación de la actividad investigadora, en tanto, al ser una decisión fruto de la discrecionalidad técnica, pues el Comité, que proporciona la motivación, valora los méritos según los criterios científicos o técnicos, al concurrir en los miembros del órgano la capacitación y especialización exigida por la norma para estos casos, no puede ser corregida respecto de ese juicio técnico. Que el acto de evaluación deba ser motivado no significa, insistimos, que, luego, los órganos judiciales puedan revisar la valoración técnica que contiene el acto administrativo. Dicho de otro modo, la motivación del acto no nos permite examinar la entraña de la decisión técnica, producto de la indicada discrecionalidad técnica, y sustituir ese juicio técnico por el que expresa el recurrente o el del propio tribunal. Lo que nos permite la motivación, en definitiva, es controlar que efectivamente se han puesto de manifiesto, de forma comprensible, las razones de la puntuación expresada, y además, que esa decisión no es arbitraria, no incurre en desviación de poder, no se opone a los principios generales del derecho, o incurre en defectos de índole formal”. En su fundamento de derecho octavo la citada STS de 3/7/2015 continúa razonando: “Acorde con lo expuesto, la discrecionalidad técnica no permite al órgano jurisdiccional, por tanto, revisar la calidad y aptitud de

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

los trabajos o aportaciones del recurrente. Los órganos jurisdiccionales no pueden corregir o alterar la apreciación realizada por la Comisión Nacional Evaluadora en lo relativo a su estimación técnico-científica. Y no pueden hacerlo, aunque se trate de áreas de conocimiento en las que los tribunales tengan la preparación técnica o científica exigida, en este caso en el ámbito del Derecho, porque el control de los órganos jurisdiccionales es de carácter jurídico respecto del acomodo de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, y no técnico-científico. Decimos esto porque en el suplico del escrito de interposición, se solicita, como pretensión principal, que “se reconozca la suficiencia de méritos del solicitante para una valoración positiva del tramo de investigación solicitado”. Y en modo alguno esta Sala va a realizar una valoración de los méritos del recurrente, para enmendar la puntuación realizada por el Comité Asesor. Será la Comisión Nacional, autora del acto administrativo, quién habrá de motivar por sí misma, o por remisión al correspondiente informe del Comité Técnico, las razones de la puntuación que establece, según el tipo de motivación que prevé el artículo 8.3 de la citada Orden de 1994. Para ello se retrotraerán las actuaciones, que es la pretensión que se solicita en segundo lugar, a la vía administrativa, concretamente al momento anterior al informe del Comité Asesor, para la emisión de un informe motivado”.

La lectura reposada de la demanda pone de manifiesto que el demandante pretende, en primer lugar, que este Tribunal reevalúe cada una de las aportaciones presentadas hasta el punto de que se reconozca la evaluación positiva del tramo de investigación solicitado, penetrando en la evaluación técnica efectuada por el comité asesor, porque, como se deduce de las alegaciones del recurrente que, en síntesis, han sido resumidas en el anterior fundamento jurídico, aborda todos y cada uno de los aspectos que han de ser valorados para alcanzar la calificación final. Es decir, el actor está penetrando en el enjuiciamiento técnico de la Administración, pues expresamente alude a que no le parece correcto el criterio técnico empleado, lo cual excede el control que la moderna jurisprudencia ha admitido en esta materia.

De todo lo anteriormente argumentado se desprende que no cabe acoger la petición principal contenida en el suplico de la demanda, porque ello entrañaría revisar la calidad y aptitud de los trabajos o aportaciones del recurrente, y, por consiguiente, abrir la posibilidad de corregir o alterar la apreciación realizada por el comité asesor y por la CNEAI y ANECA en lo relativo a su estimación técnico-científica, extralimitando el control jurídico que a este Tribunal corresponde.

Si, con arreglo a dicha moderna jurisprudencia, el control de los órganos jurisdiccionales es de carácter jurídico respecto del acomodo de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, y no técnico-científico, no es posible la sustitución de la valoración técnica verificada por el órgano administrativo. Además, tal reemplazo evaluativo no es fiscalización, sino que va más allá, incidiendo en la prohibición contenida en el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en cuanto proscribía que los órganos jurisdiccionales determinen el contenido discrecional de los actos anulados. (...)

Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que el examen ha de centrarse en el análisis de si puede considerarse que la resolución administrativa impugnada, a la que se ha incorporado el informe del comité asesor emitido antes de la decisión sobre el recurso de

alzada, está correcta y suficientemente motivada. En congruencia con tal exigencia de motivación, esta Sala y Sección ha incidido en la necesidad de que por la Administración se ofrezca la debida respuesta a los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada interpuesto contra la decisión inicial de la CNEAI, adecuándose estos argumentos a los criterios específicos de la correspondiente resolución de la CNEAI, pues la propia jurisprudencia ha exigido esa respuesta explícita para cumplir adecuadamente el requisito de la motivación (artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), a fin de que quien postula el reconocimiento del sexenio pueda conocer las razones por las que se puntúan negativamente determinadas aportaciones.

Es decir, el hecho de que sea bastante que el comité asesor correspondiente exprese su juicio técnico en términos numéricos de cero a diez, siendo preciso un mínimo de seis puntos para obtener una evaluación positiva, tal como impone el artículo 8.2 de la Orden de 2 de diciembre de 1994, no excusa de exponer los motivos por los que se otorga una determinada puntuación inferior a 6 puntos (o incluso superior) si se plantea un recurso de alzada frente al acuerdo inicial de la CNEAI, que se apoya en el informe del comité asesor, en cuyo recurso se esgriman argumentos concretos por los que una determinada aportación pudiera ser evaluada positivamente, sobre todo si esos argumentos están basados en los criterios específicos que se han hecho públicos a través de la resolución de la propia CNEAI. Entenderlo de otro modo sería tanto como reconocer una zona inmune de poder, y propiciar que la discrecionalidad, por muy técnica que sea, pueda incidir en la arbitrariedad derivada de la falta de explicación de lo realizado, lo cual se compadece mal con las exigencias de un Estado de Derecho y con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Nada impide que aquellos criterios específicos sean interpretados por el comité asesor y por la CNEAI de una manera distinta a la expuesta por el actor en su solicitud, pero es preciso que se exteriorice ese diferente modo de entendimiento para que, a la vez que se aporta aquella contestación a los argumentos del recurrente, pueda llevarse a cabo la fiscalización judicial a que obliga el recurso contencioso-administrativo planteado. (...)

Las afirmaciones del actor se quedan en alegaciones sin respaldo probatorio, mientras que las razones ofrecidas por el comité asesor integran una motivación adecuada, en cuanto íntegramente conectada con los criterios genéricos y específicos que han de servir de pauta para enjuiciar la conveniencia de aquélla. (...) la Administración expone razonadamente los motivos de la puntuación otorgada a cada una de las aportaciones presentadas, y además se centra en los criterios generales de la Orden de 2 de diciembre de 1994 y específicos recogidos en la resolución de 26/11/2015, con lo que, aparte de cumplir el deber exigido en el artículo 35 de la Ley 39/2015 y dar a conocer la fundamentación de la decisión adoptada, otorga la posibilidad al recurrente de rebatir dichas argumentaciones.

Es decir, en el caso presente resulta incuestionable que existe motivación, y esta es suficiente y adecuada, porque se adecúa a los criterios genéricos y específicos que constituyen las pautas a que debe ajustarse la valoración. Cosa diferente es que la actora muestre su disconformidad con la aplicación de aquellos criterios en el caso de las distintas aportaciones. Por todo cuando queda expuesto, procede la desestimación del recurso interpuesto».

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Regap

Recensiones

3

Estudios sobre la nueva cultura y valores del empleo público



MIGUEL ANXO BASTOS BOUBETA
Profesor de Ciencia Política y Sociología
Universidad de Santiago de Compostela
miguelanxo.bastos@usc.es

Recibido: 21/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.14>

Regap



RECENSIONES

CANALES ALIENDE, J. M., y ROMERO TARÍN, A. (eds.): *Estudios sobre la nueva cultura y valores del empleo público*, Bosch Editor – Universitat D'Alacant, Barcelona, 2018, 180 pp. ISBN: 978-84-16724-88-8.

La forma de organizar el empleo público ha sido, desde la aparición de las administraciones públicas modernas, una de las principales fuentes de debate, tanto entre los académicos como en los ejecutivos encargados de su diseño. Las administraciones previas a la aparición del estado moderno, que se caracteriza precisamente por la ordenación burocrática de sus servidores, no constituían ningún problema. Funcionarios y escribas formaban parte del patrimonio personal del rey o emperador, y este los contrataba y despedía a voluntad y fijaba su remuneración y condiciones laborales. El moderno Estado administrativo, en cambio, pasa a depender para su funcionamiento de los servicios prestados por funcionarios más o menos permanentes que no dependen directamente del gobernante, sino del Estado, y su trabajo pasa a estar regido por leyes y reglamentos. Es en este modelo donde comienzan a desarrollarse los actuales modelos de empleo público y es por tanto en este marco donde se van a desarrollar los debates sobre cómo debería estar este organizado y que han dado lugar a una muy fértil literatura en la cual podemos encuadrar este libro.

Antes de proceder a su comentario, siempre es conveniente recordar que el modelo latino de empleo público no es el único posible y que existen múltiples fórmulas jurídicas de las cuales se puede tomar ejemplo y usar como referencia, por lo menos a efectos de discutir posibles mejoras. Nuestros modelos de empleo público han evolucionado relativamente poco en el último siglo y su evolución ha sido siempre dentro del propio modelo, siendo muy refractarios no solo a innovar, sino ni siquiera a discutir su mera posibilidad. El debate en este ámbito ha sido, en comparación con otras realidades, de muy escaso alcance, por lo que cualquier libro que permita discutir la cultura, los valores o la organización del empleo público tiene que ser necesariamente bien recibido en nuestra academia.

El libro consiste en varios ensayos que estudian los cambios que ha experimentado la función pública en los últimos años, centrándose muy especialmente en las realidades española y argentina, que, a pesar de prestar servicio a entes políticos muy diferentes, comparten valores muy semejantes y principios de derecho administrativo provenientes de tradiciones jurídicas homologables.

El primer ensayo del libro, escrito por los profesores Araya Moreno y Rodríguez Alba, analiza el cambio de los valores de la función pública, centrándose en el caso de la Administración pública chilena. Los modelos clásicos de valores de la burocracia weberiana, imparcialidad, eficacia o servicio del interés general se verían, según estos, no desafiados, sino modificados en su contenido por la aparición de nuevos valores derivados unos de la nueva gestión pública y otros de nuevos valores identitarios y humanistas. En el primer caso se podría observar cómo valores derivados de la racionalidad económica, como la eficiencia o el ahorro, van ganando peso relativo en el repertorio de valores que se le pueden exigir al servidor público. Por otro lado, los nuevos movimientos sociales, como el feminismo o el ecologismo, también hacen sentir su peso en el ideario del sector público, y valores como la responsabilidad ambiental o la sensibilidad a las demandas de colectivos minorizados o marginados pasan a tener valores cada vez más exigidos en el ámbito de la función pública. El problema que se puede plantear aquí es la posible compatibilidad de ambas derivas, pues si bien en la teoría pueden ser idealmente conciliadas, en la práctica son en muchas ocasiones de difícil implantación conjunta. Lo más probable de seguir con estas dinámicas es que estas acaben por imponerse, pero en ramas distintas de la Administración pública, en vez de instaurarse ambas en su conjunto. Así, habrá ministerios u organizaciones digamos que más economicistas y orientados hacia valores de racionalidad económica pura y otros más orientados a los nuevos valores humanísticos e identitarios, más inclusivos y sensibles a estos nuevos valores emergentes. El texto, además de realizar un muy detallado análisis de los cambios de valores en varias de las principales instituciones chilenas, abre también el debate, que creo que merecería ser más detallado, sobre cuáles deberían ser los valores que primasen en las administraciones públicas del futuro, al menos en las de nuestro entorno cultural. Y sobre todo cómo hacer compatibles estos valores entre sí, tarea que a mi entender es la principal, puesto que al final los valores de las administraciones no dejan de

ser los valores de aquellos que trabajan en ellas, y estos, como puede suponerse, son también cada vez más plurales y diversos.

El segundo texto es el redactado por los compiladores del libro, los profesores Canales Aliende y Romero Tarín, de la Universidad de Alicante en España. Se refiere a la incidencia que han tenido los cambios de valores en la función pública a la hora de seleccionar y reclutar a los nuevos directivos públicos. Los autores parten de la base de que la selección de estos debe ser acorde a principios de mérito, valor este propio de los sistemas administrativos contemporáneos de nuestro entorno, frente a los sistemas de lealtad política propios de otros tiempos y lugares. La discusión que abren los autores es muy rica, pues, sin desmentir la necesidad de un sistema de méritos, lo que debería ser establecido es cuál o cuáles son los criterios determinantes del mérito. Dicho de otra forma, si los valores cambian, los criterios de mérito también deberían hacerlo, por lo que se podría deducir que no existe un criterio objetivo de mérito, dado que estos cambian según los valores imperantes en cada momento y las necesidades específicas de la Administración en cada momento. Los autores describen una serie de rasgos característicos de las administraciones contemporáneas, como son su adaptación a los medios digitales, su funcionamiento colaborativo y en red y la nueva escala de actuación de las organizaciones públicas, enfrentadas estas a problemas nuevos, muchos de ellos planteados a escala global o cuando menos supraestatal. Estos problemas reflejan un cambio en los valores y prioridades de la sociedad, y se hace, por tanto, imprescindible una adaptación de los servidores públicos, y muy especialmente de sus directivos, a esta nueva realidad.

¿Cuáles serían estos valores y capacidades necesarios? Los autores dedican buena parte del texto a enumerarlos y describirlos. El primero de ellos es la necesidad de reclutar funcionarios con capacidad de gestión y de toma de decisiones de forma autónoma frente al viejo funcionario jurista-administrador. En la línea de lo expresado en el capítulo anterior, se hace hincapié en la necesidad de que estos tengan en cuenta valores económicos como productividad, ahorro o eficiencia a la hora de desempeñar su trabajo, y que incorporen, además del viejo principio de legalidad, una orientación hacia el correcto manejo de los fondos públicos, y mucho más tras haber atravesado años de crisis y recortes, que deberían haberles hecho reflexionar sobre la necesidad de optimizar los recursos a su disposición.

Además de discutir en profundidad los valores de transparencia, buen gobierno y democracia en la Administración, tan interesantes como, por desgracia, difíciles de cumplir (recomiendo al respecto el libro de Christopher Hood *El juego de la culpa*, en el que se explica precisamente cómo las administraciones públicas modernas están diseñadas para no ser transparentes y para eludir culpas), los autores discuten un tema de enorme interés, que es el de establecer los valores que pueden ser relevantes en la selección de los trabajadores públicos, que por sí solo justificaría el libro y que esperamos que los autores continúen desarrollándolo en ulteriores trabajos por la siguiente razón: si bien los autores establecen una detallada y bien fundamentada lista de valores pertinentes para la nueva gestión pública, acaban concluyendo que estos deben estar condicionados por el principio de capacidad y que no deben estar

regap



RECENSIONES

supeditados a ningún tipo de clientelismo. A riesgo de hacer afirmaciones impopulares me gustaría matizar algo estos aspectos. En primer lugar, no se define con claridad en qué consiste el principio de capacidad. En la Administración española suele ser asociada con la capacidad de aprobar duros exámenes de oposición o con disponer de títulos académicos habilitantes, pero no con la experiencia o la capacidad de gestión probada. En la Administración española un empresario con capacidad de gestión probada en la dirección de empresas con miles de trabajadores, pero carente de títulos académicos formales, no podría ni hacerse cargo de un servicio o un negociado de poca monta. La Administración pública lo que pretende con este modelo es establecer un criterio de capacidad objetivable a través de algún examen o prueba formal que evite la arbitrariedad en la contratación, pero al precio de primar capacidades que no son necesariamente las más adecuadas para conseguir el tipo de función pública que se pretende establecer. El opositor, con todas sus virtudes, no aparenta ser a primera vista el tipo de funcionario innovador y emprendedor que se describe en los manuales de la buena gobernanza.

Choca también este modelo con el de evitar el clientelismo. Primero porque este, por duro que parezca, es de una forma u otra inevitable en cualquier Administración pública, salvo que queramos privar al político electo de cualquier capacidad de control sobre las organizaciones que dirige. Debemos recordar que las administraciones públicas forman parte del sistema político y que es normal e inevitable reservar ciertos puestos, en especial los directivos, a funcionarios de confianza del gobierno, pues, si no, se podría resentir la debida coordinación entre gobierno y Administración pública. En segundo lugar, porque buscar administradores capaces y con experiencia en gestión requiere de una capacidad de discreción a la hora de seleccionarlos mucho mayor que en el caso de selección vía oposición, y esta discreción muy probablemente sea usada para seleccionar profesionales, capaces sí, pero de confianza. En ninguna parte está escrito que seleccionar entre las clientelas de partido esté reñido al cien por cien con buscar funcionarios capaces, de la misma forma que los sistemas de concursos y exámenes tampoco garantizan siempre la selección de los más capaces.

Muchos de estos argumentos se refuerzan en la tercera parte del libro, redactada por Jaime Rodríguez Alba y Laura Judith Lesma, quienes analizan un caso argentino, el caso de la profesionalización de la función pública en la municipalidad de Córdoba. En esta localidad se ha implementado un ambicioso plan de profesionalización de la función pública inspirado en buena parte de los valores profesionales discutidos en el libro. Los autores inciden mucho en la cuestión del mérito profesional, lo que de nuevo nos abre la cuestión de enumerar cuáles deben ser los méritos de un funcionario y cómo estos deben ser valorados. Por ejemplo, podría discutirse si la capacidad de liderazgo es o no un mérito (lo digo porque muchas administraciones casi prefieren que no se den fenómenos de líderes entre sus funcionarios, pues pueden suplantar al político y dificultar la gestión), pero, una vez establecido que sí lo es, nos encontramos con la dificultad de valorar de forma objetiva esta característica, debiendo recurrir de una forma u otra a algún tipo de discrecionalidad por parte del selector.

Lo mismo acontece con buena parte de los méritos que en el texto se exponen. Primero hay que discutir de qué forma son o no méritos (puede variar con el tipo de unidad administrativa) y después establecer la forma correcta de medirlos. El plan implantado en Córdoba de momento presenta un buen aspecto. Solo hay que esperar que vicisitudes políticas, como un cambio en el gobierno local, o económicas, como una crisis, no lo desbaraten. Porque esto es otra, los mejores planes pueden verse frustrados por factores externos; de hecho, lo son con frecuencia, y de ahí la pervivencia por tradición de las viejas estructuras burocráticas, ineficientes si se quiere, pero muy resilientes al cambio.

El libro, en conclusión, es una muy buena combinación de teoría administrativa y estudios de caso. Pero creo que su principal virtualidad es la de abrir muy ricos e interesantes debates desde una perspectiva más politológica que jurídica, sobre el complejo mundo de la función pública, que rara vez despierta el interés de los especialistas, a quienes parece que les gusta más centrarse en temas más elevados como el diseño de reformas administrativas o en los modelos de gestión, relegando a un segundo plano los temas más comunes en el día a día de la gestión. Bienvenido sea, pues, este trabajo.

Regap



RECENSIONES

Resolución judicial y extrajudicial de conflictos en el proceso de modernización de la Administración de Justicia



ALMUDENA VALIÑO CES
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela
almudena.valino@usc.es

Recibido: 21/06/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.12>

Regap



RECENSIONES

MÍGUEZ MACHO, L., y GONZÁLEZ MORENO, B. (coords.): *Resolución judicial y extrajudicial de conflictos en el proceso de modernización de la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 358 pp. ISBN: 978-84-9143-677-5.

Esta obra colectiva, coordinada por los profesores Míguez Macho y González Moreno, es el resultado de dos seminarios organizados por la Asociación Interdisciplinar de Derecho Público, pues constituyen foros para el debate científico acerca de cuestiones relevantes para el derecho público por parte de investigadores y profesionales pertenecientes a diferentes áreas de conocimiento. En ella se analiza, a lo largo de sus dos partes, un conjunto de reflexiones de profesores universitarios y magistrados sobre la resolución judicial y extrajudicial de conflictos en el marco del proceso de modernización de la administración de justicia. En concreto, en la primera de ellas se estudia la resolución judicial y extrajudicial de conflictos y en la segunda se aborda la situación pasada y presente de la administración de justicia hacia una modernización necesaria.

Desde un tratamiento más profundo, y antes de mencionar algunas de las ideas que su lectura aporta, vaya por delante que no es objetivo de esta recensión referirnos a las numerosas cuestiones que destacan a lo largo de la obra, y ello porque nuestro comentario, seguro que incompleto, no haría justicia al contenido de este libro. Con

todo, sí nos gustaría poner de relieve algunos de los aspectos que, por diversas razones, estimamos importantes

En la primera parte –Resolución judicial y extrajudicial de conflictos– se incluyen cuatro estudios. El primero de ellos se titula “La tutela de los derechos y libertades por los defensores del pueblo: del límite que representa la función jurisdiccional a la ampliación de las funciones mediadoras de los defensores”, cuya autora es la profesora González Moreno. Este trabajo se enmarca en el contexto más general del cambio de paradigma en la evolución del proceso contencioso-administrativo como mecanismo clásico de control de la Administración. Este cambio se determina por dos planos que perfilan una intensa transformación de las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, caracterizado por la creciente demanda de participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones públicas: por un lado, por las exigencias de transparencia en la actividad de los responsables públicos, especialmente de las administraciones, las instituciones y las entidades de derecho público, y, por otro lado, por una visión más depurada acerca de las garantías de los derechos de los ciudadanos que deriva del deber de buena administración.

Los dos vectores referidos al cambio de paradigma, a juicio de la autora, han beneficiado el impulso de la mediación administrativa como un medio para resolver controversias. Por tal motivo, se analiza esta institución a fin de plasmar sus virtualidades. Se distingue no solo la mediación en vía administrativa, sino también la que se lleva a cabo de forma intraprocesal en virtud del artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A este respecto, cabe destacar la mayor presencia que viene adquiriendo la mediación en el derecho administrativo, lo que suscita un creciente interés por los operadores jurídicos, tanto en el marco del derecho material pacífico como en el del derecho procesal litigioso. Y ello porque la mediación puede desarrollar un papel muy relevante en el marco de la concertación y el acuerdo, con el fin de modernizar las estructuras administrativas, reduciendo así el nivel de conflictividad.

Por último, se abordan las funciones mediadoras que asumen los defensores del pueblo en el marco de la tutela de los derechos y libertades que tienen encomendada. Y, en este sentido, la experiencia de la autora como coordinadora general del Valedor do Pobo, sin duda, añade a la sólida fundamentación dogmática del estudio un profundo conocimiento especializado en el funcionamiento de este tipo de instituciones.

El segundo trabajo del libro, titulado “Arbitraje y conciliación en los Tribunales europeos”, es elaborado por el magistrado José Luis Gil Ibáñez. El autor proyecta su experiencia profesional en un estudio sobre la relación entre los tribunales de la Unión Europea y los medios alternativos de resolución de conflictos. Su fundamento reside en que, una vez agotada la vía pacífica para la solución de las controversias, se puede acudir a la vía judicial o a otras formas alternativas, como el arbitraje, además de contar con la conciliación y la mediación.

Para ello, en primer lugar, aborda el tratamiento que el arbitraje recibe en la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, toda vez que los laudos de los árbitros pueden sujetarse a su control. Y, en segundo lugar, analiza la conciliación judicial en

los procesos tramitados ante esta jurisdicción y lo hace distinguiendo la conciliación judicial y la extrajudicial, por un lado, y reflexionando acerca de las funciones de conciliación que pueden desarrollar los propios tribunales europeos, por otro. A este respecto, cabe distinguir entre los tres tribunales de la Unión –Tribunal de Justicia, Tribunal de Primera Instancia y Tribunal de la Función Pública–, puesto que las posibilidades que presenta en ellos la conciliación judicial son diferentes, debido a la naturaleza también diversa de los procesos que se ventilan ante cada uno.

Al hilo de este trabajo, y como complemento del anterior, Alejandro González-Varas Ibáñez analiza, en “La resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito del Consejo de Europa”, la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos en el marco de la otra jurisdicción europea, esto es, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La base de este estudio reside en que este Tribunal ha experimentado en los últimos tiempos un notable incremento de los asuntos que se le someten, con la consiguiente necesidad de fomentar los medios alternativos al proceso dirigida a reconducir la situación.

Por ello, el autor, partiendo de las últimas reformas experimentadas por la regulación del tribunal, examina la utilización de los acuerdos amistosos, como forma de resolver extrajudicialmente el proceso, y los compromisos unilaterales asumidos por los Estados, así como las funciones que asume en este ámbito el Comisionado Europeo de Derechos Humanos, como institución de carácter no jurisdiccional, independiente e imparcial, cuya función consiste en el desarrollo de la educación y el respeto de los derechos humanos.

La primera parte del libro se cierra con un trabajo del profesor Mantecón acerca de “Los medios alternativos al proceso en el ordenamiento canónico”. En efecto, pretende analizar someramente los medios alternativos al proceso como forma de solventar las controversias intersubjetivas que surgen en el ordenamiento canónico.

El punto de partida en estos casos es diferente. Si bien los tribunales canónicos no están en absoluto colapsados, lo cierto es que la propia naturaleza del derecho canónico hace que el recurso a los medios alternativos al proceso se convierta en un imperativo moral. Es decir, en este caso el recurso a tales medios no solo responde a razones de eficacia jurídica, sino también a exigencias pastorales relacionadas con la *salus animarum* y a la ley superior de la caridad.

Por todo esto, el profesor Mantecón analiza, por un lado, la posibilidad de que el juez induzca a las partes a buscar su reconciliación, para que, de mutuo acuerdo, solucionen el conflicto y desaparezca así la necesidad de recurrir a un proceso judicial, y, por otro, en la medida en que esta opción no sea factible, la posibilidad de acudir a la transacción o al arbitraje.

En otro orden de cosas, el profesor Canosa Usera comienza la segunda parte del libro con un estudio –“Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Problemas y soluciones”– sobre una de las cuestiones trascendentales del sistema jurisdiccional español, “*hoy dificultosamente apaciguada*”, tal y como señalan los coordinadores, como son las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

regap



RECENSIONES

Resulta indiscutible que el Tribunal Constitucional tiene un gran poder y, además, sus decisiones no pueden ser revisadas por ningún otro tribunal ni nacional ni extranjero. No resulta extraño, entonces, que deba administrar su esencial cometido para el mantenimiento del Estado constitucional con especial cuidado y prudencia. Esta prudencia debe canalizarse a través de una cuidada y detallada fundamentación que permita comprender sus decisiones.

A este respecto, el autor enmarca la relación entre estos tribunales en su contexto dogmático, explicando el modelo kelseniano de control de constitucionalidad concentrado y las deformaciones que ha experimentado en su aplicación práctica por influencia del modelo de control de constitucionalidad difuso. Asimismo, identifica el problema básico que se deriva de la combinación de ambos modelos y que, en nuestro país, ha originado la polémica que nos ocupa: la intervención del Tribunal Constitucional en la interpretación de la legislación ordinaria, con el consiguiente cuestionamiento de la posición del Tribunal Supremo, por la vía de las sentencias de los recursos de amparo y de la excesiva utilización de las sentencias interpretativas en los procesos de inconstitucionalidad sobre normas con rango de ley. Ante esta situación, el profesor Canosa Usera valora posibles soluciones, como la restricción todavía más del acceso al recurso de amparo o la imposición de límites legales a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional dicte sentencias interpretativas.

A continuación, encontramos un trabajo sobre otra de las tendencias de mayor actualidad en la evolución de la administración de justicia: la introducción de las técnicas electrónicas, tanto digitales como telemáticas, en el proceso. La profesora Iglesias Canle nos introduce en este contexto a través de la experiencia italiana con el estudio titulado “El expediente digital y el proceso civil telemático en Italia”, toda vez que el conocimiento de las experiencias comparadas puede ayudar a anticipar y prevenir las dificultades que la introducción de las técnicas electrónicas presenta en un ámbito como este.

La autora toma como punto de partida la adopción de un nuevo modelo tecnológico en la justicia italiana, que consiste esencialmente en la implantación del proceso civil telemático (PCT), entendiéndolo por él la gestión integral e integrada de la documentación producida en el ámbito del cualquier procedimiento contencioso civil en forma digital o telemática. A su través se permite la transmisión de comunicaciones y notificaciones, el depósito de los actos en la secretaría, la constitución del juicio y la inscripción telemática, así como la consulta del estado del procedimiento, de los registros de la secretaría, de los autos y de la jurisprudencia por vía telemática, y, por consiguiente, se posibilita una significativa reducción de los tiempos procesales que siempre han caracterizado en negativo el sistema judicial italiano.

Así, se analizan las características técnicas y el régimen jurídico que se aplican en Italia, tanto a la digitalización del expediente procesal civil como a la incorporación de la telemática a las relaciones entre los operadores jurídicos que participan en el proceso, pues que con ello se pretende lograr la eficiencia de la justicia.

De igual modo, en la parte final de su trabajo también se exponen datos estadísticos sobre los primeros resultados de la implantación del PCT en Milán, que aportan una

visión práctica imprescindible para contrastar con la realidad los buenos propósitos de legislador.

El séptimo trabajo incluido en el libro nos permite entrever que la búsqueda de vías alternativas a las vías procesales oficiales para resolver los conflictos intersubjetivos viene de muy atrás en el tiempo y para ello la profesora Martín García, en “*La episcopalis audientia* y su reconocimiento por la legislación constantiniana”, nos sitúa en el pasado de la administración de justicia. La autora se adentra en el análisis de la jurisdicción de los obispos en los primeros años del cristianismo sobre materias seculares, en concreto de carácter jurídico-privado, cuando los litigios relativos a estas se producían entre cristianos, aunque con el tiempo se amplió también a los no cristianos.

Lo cierto es que mucho se ha debatido acerca de la naturaleza jurídica de la extensión de la jurisdicción episcopal a asuntos de carácter civil, que para la historia del derecho resulta de gran interés, por cuanto estos litigios se tenían que resolver aplicando el derecho secular. En concreto, se ha cuestionado si la jurisdicción episcopal en materia de derecho privado entre cristianos tenía verdaderamente carácter jurisdiccional o si, por el contrario, se trataba de una actividad arbitral, aunque fuera un arbitraje de tipo especial.

Todo ello evidencia el interés que la *episcopalis audientia* ha suscitado y sigue suscitando entre los especialistas de diversas ramas de la ciencia jurídica y que ha llevado a la autora a elegirlo como objeto de su estudio.

Más allá de la mirada retrospectiva de la profesora Martín García, con la aportación que Luis Míguez Macho realiza al libro -“Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo”-, volvemos a los problemas actuales de la Administración de Justicia en España, en concreto a los que suscita el control jurisdiccional de la actividad administrativa.

Así, en primer lugar, se aborda el privilegio de la autotutela administrativa en el ordenamiento jurídico español, toda vez que la posición de la Administración respecto a la justicia es absolutamente diferente a la de los particulares. En palabras del profesor Míguez Macho, “*mientras que para éstos la regla general es la de la heterotutela, es decir, para crear, modificar, extinguir y realizar situaciones jurídicas sin el consenso de la otra parte necesitan acudir a los órganos jurisdiccionales, salvo en los supuestos rigurosamente excepcionales en los que se admite la autotutela, para la Administración rige la regla contraria: salvo previsión legal expresa en contra, ésta crea, modifica, extingue y realiza situaciones jurídicas unilateralmente, por su propia autoridad, sin necesidad de auxilio judicial*”. A renglón seguido, se analiza el alcance de la autotutela en el ordenamiento jurídico, así como sus consecuencias para la tutela judicial del administrado frente a las actuaciones de la Administración sujetas al derecho administrativo.

Por otro lado, se tratan las principales novedades en materia de control jurisdiccional de la actuación administrativa introducidas por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y su aplicación jurisprudencial. Entre ellas, cabe destacar las siguientes: el recurso contra la inactividad material y la vía de hecho; el nuevo régimen de tutela cautelar; los juzgados de lo

Regap



RECENSIONES

contencioso-administrativo y el procedimiento abreviado; y el nuevo régimen de ejecución de sentencias.

Por último, se manifiestan las nuevas perspectivas que cabe amparar para la relación entre autotutela administrativa y tutela del administrado. Por un lado, se analizarán los aspectos novedosos producidos respecto al tema de la contratación pública, y que indican las preferencias que deberían generalizarse en el futuro, esto es, la creación de un recurso administrativo especial de naturaleza potestativa, cuyo conocimiento y resolución se encomienda a órganos dotados de independencia funcional, y una regulación de la tutela cautelar más ágil que la ordinaria, cuando se pretenda reclamar el pago de cantidades líquidas de dinero a la Administración. Y, por otro lado, se exponen las posibilidades de introducción de los procedimientos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito administrativo, especialmente la mediación, como vía para desviar parte de los litigios del ámbito jurisdiccional a otras formas voluntarias de solventarlos. Y ello debido a que tradicionalmente estas posibilidades se encontraban muy constreñidas por la fuerte ventaja procesal que el principio de autotutela administrativa otorga a la Administración pública.

A continuación, se aborda una cuestión que ya había aparecido en trabajos anteriores de este libro; nos referimos a la relación en el plano procesal entre los ordenamientos confesionales y los seculares. En este caso, Montserrat Perales Agustí, en un extenso y documentado estudio titulado “Recepción de la jurisdicción confesional en el Derecho secular: el reconocimiento de la jurisdicción rabínica”, le da un tratamiento detallado para el caso de la jurisdicción rabínica.

En este sentido, se incluye un análisis exhaustivo no solo de la evolución de la relación de la jurisdicción rabínica con las jurisdicciones seculares, desde la diáspora del pueblo judío a la actualidad, sino también de los enormes cambios que trajo el Estado constitucional implantado por las revoluciones liberales y la recepción actual del derecho religioso judío, tanto en el ordenamiento jurídico del Estado de Israel como en el de otras sociedades avanzadas de carácter multicultural. Más allá de todo esto, resulta imposible aludir y explicar en profundidad todos y cada uno de los contenidos de la cuestión abordada por la profesora Perales. Con todo, sí es cierto que las preguntas que la autora sugiere acerca de los desafíos que esa recepción plantea confrontan al lector con los propios límites del Estado democrático de derecho y de su elasticidad para dar respaldo a las demandas multiculturales.

En último lugar, el magistrado José Luis Requero Ibáñez cierra el libro con una contribución acerca de “La crisis del actual modelo de gobierno judicial”. En realidad, se considera que nadie mejor que un magistrado que ha sido vocal del Consejo y, por tanto, ha experimentado desde dentro el funcionamiento de la institución para analizar este tema.

Este estudio parte del nada satisfactorio balance del sistema constitucional de gobierno de la justicia. Por ello, se retrotrae al pasado, a fin de recordar cómo se ha llegado hasta esa situación, cómo el modelo constitucional de gobierno del poder judicial fue olvidado, en especial a partir de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial. El autor considera que ese olvido es consecuencia de otro olvido: el

de los ciudadanos con derecho a un sistema judicial independiente, fuerte y eficaz. Sencillamente, analizando las vicisitudes de los últimos veintisiete años, se llega a la conclusión de que la actitud del poder político hacia la justicia ha sido el interés por controlarla y desactivarla en lo que pueda afectarle y el desinterés por esa justicia de prestigio, independiente, fuerte y eficaz. En este sentido, se expone la existencia de una “*tormenta perfecta*”, por cuanto se produjo una crisis de legitimación sin precedentes del régimen de gobierno del poder judicial, crisis que ha arrastrado a las propias asociaciones de jueces, y cuyo detonante fue el caso “Mari Luz Cortés”, un suceso que impactó en la opinión pública. Lo cierto es que el poder político desde el primer momento eludió toda responsabilidad y procuró que recayese sobre el juez y, por reflejo, sobre la secretaria judicial.

Supuesto esto, se aborda lo que puede ser el inmediato futuro, futuro presidido por la expresa declaración del actual Gobierno de volver al modelo de gobierno judicial nacido de la Constitución de 1978, lo que se concreta en el sistema de elección de los vocales judiciales del Consejo General del Poder Judicial. Asimismo, se plantea si este Consejo General debe reformarse para ir a un órgano reducido o seguir manteniendo el esquema actual de organización. Y finalmente se expone un ejemplo referido a las competencias en materia informática, en concreto acerca del expediente digital.

De todo lo apuntado hasta el momento, constatamos que el tema de la modernización de la administración de justicia no pierde nunca actualidad, por lo que está más que justificado este conjunto de contribuciones tan meditadas y fundamentadas como las presentes. De ahí se desprende el enorme interés de la obra colectiva *Resolución judicial y extrajudicial de conflictos en el proceso de modernización de la Administración de Justicia*.

Su gran valor estriba en el enriquecimiento que aporta a las propias posiciones el intercambio de opiniones con investigadores pertenecientes a diferentes áreas de conocimiento del derecho público, que abren nuevas perspectivas a la reflexión acerca de los problemas que plantea el actual proceso de modernización de la administración de justicia. Por todo ello, se recomienda la atenta lectura de esta obra colectiva objeto de recensión a todas y a todos los juristas interesados en profundizar en el conocimiento del derecho administrativo, pues sin duda nos encontramos ante un trabajo útil, tanto para los teóricos como para los prácticos del proceso contencioso-administrativo.

regap



RECENSIONES

4ª Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital



NOELIA BETETOS AGRELO

Becaria de Colaboración del Área de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela
n.betetos@gmail.com

Recibido: 08/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.33>

Regap



RECENSIONES

GARCÍA NOVOA, C., y SANTIAGO IGLESIAS, D. (dirs.): *4ª Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, 740 pp. ISBN: 978-84-13090-63-4.

Este libro constituye el primer volumen de una serie de estudios jurídicos, económicos y filosóficos sobre el impacto de la 4.ª Revolución industrial en la sociedad actual. A lo largo de todo el texto se aproxima al lector a los numerosos cambios acaecidos en los ámbitos jurídico y económico en el contexto global y cómo se ha tratado de dar respuesta a cada una de las dificultades desde la perspectiva del sector privado y desde la óptica de las administraciones públicas.

La obra se estructura en veintiocho capítulos y los capítulos se encuadran, a su vez, en tres secciones diferenciadas. La primera abarca los trece primeros capítulos y se ocupa de cuestiones de economía general y asuntos mercantiles, la segunda sección dispone de siete capítulos centrados en el ámbito administrativo y, finalmente, la última de las secciones conformada por los ocho últimos capítulos aborda cuestiones eminentemente laborales.

En esta recensión se aludirá brevemente a las reflexiones que suscitan la lectura de la presente obra colectiva. A este respecto, se destacará la labor de los autores que

suscriben los diferentes capítulos y que tratan de poner de manifiesto los obstáculos a los que se enfrenta la sociedad actual, que debe adaptarse a una evolución y cambio constante causado por el imparable desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación, mediante la selección y el comentario detallado de alguno de esos capítulos, a modo de ejemplo del contenido del texto.

Así, el capítulo seis, englobado en la primera parte de la obra y elaborado por la Dra. Elena F. Pérez Carrillo, aborda la problemática surgida en relación con los ciberseguros. En la obra en general, y en este capítulo más específicamente, se cuestiona cómo las nuevas tecnologías han afectado al conjunto de la sociedad y a la forma de estructurar y planificar las actividades económicas. Es en este contexto en el que surge la necesidad para los operadores económicos de crear (el asegurador) y de contratar (los asegurados) una modalidad de seguros que, separándose del sistema tradicional, permita asegurar los riesgos a los que se está expuesto en la actualidad, vinculados con el uso de las nuevas tecnologías.

La autora realiza una exhaustiva compilación de la normativa vigente en materia de ciberseguros. Es especialmente destacable el papel que en esta materia desarrollan las directivas de la Unión Europea y el Reglamento General de Protección de Datos [Reglamento (UE) 2010/679]. Con esta normativa, el legislador europeo ha pretendido establecer un régimen de obligaciones y cautelas que los operadores en el mercado deben acatar con el fin de evitar o reducir los riesgos.

En este capítulo se lleva a cabo también una reflexión acerca de los diferentes tipos de riesgos que cabe asegurar en el ámbito de los ciberseguros. La autora clasifica los riesgos asegurables en afirmativos y silenciosos, siendo los primeros aquellos recogidos expresamente en la póliza del seguro, frente a los silenciosos, que son los riesgos que, al no estar expresamente excluidos del contrato, permiten su posible incorporación a aquel mediante una interpretación judicial extensiva.

En el sector de los ciberseguros se aboga por la creación de un seguro estándar que cubra tres subtipos diferentes de riesgos. En primer lugar, los asegurados pretenden que dentro del seguro se proporcione una cobertura para los daños propios, como pueden ser los perjuicios por la posible interrupción del negocio. En segundo lugar, se pretende que esta modalidad de seguros proporcione una protección en relación con los gastos de defensa en los litigios que puedan surgir como consecuencia de los ciberataques. Y, finalmente, se busca que los ciberseguros proporcionen las indemnizaciones de responsabilidad civil que el operador económico deba satisfacer a sus clientes, en caso de robo y difusión de datos personales protegidos.

En resumen, la autora desarrolla una aproximación muy completa a la evolución del régimen de los ciberseguros y termina con una reflexión acerca de la inseguridad existente en este sector en la actualidad, y la consiguiente necesidad de desarrollar un contrato estándar de seguro cibernético, además de potenciar la utilización complementaria de estrategias de gestión de riesgos cibernéticos.

El capítulo diez, elaborado por la Dra. Miriam Martínez Pérez, aborda la problemática del tratamiento de los datos de carácter personal en el ámbito de las redes sociales. A este respecto, la autora ilustra a los lectores sobre cómo los datos de

carácter personal de los usuarios de este tipo de plataformas son utilizados como objeto de comercio por los operadores económicos. Esto se produce mediante el análisis masivo de los datos que resultan accesibles por medio de las redes sociales (tratamiento del *Big Data*) y que se utilizan como mecanismo de predicción del comportamiento de los usuarios de ese servicio. Con los resultados arrojados por el análisis de los datos es posible predecir los gustos, hábitos, pautas de consumo y comportamiento del usuario, lo que supone una fuente de información esencial para la configuración del mercado.

Frente a la perspectiva del uso comercial de los datos de carácter personal por parte de los operadores económicos, debe destacarse la calidad de la explicación que ofrece la autora acerca de la posición de los usuarios de estos servicios y los derechos que les son reconocidos por la ley. La normativa vigente en la actualidad deriva principalmente del ámbito de la Unión Europea, suponiendo un hito importante en materia de protección de datos la aprobación del ya citado Reglamento General de Protección de Datos. En este texto normativo se diferencia entre los datos cedidos voluntariamente por el usuario a la plataforma y los datos obtenidos mediante la monitorización de sus dispositivos electrónicos. En ambos supuestos el prestador del servicio ha de informar y recabar consentimiento expreso de cada una de las personas para poder hacer uso de esos datos.

Además, el Reglamento General de Protección de Datos y la normativa española que completa la regulación en este sector reconocen una serie de derechos a los usuarios, entre los cuales resulta destacable, por ser una novedad, el derecho al olvido. Este derecho permite a los usuarios la posibilidad de no aparecer en los motores de búsqueda generales, pero no les habilita en ningún caso para que sus datos de carácter personal sean eliminados de las bases de datos del prestador del servicio.

En resumen, este capítulo aporta una clara explicación sobre la problemática de la protección de los datos personales en el ámbito de las redes sociales y su consiguiente repercusión en el sector mercantil, y ofrece una visión crítica acerca de las cuestiones que representan un importante desafío para el legislador y la sociedad actual.

El capítulo catorce, elaborado por el catedrático Luis Míguez Macho, aborda el proceso de implementación de la Administración electrónica en el ordenamiento jurídico español.

El autor expone una exhaustiva explicación acerca de la complejidad del procedimiento de incorporación de la Administración electrónica en el sistema actual, que debe concluirse a más tardar en octubre de 2020. La normativa aplicable en este sector parte de la existencia de preceptos dispersos principalmente en las leyes 39/2015 y 40/2015 que se pretenden desarrollar a través de un reglamento. A este efecto, en el mes de mayo de 2018 fue sometido al trámite de consulta pública el Proyecto de Reglamento en materia de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

En relación con ese proyecto de reglamento, el autor critica, en primer lugar, la ausencia de una normativa legal completa que sirva de base habilitante al posterior desarrollo y, en este sentido, cuestiona la operatividad de una norma de rango

Regap



RECENSIONES

reglamentario como instrumento que no solo va a ejercer una función de desarrollo de una legislación preexistente, sino que su alcance va más allá, al cumplir también una labor de creación de preceptos que carecen de fundamento en las leyes 39/2015 y 40/2015. Además del argumento anterior, también resulta criticable la utilización de un reglamento para regular un sector normativo en el que prácticamente a la totalidad de los preceptos se les va a dotar de carácter básico y, por lo tanto, de aplicación obligatoria para todas las administraciones públicas.

En el proyecto de reglamento se han plasmado las pautas que se han de seguir para la incorporación de la Administración electrónica al sistema actual. En dicho texto se recogen los principios que han de inspirar la actuación de los poderes públicos en este sector y se regula, además, la creación de los portales de internet y de las sedes electrónicas de las distintas administraciones públicas y la forma de presentación de los documentos por medios electrónicos. Asimismo, se prevé la extensión de la obligación de relacionarse únicamente con la Administración por medios electrónicos a otros administrados, como pueden ser los participantes que pretenden concurrir a un proceso selectivo de acceso a la función pública o a los profesionales autónomos. Esta extensión es criticada por el autor por ampliar el ámbito de aplicación de la obligación mencionada a supuestos no previstos en la Ley 39/2015.

En resumen, este capítulo ofrece una aproximación completa al proceso de implementación de la Administración electrónica en el sistema español actual y el autor aporta, desde una perspectiva crítica, un análisis de la normativa que va a resultar de aplicación a este sector en el futuro.

El capítulo dieciséis, elaborado por la Dra. Diana Santiago Iglesias, versa sobre el fenómeno de las *smart cities* y su implementación en la sociedad actual.

La autora, en primer lugar, aporta un concepto de *smart city* y desarrolla los diferentes elementos que se pueden incorporar para la constitución de esta figura, entre los cuales se destacan los de *smart governance*, *smart mobility*, *smart environment*, *smart living*, *smart people* y *smart economy*.

Las *smart cities* han surgido como un fenómeno emergente en la sociedad actual para incorporar a las ciudades de todo el mundo las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), con la finalidad de alcanzar una serie de propósitos, los cuales se explican de forma amplia en este capítulo. Así, se trata de conseguir un desarrollo económico, ambiental y social sostenible, incrementando la calidad de vida de los ciudadanos y procurando la mejor gestión de los servicios públicos y de los recursos disponibles.

Asimismo, en este capítulo se puede obtener una visión más completa acerca de la experiencia práctica en la implementación de las *smart cities* en la realidad actual. Con tal objeto, la obra aporta numerosos datos extraídos del estudio *Mapping Smart Cities in the EU*, que permiten comparar el distinto grado de desarrollo del fenómeno de las ciudades inteligentes en los países de Europa. Cabe destacar la acción de los países nórdicos, que han aplicado este fenómeno a muchas de sus ciudades con gran éxito, seguidos de cerca por países como Italia, Austria y Holanda. También en España se ha apostado por el desarrollo de las *smart cities*, y para la consecución

de este objetivo se han aprobado el Plan Nacional de Ciudades Inteligentes y el Plan Nacional de Territorios Inteligentes.

En resumen, como fenómeno emergente, las *smart cities* aún no han llegado a su completa implementación, pero los distintos países europeos están favoreciendo su incorporación.

El capítulo dieciocho, elaborado por la Dra. Andrea Garrido Juncal, aborda la problemática del tratamiento del *Big Data* en el seno de la Administración pública.

La primera parte del capítulo expone las exigencias de la ley en relación con el formato en que deben presentarse los datos de los que dispone la Administración pública. La autora ofrece una visión completa de la normativa que regula esta cuestión y que impone a la Administración la obligación de difundir los datos de los que dispone en un formato que permita su reutilización, es decir, en formatos estructurados, de acceso abierto y sin propietario, como pueden ser los formatos CSV o XML, debiendo evitar, *sensu contrario*, los formatos que no admiten modificaciones o edición, como es el caso del formato PDF.

A este respecto, es posible que la Administración pública y los demás organismos del sector público condicionen el acceso a la información de la que disponen mediante la exigencia a los interesados de la obtención de una licencia para poder acceder a dichos contenidos. Hay que matizar, sin embargo, que se aboga por la concesión de licencias en general y no por la concesión de estas con carácter exclusivo, ya que esto puede tener implicaciones negativas en el mercado, tal y como ha puesto de manifiesto la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Asimismo, la Administración puede exigir una contraprestación económica por facilitar el acceso a la información, siempre que la contraprestación no supere en última instancia el coste que ha supuesto la adquisición, tratamiento y puesta a disposición de la información.

La autora extrae como conclusión de su trabajo la importancia del tratamiento del *Big Data* como instrumento para la obtención no solo de información, sino también de conocimiento, que permita a la sociedad en general y a la Administración pública en particular adoptar decisiones más ágiles y flexibles. El tratamiento del *Big Data* en el ámbito de la Administración puede materializarse, por ejemplo, en un aumento de la eficiencia en la prestación y gestión de los servicios públicos o la prevención de la corrupción, con mecanismos como el implementado en la Comunidad Valenciana. Este último consiste básicamente en un Sistema de Alertas Rápidas para la Prevención de la Corrupción (SAR), que no deja de ser un programa informático destinado al análisis masivo de datos, con el fin de detectar fraudes o malas prácticas en la gestión de las distintas administraciones.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que la lectura del libro es sumamente recomendable, en la medida en que puede aportar a los lectores una visión global acerca de las dificultades a las que se enfrenta la sociedad actual, principalmente en el plano jurídico, a la hora de hacer frente a la evolución de las nuevas tecnologías y a todos los obstáculos que surjan de su desarrollo.

regap



RECENSIONES

Las tecnologías de la información y de la comunicación han supuesto en muchos ámbitos, no solo en el plano eminentemente jurídico, una ruptura respecto del modelo anterior o tradicional, y con esto se ha puesto de manifiesto la necesidad de que los legisladores europeo y nacional traten de dar una adecuada respuesta a los nuevos fenómenos que van arraigando en la sociedad y que han transformado la forma de entender y adaptarse al mundo actual. En este sentido, la lectura de la obra acerca al lector a la normativa legal vigente, apoyándose en la jurisprudencia y en las diferentes posiciones doctrinales. Además, en cada uno de los capítulos de la obra, los respectivos autores incorporan una bibliografía específica de cada una de las materias tratadas que permite al lector obtener, si lo desea, un conocimiento más profundo sobre cada uno de los temas.

En definitiva, la obra ofrece una aproximación acerca de cómo las TIC han afectado a los sectores económico, mercantil, administrativo y laboral, explicando, asimismo, con una gran brillantez expositiva y de forma accesible al público en general los distintos ámbitos que han sufrido una transformación o adaptación por la aplicación de estas nuevas tecnologías. Ello hace del libro un instrumento sumamente recomendable para todo tipo de público, ya que aporta numerosos datos acerca de cuestiones actuales que afectan al conjunto de la sociedad y, además, en un sector que presenta la dificultad añadida de la falta de información suficiente, que impide a la población aprovechar las nuevas posibilidades o prevenir los posibles riesgos que puede implicar el uso de estas tecnologías disruptivas.

REGAP

PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES

NORMAS DE PUBLICACIÓN

SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS

PUBLICATION REQUIREMENTS

PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS

A selección dos textos responderá a criterios de orixinalidade, novidade, relevancia e rigor. Os orixinais que non se atean estritamente ás normas de publicación que se indican a continuación serán devoltos aos autores para a súa corrección antes do seu envío aos avaliadores. Unha vez que a Secretaría comprobe o cumprimento das normas de publicación, os autores recibirán aviso do recibo dos orixinais remitidos coa indicación da duración aproximada do proceso de avaliación. Os textos serán sometidos á revisión de dous expertos alleos ao equipo editorial (doutores ou outras persoas de recoñecido prestixio) seguindo o sistema para o anonimato de dobre cego. O resultado da avaliación poderá ser positiva, positiva con modificacións ou negativa. En caso de que os avaliadores propoñan modificacións de forma motivada na redacción do orixinal, será responsabilidade do equipo editorial –unha vez informado o autor– o seguimento do proceso de reelaboración do traballo. No suposto de non ser aceptado para a súa edición, o orixinal será devolto ao seu autor xunto cos ditames emitidos polos avaliadores. Antes da súa publicación, os autores recibirán por correo electrónico a versión definitiva do artigo para facer as correccións oportunas das probas de imprenta no prazo de quince días.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. As propostas de colaboración coa *Revista Galega de Administración Pública* remitiranse a través da plataforma electrónica dispoñible na seguinte ligazón: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os dous números ordinarios. As datas de remisión e aceptación figurarán nun lugar visible da revista.
3. Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:
 - a) Ser inéditos e non estar incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
 - b) Estar redactados en galego, español, portugués, francés, italiano, inglés e alemán.
 - c) Conter un número de entre 30.000 e 40.000 caracteres (40 páxinas como máximo) para os traballos redactados como “Estudos”; e dun máximo de 15.000 (non máis de 30 páxinas) para os editados como “Notas”.
4. Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
 - a) Un título descritivo do contido. Xunto co nome, apelidos, profesión ou cargo do autor/a/es/as, o nome da institución de adscrición, o país da institución e o enderezo electrónico do autor/a/es/as.
 - b) Un resumo (dun máximo de 120 palabras) no idioma en que se presenta o texto principal e a súa tradución ao inglés, de non ser esta a lingua utilizada na súa redacción.
 - c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión ao idioma inglés, de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.



- d) Sumario seguindo a estrutura da CDU. (Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).
 - e) O corpo principal do texto.
 - f) A bibliografía.
5. Os traballos deberán ser coidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo, e respectarán ademais os seguintes requisitos:
- a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo e medio, con formato de fonte *Times New Roman*, tamaño 12.
 - b) As notas figurarán a pé de páxina, gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo, e axustaranse ao seguinte modelo:
 - LIBRO: AUTOR, *Título da publicación*, núm. Edición, lugar da publicación, editor, ano, páxina.
 - AUTOR, "Título do artigo". *Título da fonte* (revista ou outra colectiva), número, ano, páxinas.
- c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, serán indicados o título e o número do volume ou a parte correspondente).
 - d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo, sinalando a data de consulta. Por exemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de setembro de 2013)
6. Dereitos de autoría. Unha vez que o Consello Editorial acepte publicar calquera material (artigo ou recensión) recibido, os dereitos exclusivos e ilimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma e país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).

PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES

La selección de los textos responderá a criterios de originalidad, novedad, relevancia y rigor. Los originales que no se atengan estrictamente a las normas de publicación que se indican a continuación serán devueltos a los autores para su corrección antes de su envío a los evaluadores. Una vez que la Secretaría compruebe el cumplimiento de las normas de publicación, los autores recibirán aviso del recibo de los originales remitidos con la indicación de la duración aproximada del proceso de evaluación. Los textos serán sometidos a la revisión de dos expertos ajenos al equipo editorial (doctores u otras personas de reconocido prestigio) siguiendo el sistema para el anonimato de doble ciego. El resultado de la evaluación podrá ser positiva, positiva con modificaciones o negativa. En caso de que los evaluadores propongan modificaciones de forma motivada en la redacción del original, será responsabilidad del equipo editorial –una vez informado el autor– el seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. En el supuesto de no ser aceptado para su edición, el original será devuelto a su autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. Antes de su publicación, los autores recibirán por correo electrónico la versión definitiva del artículo para hacer las correcciones oportunas de las pruebas de imprenta en el plazo de quince días.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Las propuestas de colaboración con la *Revista Galega de Administración Pública* se remitirán a través de la plataforma electrónica disponible en el siguiente enlace: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los dos números ordinarios. Las fechas de remisión y aceptación figurarán en un lugar visible de la revista.
3. Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
 - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
 - b) Estar redactados en gallego, español, portugués, francés, italiano, inglés y alemán.
 - c) Contener un número de entre 30.000 y 40.000 caracteres (40 páginas como máximo) para los trabajos redactados como "Estudios"; y de un máximo de 15.000 (no más de 30 páginas) para los editados como "Notas".
4. Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
 - a) Un título descriptivo del contenido. Junto con el nombre, apellidos, profesión o cargo del autor/a/es/as, el nombre de la institución de adscripción, el país de la institución y la dirección electrónica del autor/a/es/as.
 - b) Un resumen (de un máximo de 120 palabras) en el idioma en que se presenta el texto principal y su traducción al inglés, si no es ésta la lengua utilizada en su redacción.
 - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal, y su versión al idioma

inglés, si no es ésta la lengua usada en su redacción.

d) Sumario siguiendo la estructura de la CDU. (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

e) El cuerpo principal del texto.

f) La bibliografía.

5. Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo tocante al estilo, y respetarán además los siguientes requisitos:

a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio y medio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 12.

b) Las notas figurarán a pie de página, guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo, y se ajustarán al siguiente modelo:

- LIBRO: AUTOR, *Título de la publicación*, núm. Edición, lugar de la publicación, editor, año, página.

- AUTOR, "Título del artículo". *Título de la fuente* (revista u otra colectiva), número, año, páginas.

c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; si se trata de una serie, serán indicados el título y el número del volumen o la parte correspondiente).

d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar el URL respectivo, indicando la fecha de consulta. Por ejemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de septiembre de 2013)

6. Derechos de autoría. Una vez que el Consejo Editorial acepte publicar cualquier material (artículo o recensión) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país serán transferidos a la *Escola Galega de Administración Pública* (EGAP).

SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS

The selection of texts that will be included in the *Galician Magazine of Public Administration* is based on the following criteria; originality, novelty, relevance and accuracy. Original texts that do not meet requirements listed below will be returned to the authors to be corrected before being submitted for evaluation. Once originals have been received and checked that comply with publication requirements, the Secretary will confirm that the original texts have been received and give an estimated date to be accepted. Texts will be reviewed by two (Phd or equivalent) experts from out of the editorial board. Evaluation process will be anonymous to ensure the independence in the selection. The texts will be evaluated as accepted, accepted with modifications or rejected. In the case the text is accepted with modifications, the publishing team will be in charge of following up the resubmission of the text (author will be informed). In the case of the text being rejected, the original will be returned to the author together with the evaluation assessment. Before the text is published the author will receive by email a final copy to make any changes on the final edition if needed in the next fifteen days.

PUBLICATION REQUIREMENTS

1. Proposals of collaboration with the *Galician Magazine of Public Administration* will be through the electronic platform available at the following link: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. The original texts will be received before 15th of May and of May and before 15th of November for the two annual issues. Dates of reception and acceptance will appear in a visible place of the magazine.
3. The texts should meet the following requirements:
 - a) Be original and not being included in any other evaluation process.
 - b) Be written in Galician, Spanish, English, German, Portuguese, Italian or French.
 - c) Constraining a number between 30.000 and 40.000 characters (40 pages at the most) for the works written out as "Studies"; and of a maximum of 15.000 (in the more than 30 pages) for the ones edited as "Notes".
4. The works proposed as articles will include in the following order:
 - a) A title describing contents together with name, surnames, profession, position, name and country of the institution, and email address of the author(s).
 - b) A summary (maximum of 120 words) in the language in which the main text is submitted and translation to English language if this wasn't the language of choice.
 - c) A minimum of five key words, and a maximum of ten, stressing the contents of the main text. They will be translated to the English language if this wasn't the language of choice.
 - d) Index would follow a CDU structure. (Example: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).



- e) Text's main body.
 - f) Bibliography.
5. The works should be checked carefully by the author(s) in regards with style. In addition, the originals should comply with the following requirements:
- a) All the works will have to be presented to a space and to a half, with format of source *Times New Roman*, size 12.
 - b) Notes will appear as footnotes and keeping a correlative numeration in all the work. Notes should be adjusted to the next model:
 - BOOK: AUTHOR, *Title of the publication*, number. Publish, place of publication, editor, year, page.
 - AUTHOR, "Title of the article". *Title of the source* (magazine or review), number, year, pages.
 - c) Bibliography must include all information sources consulted and mentioned in the work (authorship, completed title, editor, city and year of publication; should the source belong to a serie, the number of the volume will be also included).
 - d) Documents, online sources and/or databases will contain its URL and date of last. For example: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26th September 2013)
6. Author's copyright. Once the Editorial Team decides to publish any text (article or review), the exclusive and unlimited rights to reproduce and distribute these pieces works in any form of reproduction, language and country will be transferred to the Galician School of Public Administration (EGAP).



Escola Galega de
Administración
Pública

galega



XUNTA
DE GALICIA