

# As bonificacións e reducións nas cotizacións á Seguridade Social como mecanismos de creación de emprego

Las bonificaciones y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social como mecanismos de creación de empleo

Bonus and reductions in Social Security quotas as mechanisms for job creation



EVA LÓPEZ TERRADA

Profesora titular de Dereito do Traballo e da Seguridade Social  
Universitat de València (Comunidad Valenciana, España)  
eva.lopez-terrada@uv.es

Recibido: 19/01/2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** *Malia a súa demostrada ineficacia e ineficiencia como mecanismos de creación de emprego cando se formulan de xeito xeral ou a grande escala, segue recorrendose ás bonificacións e reducións nas cotas á Seguridade Social como sistema de choque para loitar contra o desemprego. Fronte a esta situación, que analiza este estudo, parece sensato propor unha reasignación dos recursos empregados nelas noutras iniciativas no ámbito das políticas activas de emprego. Esta solución presenta, non obstante, dificultades de execución e non debe ocultar que a virtualidade dos incentivos económicos á contratación como mecanismos de creación de emprego existe, pero reside na súa capacidade para canalizar o emprego cara a colectivos moi determinados.*

**Palabras clave:** *bonificacións e reducións nas cotas á Seguridade Social, política de fomento do emprego, contratos de traballo, desemprego, incentivos económicos.*

**Resumen:** *Pese a su demostrada ineficacia e ineficiencia como mecanismos de creación de empleo cuando se plantean de manera general o a gran escala, sigue recurriéndose a las bonificaciones y reducciones en las cuotas a la Seguridad Social como sistema de choque para luchar contra el desempleo. Frente a esta situación, que analiza el presente estudio, parece sensato proponer una reasignación de los recursos empleados en ellas en otras iniciativas en el ámbito de las políticas activas de empleo. Esta solución presenta, sin embargo, dificultades de ejecución y no debe ocultar que la virtualidad de los incentivos económicos a la contratación como mecanismos de creación de empleo existe, pero reside en su capacidad para canalizar el empleo hacia colectivos muy determinados.*

**Palabras clave:** *bonificaciones y reducciones en las cuotas a la Seguridad Social, política de fomento del empleo, contratos de trabajo, desempleo, incentivos económicos.*

**Abstract:** *Despite its demonstrated ineffectiveness and inefficiency as job creation mechanisms when they arise in a general way or large-scale, follows resorting to subsidies and reductions in contributions to Social Security as a system of shock to combat unemployment. Faced with this situation, which analyzes the present study, it seems sensible to propose a reallocation of the resources employed in them in other initiatives in the field of active employment poli-*

*cies. This solution, however, presents difficulties of execution and should not obscure that the virtuality of economic incentives to hiring and job creation mechanisms exists, but lies in its ability to focus or channel toward collective employment very certain.*

**Key words:** *increases and reductions in social contributions, employment promotion policy, employment contracts, unemployment, economic incentives.*

**Sumario:** *1 Introducción. 2 O panorama actual: mantemento e proliferación das bonificacións e reducións nas cotas á Seguridade Social. 3 A política de incentivos á contratación de traballadores en España. 3.1 A primeira etapa: o fomento do emprego temporal. 3.2 A segunda etapa: a xeneralización do fomento do emprego indefinido mediante bonificacións das cotizacións sociais. 3.2.1 A multiplicación dos colectivos bonificados. 3.2.2 A avaliación dos programas de incentivos á contratación. 3.2.3 O frustrado intento racionalizador da reforma de 2006. 3.3 A terceira etapa: as bonificacións e reducións de cotas durante a crise. 3.3.1 As repercusións da avaliación na reforma de 2010: a definición selectiva de colectivos. 3.3.2 O apoio ao emprendedor tras a reforma de 2012. 4 Os novos incentivos á contratación: a urxente necesidade de crear emprego. 4.1 Os estímulo á contratación de mozos: as leis 11/2013 e 18/2014. 4.1.1 Os incentivos á contratación a tempo parcial con vinculación formativa. 4.1.2 A redución da cotización á Seguridade Social pola contratación indefinida de mozos a través de microempresas e autónomos. 4.1.3 Os incentivos do contrato “xeracións”. 4.1.4 O contrato “primeiro emprego” xove e os incentivos á súa transformación en indefinido. 4.1.5 Incentivos ao contrato en prácticas para o primeiro emprego. 4.1.6 Incentivos á incorporación de mozos a entidades da economía social. 4.1.7 Bonificacións por contratacións indefinidas de persoas beneficiarias do Sistema Nacional de Garantía Xuvenil: a Tarifa Xove. 4.2 Os novos estímulo á contratación indefinida. 4.2.1 A tarifa plana reducida para novas contratacións indefinidas. 4.2.2 O mínimo exento pola contratación indefinida de traballadores. 5 Conclusións: reflexións sobre o mantemento dos incentivos á contratación. 6 Bibliografía.*

## 1 Introducción

Coñecer a “foto fixa” dos incentivos á contratación vixentes nunha data determinada constitúe un labor que, ademais de resultar de escasa utilidade, dado o cambiante da materia, achega pouca información para argumentar arredor da súa supervivencia ou, se é o caso, arredor das liñas que debería seguir a súa posible reforma, racionalización ou simplificación.

Da necesidade desta tarefa están a deixar constancia, non obstante, diversas normas de recente aparición. Así, a disposición derradeira oitava do Real decreto lei 16/2013 e o artigo 121 da Lei 18/2014 entendían que debe levarse a cabo unha reordenación normativa dos incentivos a prol da seguridade xurídica; e, máis recentemente, na disposición adicional sétima da Lei 30/2015, do 9 de setembro, o Goberno comprometéase a desenvolver “unha análise do conxunto de bonificacións á contratación e reducións nas cotizacións á Seguridade Social en vigor en todos os ámbitos territoriais que deberá presentar antes do 31 de maio de 2016. A dita análise avaliará a eficacia das medidas de apoio á contratación en vigor para o cumprimento dos seus obxectivos e o seu impacto orzamentario, e valorará a conveniencia de manter os incentivos ou de destinar eses recursos a outras iniciativas no ámbito das políticas activas de emprego”.

Mentres esta nova avaliación se materializa, este traballo trata de botar algunha luz ao respecto. Para iso, efectúa un estudo dos motivos que conduciron ao actual cuestionamento xeneralizado dos incentivos á contratación, prestando especial atención aos resultados das avaliacións xa efectuadas e aos efectos que poden ter as últimas medidas adoptadas neste terreo.

## 2 O panorama actual: mantemento e proliferación das bonificacións e reducións nas cotas á Seguridade Social

Nos últimos anos asistíuse, como xa se tivo oportunidade de analizar, a unha verdadeira perpetuación dalgunhas das tendencias máis cuestionadas no noso país en materia de políticas activas de emprego: por un lado, polo que respecta ao fomento da contratación laboral a través de políticas de flexibilización do mercado de traballo, recorreuse de novo ao estímulo da flexibilidade de entrada; por outro lado, no ámbito da política de fomento do emprego, subliñouse o carácter prioritario das medidas consistentes no establecemento de incentivos económico-financeiros á creación de emprego e, dentro delas, das bonificacións ou reducións das cotas á Seguridade Social<sup>1</sup>.

É certo que a ineficacia e ineficiencia dos incentivos económicos á contratación como mecanismos de creación de emprego cando se formulan de xeito xeral ou a grande escala está, como se plasma ao longo deste estudo, sobradamente demostrada. No entanto, segue recorréndose ás bonificacións e reducións nas cotas á Seguridade Social como sistema de choque para loitar contra o desemprego.

En efecto, ás medidas aprobadas pola reforma de 2012, pola Lei 11/2013, do 16 de xullo, ou polo Real decreto lei 16/2013, do 20 de decembro, sumáronse outras que, aínda que parten da fin do ciclo de destrución de emprego iniciado en 2008, seguen tratando de impulsar de xeito urxente o crecemento do emprego previsto –e, en especial, do emprego indefinido e o xuvenil– a través do recoñecemento de incentivos á contratación. Así, como máis adiante se analiza, o Real decreto lei 3/2014, do 28 de febreiro, estableceu unha tarifa plana reducida das cotizacións sociais por contingencias comúns para todas as contratacións indefinidas se manteñen o emprego neto durante polo menos tres anos; a Lei 18/2014, do 15 de outubro, introduciu novos incentivos á contratación de persoas beneficiarias do Sistema Nacional de Garantía Xuvenil; e a Lei 25/2015, do 18 de xullo, aprobou un mínimo exento de cotización á Seguridade Social para favorecer a creación de emprego indefinido.

Non son estas, porén, as únicas medidas aprobadas ao respecto. Tamén se prolongaron algúns incentivos anteriores e creáronse outros novos que non responden á comentada finalidade de incrementar o crecemento do emprego indefinido e/ou xuvenil. Entre os que continúan cabería mencionar dous: primeiro, a prórroga ata o 31 de decembro de 2016 da bonificación do 50 % das cotas empresariais á Seguridade Social por contingencias comúns, así como polos conceptos de recadación conxunta de Desemprego, FOGASA e Formación Profesional, para as empresas, excluídas as pertencentes ao sector público, dos sectores de turismo, comercio vinculado ao turismo e hostalaría que inicien e/ou manteñan en alta durante os meses de febreiro, marzo e novembro a ocupación dos traballadores con contratos de carácter fixo discontinuo (DA 89<sup>a</sup> da LOXE para 2016); e, segundo, a incorporación ao novo texto refundido do ET (DA 21<sup>a</sup>) da redución nas cotizacións empresariais á Seguridade Social por contingencias comúns por realizar contratos de interinidade con beneficiarios de prestacións por desemprego, de nivel contributivo ou asistencial, que leven máis dun ano

1 Este estudo constitúe unha continuación dos realizados nos anos 2013 e 2014 no marco do Proxecto de Investigación do Ministerio de Economía e Competitividade DER 2012-36783 “La protección por desempleo en los umbrales del siglo XXI: logros, insuficiencias y propuestas alternativas”: “Crisis económica y medidas de fomento a la contratación: los “estímulos” del RDL 4/2013”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 160, 2013, pp. 127-152; e “El reconocimiento de incentivos a la contratación como mecanismo de estímulo a la creación de empleo”, Roqueta Buj, R. (dir.), *Crisis económica y medidas ante el desempleo*, Valencia, 2015, pp. 171-211.

como perceptores, para substituír traballadores que estean na situación de excedencia por coidado de fillo ou familiar do artigo 46.3 do ET. Entre os novos podería facerse referencia tamén a dous supostos: as bonificacións por contratación temporal ou indefinida de vítimas de trata de seres humanos (novo apartado 4 ter do artigo 2 da Lei 43/2006, do 29 de decembro, introducido pola disposición derradeira 8ª da Lei 26/2015, do 28 de xullo); e a bonificación a traballadores autónomos por conciliación da vida profesional e familiar vinculada á contratación recoñecida no artigo 9 da Lei 25/2015.

Posto que todas estas medidas se engaden ao elevado número de incentivos xa existente, é doado imaxinar que o actual panorama de bonificacións e reducións segue caracterizándose por unha intensa complexidade e inseguridade xurídica derivadas tanto do elevado número de normas aplicables nesta materia como das súas constantes modificacións. De feito, a consulta das vixentes<sup>2</sup> permite comprobar que se incentiva a contratación indefinida inicial en múltiples supostos (contrato de emprendedores, tarifa plana, nova exención á cotización, beneficiarios do Sistema Nacional de Garantía Xuvenil, excluídos sociais, vítimas de violencia doméstica, de xénero, de terrorismo, de trata de seres humanos, persoas con discapacidade, etc.); a transformación en indefinidos de contratos temporais; os contratos temporais de certos colectivos (excluídos sociais, vítimas de violencia de xénero ou doméstica, do terrorismo, de trata de seres humanos); os contratos de interinidade para determinadas substitucións (por descanso por maternidade, embarazo, lactación, etc., excedencia por coidado de familiar, violencia de xénero, persoas con discapacidade que substitúan outras persoas con discapacidade en situación de IT, etc.); os contratos formativos; o mantemento da contratación (de traballadores de 65 anos, en situación de regulación temporal de emprego, dos substituídos en situación de descanso por maternidade, paternidade e riscos, de fixos discontinuos...); ou a contratación de traballadores en determinadas actividades ou ámbitos xeográficos.

Á vista de todo iso, non resulta estraño que as axudas que incentivan a contratación de determinados grupos sigan constituíndo en España a principal política activa do mercado de traballo en termos de gasto, ocupando en 2014 case un terzo dos recursos destinados a políticas activas, mentres que na media da Unión Europea non alcanzan o 20 %<sup>3</sup>. Xa se detectara a este respecto que, ben que son os países nórdicos como Dinamarca, Suecia ou Noruega os que presentan unha maior porcentaxe do PIB destinada ás políticas activas do mercado de traballo, así como un maior gasto por traballador, son os países do leste e sur de Europa os que maior porcentaxe de gasto en políticas activas do mercado de traballo dedican a subvencionar ou bonificar a contratación de traballadores e, paralelamente, os que menor gasto realizan en programas de formación para os traballadores<sup>4</sup>.

---

2 [https://www.sepe.es/contenidos/que\\_es\\_el\\_sepe/publicaciones/pdf/pdf\\_empleo/bonificaciones\\_reducciones.pdf](https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_empleo/bonificaciones_reducciones.pdf)

3 CES, *Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2014*, Consello Económico e Social, Madrid, 2015, pp. 312 e ss. As cifras anteriores poden consultarse en CUETO IGLESIAS, B., "Las ayudas a la contratación indefinida en España", *Revista de Economía Laboral*, n.º 3, 2006, p. 88.

4 AEVAL, *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, 1ª ed., Ministerio da Presidencia, Madrid, 2009, pp. 22-24.

## 3 A política de incentivos á contratación de traballadores en España

Como se adiantou, non é posible argumentar acerca da supervivencia do actual panorama de incentivos á contratación de determinados grupos de traballadores sen coñecer a evolución sufrida na materia ata a entrada en vigor das últimas reformas.

### 3.1 A primeira etapa: o fomento do emprego temporal

Nunha primeira etapa –que remata coa reforma laboral de 1997<sup>5</sup>– os instrumentos de fomento do emprego presentaban unha importancia menor, pois aparecían supeditados ás grandes reformas substantivas, e carecían dunha determinación clara á hora de apoiar o emprego indefinido. Iso resulta especialmente salientable nos momentos finais desta etapa, cando xa se percibía como un problema a excesiva taxa de temporalidade á que conducira o uso do contrato temporal non causal de fomento do emprego introducido pola reforma de 1984<sup>6</sup>. Efectivamente, a necesidade de loitar contra os altos índices de temporalidade reflectíase expresamente nas reformas de 1992<sup>7</sup>, que contiñan un programa de fomento do emprego indefinido dirixido a parados de longa duración (mozos, maiores de 45 anos, e mulleres en profesións e oficios en que se atopasen subrepresentadas) e que, por primeira vez, subvencionaban a transformación de contratos en prácticas ou para a formación en contratos indefinidos. Non obstante, a contratación temporal non causal permaneceu ata a súa derogación por parte da Lei 11/1994, do 19 de maio, e, aínda así, a Lei 10/1994, da mesma data, que inaugurou a elaboración de programas de fomento do emprego de carácter anual, permitiu a prórroga durante dezaoto meses dos contratos temporais de fomento do emprego cuxa duración máxima de tres anos expirase entre o 1 de xaneiro e o 31 de decembro de 1994.

### 3.2 A segunda etapa: a xeneralización do fomento do emprego indefinido mediante bonificacións das cotizacións sociais

#### 3.2.1 A multiplicación dos colectivos bonificados

Na segunda etapa, que abrangue do ano 1997 ao ano 2010, o apoio ao emprego indefinido resultou moito máis contundente.

Como é de sobra coñecido, coa sinatura o 28 de abril do Acordo Interprofesional sobre a Estabilidade no Emprego, cuxo contido foi asumido en boa medida polo Goberno, quedou constancia, por primeira vez, de que os axentes sociais máis representativos coincidían na denuncia dos excesos da contratación temporal e na procura dunha estratexia concertada para combatela. Parte desa estratexia foi a creación dun novo tipo de contrato indefinido dirixido a colectivos específicos singularmente afectados polo desemprego e a inestabilidade

5 CUETO IGLESIAS, B., “Las ayudas a la contratación indefinida en España”, *cit.*, pp. 89-90; PÉREZ DEL PRADO, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 47-51.

6 *Cfr.* Lei 32/1984, do 2 de agosto.

7 Real decreto lei 1/1992, do 3 de abril, logo Lei 22/1992, do 30 de xullo.

laboral, que se caracterizaba por estar dotado dun réxime indemnizatorio reducido –trinta e tres días de salario por ano de servizo, rateándose por meses os períodos de tempo inferiores a un ano e ata un máximo de vinte e catro mensualidades– nos casos de despedimento obxectivo declarado improcedente. Aínda que, en principio, o contrato se configurou como unha medida de carácter provisional, xa que se falaba dos catro anos seguintes á entrada en vigor do Real decreto lei 8/1997, do 16 de maio, as reformas de 2001, 2006, 2010 e 2011 fórono perpetuando mediante a apertura sucesiva de novos prazos de conversión de contratos temporais en contratos de fomento da contratación indefinida e mediante a práctica xeneralización dos colectivos de traballadores desempregados susceptibles de seren contratados baixo esta modalidade contractual.

A outra parte da estratexia concertada para combater a temporalidade consistiu en incentivar a contratación indefinida, tanto ordinaria ou tradicional como de fomento, dos colectivos cos que podía realizarse o novo contrato de fomento da contratación indefinida (desempregados mozos entre dezaioito e vinte e nove anos; os parados de longa duración, inscritos máis dun ano como demandantes de emprego; os maiores de corenta e cinco anos; e os discapacitados). Ademais, a estratexia utilizada implicaba a bonificación da transformación de calquera contrato de duración determinada ou temporal en contratos de duración indefinida.

Así pois, en materia de incentivos ao emprego iniciábase en 1997 unha nova etapa caracterizada pola maior importancia outorgada a estes instrumentos, que pasaron a regularse nunha norma diferenciada que abandonaba, desde o punto de vista da súa configuración técnica, o sistema xeneralizado de subvencións por un de bonificacións das cotizacións sociais. Iso supuxo unha indubidable flexibilización do procedemento de concesión que, ao consistir nunha autoliquidación, evitaba requirimentos burocráticos excesivos<sup>8</sup>.

Con posterioridade, a reforma de 2001<sup>9</sup> –aínda que afondaba nas liñas esenciais da de 1997 ao concederlle un papel protagonista ao contrato de fomento da contratación indefinida e aos estímulos de fomento do emprego– modificou os colectivos aos que se aplicaban as bonificacións, ao excluír os mozos de 30 anos e incorporar as mulleres desempregadas entre 16 e 45 anos e os desempregados perceptores da prestación contributiva de desemprego aos que lles faltase, polo menos, un ano de cobramento desa prestación. No entanto, incentivou de novo, superando a restrición do programa do ano 2000, a transformación en indefinidos de todos os contratos de duración determinada ou temporais. Este programa de fomento do emprego prorrogouse para o ano 2002 e mantívose no esencial, á marxe das lixeiras modificacións efectuadas nas porcentaxes de bonificación, en 2003, 2004 e 2005. Neste último ano os programas de fomento do emprego empezaron a incluírse, polo demais, na Lei de orzamentos xerais do Estado en lugar de na de acompañamento.

### 3.2.2 A avaliación dos programas de incentivos á contratación

Non foi esta, non obstante, a principal novidade acaecida durante estes anos en relación cos programas de incentivos á contratación. Sen dúbida ningunha, reviste maior interese a publicación en xaneiro de 2005 do informe «Máis e mellor emprego nun novo escenario socioeconómico: por unha flexibilidade e seguridade laborais efectivas», que se lle encomen-

---

8 PÉREZ DEL PRADO, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, cit., p. 53.

9 Real decreto lei 5/2001, do 2 de marzo, logo Lei 12/2001, do 9 de xullo.

dou, no marco do diálogo social sobre o mercado de traballo<sup>10</sup>, a unha Comisión de Expertos co obxecto de avaliar o funcionamento das políticas de emprego, precisamente, desde as reformas laborais acometidas no período 1992-1994. Certamente, aínda que a avaliación das políticas de emprego xa se levara a cabo en case todos os países europeos, aínda non se materializara en España<sup>11</sup>. Cobra, por iso, especial relevancia a valoración efectuada neste informe, cuxas conclusións cómpre seguir tendo presentes na actualidade. En concreto, resultan dignos de mención, neste momento, tres aspectos fundamentais:

En primeiro lugar, no informe considérase que as subvencións que estaban vixentes no noso país desde 1997 podían entenderse como medidas de apoio á inserción laboral de determinados colectivos ou como medidas de fomento do emprego indefinido. Entendidas como medidas a favor da inserción laboral de determinados colectivos, as subvencións á contratación, tal como se estaban a aplicar, tiñan dúas deficiencias. Unha, a súa ampla cobertura impedía que fosen realmente eficaces sobre os colectivos especialmente desfavorecidos no mercado de traballo. E, dúas, resultaba discutible que para os ditos colectivos as subvencións se tivesen que limitar ás novas contratacións indefinidas e non a calquera tipo de contratación. Se, pola contra, se entendían como medidas de fomento do emprego indefinido, e mentres se mantivesen os elevados niveis de temporalidade, as subvencións á contratación indefinida podían desempeñar certo papel como mecanismo a favor da estabilidade. Agora ben, para xustificalas era necesario ofrecer unha avaliación rigorosa dos seus resultados e comparar a súa eficacia coa doutros usos alternativos aos que poden dedicarse os recursos que as financian.

En segundo lugar, o informe subliña que a avaliación dos efectos das subvencións á contratación indefinida se enfrontaba a unha dobre dificultade: por un lado, a dificultade de identificar os distintos efectos das políticas de emprego; e, por outro, a derivada da forma en que tales axudas se desenvolvían no noso país.

En efecto, como constataron as múltiples avaliacións e estudos existentes no contexto internacional<sup>12</sup> independentemente da forma en que se instrumenten as medidas a favor da contratación, calquera intervención deste tipo ten, xunto co efecto desexado que a xustifica, tres tipos de efectos máis:

Primeiro, o efecto “peso morto” ou ganga, que describe a posibilidade de que a contratación de traballador se producise de todos os xeitos, mesmo sen a existencia dos incentivos, de maneira que a bonificación ou incentivo é un “gasto inútil” que se traduce nunha ganancia neta para o empresario.

Segundo, o efecto “substitución”, que significa que o incentivo pode provocar que uns individuos consigan emprego a custa doutros, é dicir, pode orixinar que a empresa se decida por unha persoa do colectivo bonificado, cuxa contratación é máis barata, e deixe fóra outra persoa. Iso, aínda que non implica a diminución do paro, pode ser conveniente en ocasións.

10 A Declaración para o Diálogo Social asinou se entre o Goberno e os interlocutores sociais en xullo de 2004.

11 AEVAL, *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, cit., pp. 44 e ss. Sobre a importancia da avaliación das políticas activas de emprego e a súa tardía materialización no noso país, pode verse, por todos, PÉREZ DEL PRADO, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, cit., pp. 28 e ss.

12 Poden verse, por exemplo, os citados en MARX, I., “Subvenciones al empleo y reducción de las cotizaciones empresariales. Dictamen de los estudios empíricos”, *Revista Internacional del Trabajo*, n.º 1, vol. 120, 2001, pp. 75 e ss.; AEVAL, *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, cit., pp. 44 e ss.; ou PÉREZ DEL PRADO, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, cit., pp. 101 e ss.

Terceiro, o efecto “desprazamento”, consistente en que a redución de custos laborais causada polas bonificacións á contratación ou subvencións ao emprego pode permitirlle a unha empresa determinada reducir prezos e expulsar do mercado de traballo outras empresas que non poden acollerse a estes programas.

Por outra banda, o informe pon de manifesto que a estas dificultades se engadían as procedentes da forma en que as medidas a favor da contratación se viñan desenvolvendo no noso país. Como segue acontecendo na actualidade, a existencia dunha ampla gama de intervencións en favor da contratación –estatais e autonómicas– variables en función dos colectivos cubertos e os instrumentos utilizados daban lugar a unha complexidade e incerteza considerables.

Finalmente, en terceiro lugar, o informe afirma que, malia que os incentivos á contratación dos colectivos especialmente desfavorecidos no mercado de traballo podían estar xustificadas por razóns de equidade e deberían manterse, aínda que con certa reformulación para facelos máis selectivos, as restantes medidas de fomento da contratación indefinida non parecían ser a forma máis axeitada de favorecer a estabilidade no emprego. Á parte do considerable efecto de peso morto que podían levar consigo, apúntase que resultaba probable que estivesen a favorecer en maior medida as empresas con máis rotación laboral e que, polo tanto, estivesen a xerar máis inestabilidade.

### 3.2.3 O frustrado intento racionalizador da reforma 2006

Seguindo, en principio, as indicacións do mencionado informe, así como as contidas no Acordo para a mellora do crecemento e do emprego, asinado polo Goberno e os interlocutores sociais o 9 de maio de 2006, a Lei 43/2006, do 29 de decembro, propúxose abandonar os programas de fomento do emprego anuais contidos nas sucesivas leis de orzamentos para achegar un panorama de maior estabilidade e permanencia que ofrecese unha mellor selección dos colectivos incentivados fronte á excesiva ampliación de anos anteriores. A exposición de motivos da lei indicaba neste sentido que o novo Programa de Fomento do Emprego se dirixía, fundamentalmente, a impulsar a utilización da contratación indefinida inicial por parte das empresas. Por iso, concentraba os apoios públicos na contratación estable e favorecía a conversión de empregos temporais en fixos mediante un Plan extraordinario de carácter excepcional e vixencia limitada. Para alcanzar os obxectivos sinalados, ademais de mellorar a selección dos colectivos beneficiarios, a Lei 43/2006 ampliou, con carácter xeral, a duración dos incentivos a catro anos, co obxectivo de favorecer o mantemento do emprego, e substituíu as porcentaxes de bonificación –que supoñen que a contía da bonificación sexa menor para os grupos con menores salarios– por contías fixas de bonificación que garanten a súa independencia do salario da persoa contratada<sup>13</sup>.

O mencionado programa non logrou, porén, acadar os seus obxectivos. De feito, continuou a tendencia cara á xeneralización dos colectivos bonificados iniciada en 1997 ata o punto de que o único colectivo non subvencionado era o formado polos homes maiores de 30 anos e menores de 45, inscritos ininterrompidamente durante menos de 6 meses, e non perceptores de prestacións ou subsidios de desemprego (aínda que estaban incluídos aqueles aos que

13 Sobre estas modificacións, amplamente, CUETO IGLESIAS, B., “Las ayudas a la contratación indefinida en España”, *cit.*, pp. 95 e ss.; OCDE, *Empleo juvenil. España*, Ministerio de Trabajo e Asuntos Sociais, Madrid, 2007, pp. 15 y ss.; PÉREZ DEL PRADO, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, *cit.*, pp. 66 e ss.



lles restaba máis dun ano de percepción) nin da renda activa de inserción<sup>14</sup>. A esta mesma conclusión chegou a Axencia Estatal de Avaliación das Políticas Públicas e a Calidade dos Servizos creada pola Lei 28/2006, do 18 de xullo, que na súa “Avaliación sobre a política de bonificación e redución de cotas da Seguridade Social”, publicada no ano 2009, recolle unha serie de recomendacións que resultan do máximo interese:

Por unha banda, lembra que todos os estudos nacionais e internacionais utilizados coinciden en cuestionar a eficacia das bonificacións cando a súa poboación obxectivo é excesivamente ampla. Por iso, aconsella restrinxir o uso das bonificacións para os grupos de traballadores e tamaños de empresas que realmente teñen máis dificultades para acceder ou manterse no emprego ou para xeralo e mantelo, respectivamente.

Por outra banda, reconece que a recesión iniciada no ano 2008 provocou un cambio radical no panorama do mercado de traballo en España, de xeito que o problema xa non é a temporalidade, senón a destrución de emprego. En consecuencia, debería abordarse un redeseño da política de bonificacións que tivese presente que os dous grandes retos a que deben dar resposta as políticas activas do mercado de traballo son a prevención da perda de máis postos de traballo e o impulso á xeración de emprego. Para frear a destrución de emprego, sublíñase a conveniencia de utilizar as bonificacións para manter postos de traballo na liña dalgunhas prácticas postas en marcha por outros países, como son as relativas ás reducións da xornada de traballo<sup>15</sup>. En relación coa creación de emprego, enténdese que deberían sentarse as bases para unha mellor xeración de emprego mediante a formación para a reorientación sectorial ou a mellora da cualificación no posto de traballo, o cal pode estar ligado a bonificacións selectivas e incluír outras medidas complementarias (por exemplo, a mellora da intermediación).

Paga a pena destacar, finalmente, que nun dos estudos económicos máis prestixiosos que neste momento se levan a cabo sobre os efectos das bonificacións á Seguridade Social –o dirixido polo profesor Toharia– se chega aínda máis lonxe, ao afirmar que nunha época como a iniciada no ano 2008 non pode obviarse a incapacidade das bonificacións para crear emprego, polo que, quizais, deberían deixar de subvencionarse as contratacións, dedicando os fondos liberados a outras medidas que poidan ter un maior impacto directo sobre o nivel de emprego ou na propia protección social dos traballadores que se atopen nunha situación de necesidade como consecuencia do desemprego<sup>16</sup>.

14 CUETO IGLESIAS, B., “Las ayudas a la contratación indefinida en España”, *cit.*, p. 93; PÉREZ DEL PRADO, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, *cit.*, pp. 66-67.

15 Hai que ter presente, non obstante, que existen estudos –AEVAL, *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, *cit.*, p. 135– que evidencian que estas medidas máis que evitar os despedimentos os pospoñen, polo que resulta preferible reorientar o emprego de sectores económicos necesitados de reconversión a sectores económicos de maior futuro.

16 TOHARIA CORTÉS, L., *et. al.*, *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 270.

### 3.3 A terceira etapa: as bonificacións e reducións de cotas durante a crise

As reformas en materia de bonificacións e reducións nas cotizacións sociais desde o inicio da crise económica que marca o comezo da terceira etapa a analizar foron incesantes<sup>17</sup>. Non obstante, presentan unha especial relevancia as modificacións introducidas polas reformas laborais de 2010<sup>18</sup> e de 2012<sup>19</sup>.

#### 3.3.1 As repercusións da avaliación na reforma de 2010: a definición selectiva de colectivos

Así, a reforma de 2010 abordou a mellora da política de bonificacións á contratación indefinida, partindo, segundo ela mesma indica, do consenso xeral de que a súa práctica xeneralización limitara gravemente a súa eficiencia. Sobre a base deste diagnóstico –reflectedo nas conclusións da Comisión de Traballo e Inmigración do Congreso dos Deputados sobre esta materia nas que, á súa vez, influíu decisivamente o informe do profesor Toharia<sup>20</sup>–, a reforma derogou as medidas xerais da Lei 43/2006, conservando unicamente as relativas a traballadores discapacitados, vítimas de violencia de xénero e doméstica e traballadores en situación de exclusión social, e definiu de xeito máis selectivo os colectivos de traballadores cuxa contratación indefinida bonificaba. Por un lado, incluíu os mozos de ata 30 anos, pero con especiais problemas de empregabilidade, é dicir, mozos desempregados que estivesen inscritos na oficina de emprego polo menos doce meses nos dezaioito meses anteriores á contratación e que non completasen a escolaridade obrigatoria ou carecesen de titulación profesional. Por outro lado, fusionando dous colectivos que ata entón aparecían por separado –traballadores maduros e parados de longa duración<sup>21</sup>–, referiuse aos maiores de 45 anos cunha permanencia prolongada no desemprego, que se concretou en polo menos doce meses nos dezaioito meses anteriores á contratación. Desta forma, a partir deste momento, o colectivo de mulleres deixou de ter un apartado específico como colectivo bonificado, e a súa contratación pasou a considerarse como unha das circunstancias que permite incrementar a contía das bonificacións.

Xunto a iso, polo que ás bonificacións de base contractual se refire, a reforma de 2010, entre outras cousas, recoñeceu unha bonificación total das cotizacións sociais do contrato para a formación nun intento de incentivar o seu uso e, conseguintemente, as oportunidades de emprego dos mozos, e mantivo, aínda que creando o seu propio plan, as bonificacións para a conversión de contratos formativos, de relevo e de substitución por anticipación da idade de xubilación en contratos indefinidos.

Ademais, a reforma de 2010 entendeu necesario exixir que as novas contratacións ou transformacións, salvo as referidas a contratos de relevo, supuxesen un incremento do nivel de

---

17 A súa descrición pormenorizada pódese atopar en BAJO GARCÍA, I. “Incentivos económicos y fiscales a la creación y mantenimiento del empleo”, *Actualidad Laboral*, n.º 19, 2012.

18 Real decreto lei 10/2010, do 16 de xuño, logo Lei 35/2010, do 17 de setembro.

19 Real decreto lei 3/2012, do 10 de febreiro, logo Lei 3/2012, do 6 de xullo.

20 PÉREZ DEL PRADO, D., “Modificaciones al régimen de incentivos a la contratación (Real decreto-ley 3/2012)”, García-Perrote, I. e Mercader, J. R. (dirs.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 137.

21 BAJO GARCÍA, I., “Incentivos económicos y fiscales a la creación y mantenimiento del empleo”, *cit.*, pp. 4 e ss. da versión electrónica (en diante, v.e.); PÉREZ DEL PRADO, D., “Modificaciones al régimen de incentivos a la contratación (Real decreto-ley 3/2012)”, *cit.*, p. 140.

emprego fixo na empresa<sup>22</sup>. Esta limitación, unida á restrición de colectivos descrita, explica que tras a reforma de 2010 se reducisen, respecto ao programa de 2006, nun 45 % o número de contratos bonificados<sup>23</sup>.

### 3.3.2 O apoio ao emprendedor tras a reforma de 2012

Malia que a disposición adicional novena da Lei 35/2010 previra a avaliación anual das bonificacións á contratación, a reforma de 2012 non parte da avaliación na dita materia, aínda que a preveña para o futuro nas súas disposicións adicionais décimo cuarta e décimo quinta. Iso si, a exposición de motivos da Lei 3/2012 indica que, de novo, se pretende racionalizar o sistema de bonificacións para a contratación indefinida, cuxa práctica xeneralizada limitou gravemente a súa eficiencia.

Vaia por diante que a reforma de 2012 se caracteriza, con carácter xeral, por significar certo desprazamento, malia os elementos de continuidade coas reformas de 2010 e 2011, da tutela do traballo propia do tradicional dereito do traballo á tutela da empresa e a produtividade<sup>24</sup>. Non é de estrañar, por iso, que, en relación cos incentivos á contratación, a reforma de 2012 inaugure unha nova tendencia consistente en encadrar os incentivos dentro das políticas de apoio á actividade empresarial ou, se se prefire, ao impulso dos emprendedores, que esvae a súa pertenza á política de emprego “ao servizo dos cidadáns-traballadores”<sup>25</sup>. Así o vén confirmar a nova modalidade contractual por tempo indefinido creada pola reforma: o contrato de apoio aos emprendedores.

Como é coñecido por todos, a extensión da indemnización de trinta e tres días na reforma laboral de 2012 fíxolle perder o seu atractivo ao contrato de fomento da contratación indefinida, que desapareceu para deixar paso a este novo contrato. Tamén nesta ocasión a nova figura contractual queda situada extramuros do Estatuto dos traballadores, pois preséntase con vocación de provisionalidade: concretamente, ex disposición transitoria 9ª.2 da Lei 3/2012, a posibilidade de realizar estes contratos queda condicionada a que a taxa de desemprego no noso país se sitúe por debaixo do 15 %. O contrato nace, en todo caso, coa intención declarada de fomentar a contratación indefinida e a creación de emprego, especialmente de mozos desempregados e pemes, por seren os que están a sufrir con maior intensidade as consecuencias negativas da crise económica. Así pois, a formulación do lexislador é clara: crear unha figura capaz de xuntar promoción do emprego estable e potenciación da iniciativa empresarial. Outra cousa é que tan ambicioso obxectivo se teña conseguido co perfil que, finalmente, se lle outorga ao contrato de apoio aos emprendedores, cuxos extremos máis destacables son os seguintes:

22 No artigo 10.5 detallábase a fórmula de cálculo: “Para calcular o dito incremento, tomarase como referencia a media diaria de traballadores con contratos indefinidos no período dos noventa días anteriores á nova contratación ou transformación, calculado como o cociente que resulte de dividir entre noventa o sumatorio dos contratos indefinidos que estivesen en alta na empresa en cada un dos noventa días inmediatamente anteriores á nova contratación ou transformación. Excluíranse do cómputo os contratos indefinidos que se extinguen no devandito período por despedimento disciplinario declarado como procedente, dimisión, morte, xubilación ou incapacidade permanente total, absoluta ou grande invalidez do traballador, ou durante o período de proba”.

23 PÉREZ DEL PRADO, D., “Modificaciones al régimen de incentivos a la contratación (Real decreto-ley 3/2012)”, *cit.*, p. 166.

24 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Flexibilidad interna y externa en el Real decreto-ley 3/2012”, *diariolaley.es*, 2012, p. 1 da v.e.

25 PÉREZ DEL PRADO, D., “Modificaciones al régimen de incentivos a la contratación (Real decreto-ley 3/2012)”, *cit.*, p. 168.

En primeiro lugar, o contrato centra a súa atención nas empresas de menos de 50 traballadores, por seren as que representan a maior parte do tecido produtivo español (o 99,23 %, segundo o Instituto Nacional de Estadística). Estas son as únicas que poden concertar este contrato que, obrigatoriamente, debe formalizarse por escrito no modelo que se estableza. O Real decreto lei 16/2013, do 20 de decembro, suprimiu a exigencia inicial de que o contrato se realizase a xornada completa por considerar razoable a ampliación do uso dunha medida que “se revelou” como eficaz para fomentar a celebración de contratos de traballo indefinido.

En segundo lugar, cómpre destacar que a principal peculiaridade que presenta o réxime xurídico aplicable ao novo contrato de apoio aos emprendedores é a relativa á duración do seu período de proba. Efectivamente, segundo o artigo 4.3 da Lei 3/2012, nestes contratos a duración do período de proba a que se refire o artigo 14 do Estatuto dos traballadores “será dun ano en todo caso”. Asítese, con iso, a unha desnaturalización da figura do período de proba. É máis, posto que durante un ano existirá libre desistencia empresarial e esta se caracteriza por constituír unha excepción ao carácter causal que exige o ordenamento español nas extincións por iniciativa empresarial, cabe pensar que o contrato de emprendedores abre a porta a unha sorte de contratación temporal non causal que non xera dereito a indemnización ningunha. Aínda que non sexa este o momento de entrar na análise da cuestión<sup>26</sup>, o certo é que se dubidou da compatibilidade entre un período de proba tan dilatado e as exigencias derivadas do Convenio n.º 158 da OIT sobre a terminación da relación de traballo ou da Carta Social Europea de 1961. Do mesmo xeito, como consecuencia da falta de protección fronte ao despedimento destes traballadores, cabería cuestionar a avinza entre a figura estudada e o dereito ao traballo do artigo 35 da CE, e, entre outras cousas, poderíase pór en dúbida se, desde o punto de vista do principio de igualdade do artigo 14 da CE, está xustificada a desigualdade de trato en función do tamaño da empresa que o contrato trae consigo. En todo caso, malia as obxeccións formuladas, a STC 119/2014, do 16 de xullo, avalou finalmente a constitucionalidade da duración do período de proba do contrato de emprendedores, fundamentalmente por considerar que nun contexto de grave crise económica e alto desemprego a dita duración é unha medida conxuntural que atopa xustificación “sobre todo, na específica e lexítima finalidade de potenciar a iniciativa empresarial como instrumento para contribuír, xunto con outras medidas do seu réxime xurídico, a promover a creación de emprego estable, de conformidade co mandato que o artigo 40.1 CE lles dirixe aos poderes públicos para levar a cabo unha política orientada ao pleno emprego”.

En terceiro lugar, é necesario ter en conta que, como garantía fronte ao chamado “efecto substitución”, se lles prohibe asinar o contrato ás empresas que, nos seis meses anteriores, adoptasen “decisións extintivas improcedentes”. Non obstante, non se impide o uso desta modalidade contractual por recorrer o empresario nos seis meses anteriores á súa facultade de libre desistencia empresarial durante o período de proba. En consecuencia, tras extinguirse un contrato de apoio aos emprendedores por libre desistencia do empresario, será posible celebrar outro cun traballador diferente e así sucesivamente. Esta concatenación de contratos formalmente indefinidos pero temporais *de facto* levou a doutrina a preguntarse, non sen razón, por unha posible vulneración da Directiva 99/70/CE, que na cláusula 5.1 do

---

26 O tema trátase amplamente en LÓPEZ TERRADA, E., *Las modalidades de contratación en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 21-40.

seu anexo prevé medidas destinadas a previr os abusos “como consecuencia da utilización sucesiva de contratos ou relacións laborais de duración determinada”<sup>27</sup>.

Finalmente, debe indicarse que o establecemento dun período de proba dun ano de duración non foi a única medida ideada para incentivar o uso do contrato. Recoñécense, ademais, unha serie de incentivos fiscais e bonificacións na cota empresarial á Seguridade Social nos apartados cuarto e quinto do artigo 4 da Lei 3/2012. Aínda que a norma vincula a súa percepción ao mantemento no emprego do traballador durante tres anos (artigo 4.7), queda claro que o funcionamento do contrato resulta independente da percepción dos incentivos á contratación e que, por conseguinte, o contrato pode converterse nun período de proba dun ano, coas criticables consecuencias que diso derivan. Por outra banda, tras a tramitación parlamentaria, ampliáronse as obrigas de mantemento do emprego exixindo a conservación do nivel de emprego na empresa alcanzado co contrato por tempo indefinido de apoio aos emprendedores durante, polo menos, un ano desde a formalización do contrato.

Os incentivos fiscais son dous: unha dedución fiscal de 3.000 euros para as empresas que carecen de persoal contratado; e outro para as empresas de menos de cincuenta traballadores que contraten desempregados beneficiarios dunha prestación contributiva por desemprego que percibisen a prestación durante, polo menos, tres meses<sup>28</sup>. O Real decreto lei 3/2012 non desenvolveu, inicialmente, os detalles técnicos dos dous tipos de incentivos fiscais que anunciaba e, por este motivo, procedeu a efectuar este labor na súa tramitación parlamentaria, modificando, con efectos a partir da entrada en vigor do Real decreto lei, o artigo 43 do texto refundido da Lei do imposto sobre sociedades, aprobado polo Real decreto legislativo 4/2004, do 5 de marzo. No suposto de que o contrato se realice a tempo parcial, tales incentivos fiscais gozarán de modo proporcional á xornada de traballo pactada no contrato.

Con independencia dos mencionados incentivos fiscais, as empresas poden obter as bonificacións na cota empresarial á Seguridade Social descritas no apartado cinco do artigo 4 da lei se contratan determinados desempregados inscritos na oficina de emprego: mozos de entre 16 e 30 anos, ambos os dous inclusive, ou maiores de 45 anos. Desaparece, pois, o requisito, exixido polo Real decreto lei 3/2012, de que os maiores de 45 anos estivesen inscritos como demandantes de emprego polo menos doce meses nos dezoito anteriores á contratación. Estas bonificacións incrementáronse de concertarse o contrato con mulleres, pero recuperando, acertadamente ao meu xuízo, a exixencia de que se trate de ocupacións en que este colectivo estea menos representado; e se o contrato se asina a tempo parcial, gozarán de modo proporcional á xornada de traballo pactada no contrato.

Con todo, a concesión de incentivos non parece estar a resultar decisiva no uso destes contratos. En efecto, no ano 2012 foron menos do 40 % dos contratos de apoio aos emprendedores celebrados –algo máis de 82.000– os que se acolleron a algún dos incentivos descritos<sup>29</sup>, e no ano 2014 –en que se formalizaron algo máis de 98.751– o impacto sobre

27 GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinidos por reiteración de contratos temporales”, García-Perrote, I. e Mercader, J. R. (dirs.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, 1.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 58; MIRANDA BOTO, J. M., “El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”, *Actualidad Laboral*, n.º 8, 2012, p. 2 da v.e.

28 O importe desta dedución fiscal é equivalente ao 50 % da prestación por desemprego que o traballador tivese pendente de percibir no momento da contratación, co límite de doce mensualidades.

29 NAVARRO NIETO, F. e COSTA REYES, A. “Reformas laborales y políticas de empleo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 60, 2013, p. 18, nota 19.

este tipo de contrato das deducións fiscais previstas alcanzou o 5,5 % do total de contratos acollidos a algunha dedución<sup>30</sup>.

Á marxe do novo contrato de apoio aos emprendedores, a Lei 3/2012, aínda que derogou algunha das bonificacións existentes—como a concedida na Lei 43/2006 por reincorporación tras a suspensión do contrato por maternidade ou excedencia por coidado de fillo—, recoñeceu outros incentivos á contratación. Así, por exemplo, fixou reducións nas cotas á Seguridade Social por realizar contratos para a formación e a aprendizaxe con traballadores desempregados inscritos na oficina de emprego ou transformalos en indefinidos (artigo 3); bonificou o tránsito a contratacións indefinidas nos contratos en prácticas, de relevo, e de substitución por anticipación da idade de xubilación<sup>31</sup> en empresas de menos de cincuenta traballadores (artigo 7); apoiou tamén con bonificacións a prolongación do período de actividade dos traballadores con contratos fixos discontinuos nos sectores de turismo, comercio vinculado a este e hostalaría (disposición adicional duodécima); incluíu as vítimas do terrorismo na Lei 43/2006 (disposición derradeira décimo cuarta); ou conservou as bonificacións vinculadas á suspensión de contratos e a redución de xornada (artigo 15).

Non parece, en consecuencia, que coa reforma de 2012 se racionalizase finalmente o panorama de incentivos á contratación. Boa proba diso é que o Real decreto lei 20/2012, do 13 de xullo, se aprobase co obxecto de cumprir “*coas recomendacións da Axencia Estatal de Avaliación das Políticas Públicas e a Calidade dos Servizos de dirixir as bonificacións á contratación a colectivos con dificultades obxectivas e especiais para acceder ao mercado de traballo, facéndoa máis efectiva e ofrecendo maior seguridade xurídica*”. Para cumprir con este fin, o Real decreto lei 20/2012 decidiu suprimir o dereito das empresas á aplicación de bonificacións pola contratación de traballadores, mesmo tratándose de bonificacións xa recoñecidas e que se viñan aplicando, coa única excepción das declaradas expresamente vixentes na súa disposición transitoria sexta. Pero esta decisión, lonxe de aclarar o panorama de incentivos á contratación, incrementou a confusión en canto á súa vixencia e, tempo despois, a disposición derradeira quinta da Lei 13/2012, do 26 de decembro, redactou de novo a disposición transitoria sexta do Real decreto lei 20/2012, precisando as bonificacións que deben considerarse vixentes e “resucitando” algunhas das que previamente suprimira esta norma<sup>32</sup>.

## 4 Os novos incentivos á contratación: a urgente necesidade de crear emprego

### 4.1 Os estímulos á contratación de mozos: as leis 11/2013 e 18/2014

A Lei 11/2013 incorpórase ao “sobrecargado” panorama de incentivos afondando claramente na tendencia iniciada no ano 2012, pois non cabe pasar por alto que a norma, xunto aos estímulos á contratación que a continuación serán obxecto de análise, recolle un conxunto

---

30 CES, *Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2014*, cit., pp. 313-314.

31 Derogado pola Lei 27/2011, do 1 de agosto, desde o 1 de xaneiro de 2013.

32 FERNÁNDEZ PRATS, C. e TATAY PUCHADES, C., “Financiación, cotización y recaudación”, Roqueta, R. e García, J. (dirs.), *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 187-188.

de medidas de fomento do emprendemento e o autoemprego como parte da Estratexia de Emprendemento e Emprego Xove 2013-2016.

A Estratexia de Emprendemento e Emprego Xove, en principio, presentouse como o resultado dun proceso de diálogo e participación cos interlocutores sociais e, ademais, enmárcase dentro do Plan Nacional de Reformas posto en marcha polo Goberno e responde ás recomendacións que, en materia de emprego novo, realizou a Comisión Europea, incluíndo a recente “Garantía Xuvenil”, en virtude da cal os Gobernos da Unión Europea se comprometeron a proporcionarlles aos menores de 25 anos que abandonan o sistema educativo ou están en paro, emprego, formación ou prácticas nun prazo máximo de catro meses. Cabe destacar a este respecto que o 8 de febreiro de 2013 o Consello Europeo decidiu crear unha “Iniciativa sobre Emprego Xuvenil” que está aberta a todas as rexións que teñan taxas de desemprego xuvenil por enriba do 25 % e que actuará en apoio de medidas establecidas no conxunto das que se dedican ao emprego xuvenil, propostas pola Comisión en decembro de 2012, e en particular en apoio da Garantía Xuvenil proposta polo Executivo comunitario o 5 de decembro de 2012.

En todo caso, a Estratexia de Emprendemento e Emprego Xove contén cen medidas para combater o desemprego entre os mozos, 15 das cales son actuacións “de choque” ou alto impacto cuxos resultados esperan a curto prazo. Pois ben, seis desas quince medidas recolléronse como estímulos á contratación no capítulo III do Real decreto lei 4/2013, agora capítulo III da Lei 11/2013. Non obstante, non hai que esquecer que, o mesmo día da súa aprobación, os sindicatos denunciaron que o Real decreto lei 4/2013 incluía medidas non consultadas nin discutidas cos interlocutores sociais –como a bonificación pola contratación de mozos a través de empresas de inserción ou a posibilidade de que as ETT poidan subscribir contratos de formación<sup>33</sup>– que implican unha precarización tanto na inserción laboral dos mozos como nas súas condicións de traballo.

Deste xeito, ata que a taxa de desemprego española se sitúe por debaixo do 15 % (disposición transitoria primeira da Lei 11/2013), pasan a formar parte das medidas de fomento da contratación os incentivos descritos nos artigos 9 a 14 da lei.

#### 4.1.1 Os incentivos á contratación a tempo parcial con vinculación formativa

Do primeiro dos incentivos poden beneficiarse as empresas, incluídos os traballadores autónomos, que asinen contratos a tempo parcial “con vinculación formativa” con mozos desempregados menores de trinta anos que cumpran algún dos requisitos seguintes (artigo 9.2):

- a) Non ter experiencia laboral ou que esta sexa inferior a tres meses.
- b) Proceder doutro sector de actividade. Tras o Real decreto lei 16/2013, do 20 de decembro, aclárase que, para estes efectos, se entenderá por sector de actividade o identificado como Clase mediante un código numérico de catro cifras no anexo do Real decreto 475/2007, do 13 de abril, polo que se aproba a Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009), de acordo co seu artigo 3.d).

<sup>33</sup> O Real decreto lei 16/2013, do 20 de decembro, incorporou a posibilidade de que as empresas de traballo temporal subscriban, tamén, contratos en prácticas.

c) Ser desempleado e estar inscrito ininterrompidamente na oficina de emprego polo menos doce meses durante os dezaioito anteriores á contratación.

d) Carecer de título oficial de ensino obrigatorio, de título de formación profesional ou de certificado de profesionalidade.

e) Ser persoas beneficiarias do Sistema Nacional de Garantía Xuvenil en España. Trátase dos mozos maiores de 16 anos e menores de 25, ou menores de 30 anos no caso de persoas cun grao de discapacidade igual ou superior ao 33 %, que cumpran cos requisitos recollidos na Lei 18/2014, do 15 de outubro, para beneficiarse dunha acción derivada do Sistema Nacional de Garantía Xuvenil. Así mesmo, trátase dos mozos maiores de 25 anos e menores de 30, ata que a súa taxa de desemprego se sitúe por debaixo do 20 %, segundo a Enquisa de Poboación Activa correspondente ao último trimestre do ano, que cumpran cos requisitos recollidos na Lei 18/2014 para beneficiarse dunha acción derivada do Sistema Nacional de Garantía Xuvenil (artigo 88 d) da Lei 18/2014, modificado pola Lei 25/2015, do 28 de xullo). Iso supón, como regra xeral, non ter traballado nos 30 días naturais anteriores á data de presentación da solicitude; non recibir accións educativas que leven consigo máis de 40 horas mensuais nos 90 días naturais anteriores á data de presentación da solicitude; e non ter recibido accións formativas que leven consigo máis de 40 horas mensuais nos 30 días naturais anteriores á data de presentación da solicitude (cfr. artigos 88 d), 97 e disposición adicional vixésimo oitava da Lei 18/2014 tras as modificacións introducidas pola Lei 25/2015).

Como se dixo, a percepción do incentivo –consistente nunha redución durante doce meses como máximo da cota empresarial á Seguridade Social por contingencias comúns correspondente ao traballador contratado, do 100 % no caso de que o contrato o subscriban empresas cuxo cadro de persoal sexa inferior a 250 persoas, ou do 75 % no suposto de que a empresa contratante teña un cadro de persoal igual ou superior a esa cifra<sup>34</sup> queda vinculado a que se concerte un contrato a tempo parcial e a que exista vinculación formativa. Non obstante, non se admite calquera contratación a tempo parcial nin calquera vinculación formativa. Así, exíxese que a xornada pactada no contrato non sexa superior ao 50 % da correspondente a un traballador a tempo completo comparable, salvo no caso de persoas beneficiarias do Sistema Nacional de Garantía Xuvenil, que poderá alcanzar o 75 % da xornada, ben que pode tratarse tanto dun contrato por tempo indefinido como de duración determinada (artigo 9.4). O requisito de vinculación formativa concrétase, pola súa banda, requiríndolles aos traballadores compatibilizar o emprego coa formación ou xustificar cursala nos seis meses previos á formalización do contrato. A formación, non obstante, non ten que estar vinculada especificamente ao posto de traballo obxecto do contrato e pode ser, ben formación acreditable oficial ou promovida polos Servizos Públicos de Emprego, ben formación en idiomas ou tecnoloxías da información e a comunicación dunha duración mínima de 90 horas en cómputo anual (artigo 9.3).

Ante a xeneralidade destas exixencias, non cabe senón cuestionarse pola capacidade destes contratos para seren, ademais dunha vía de inserción barata e precaria, unha forma de asegurarlles aos mozos niveis axeitados de cualificación profesional que realmente melloren a súa empregabilidade. Quizais fose preferible definir máis especificamente os mozos implicados no incentivo e as características da súa formación, buscando coa axuda, por exemplo,

34 Ademais, segundo o artigo 9.1.2º, «o incentivo poderá ser prorrogado por outros doce meses, sempre que o traballador continúe compatibilizando o emprego coa formación, ou a cursase nos seis meses previos á finalización do período a que se refire o parágrafo anterior».



que os mozos adaptasen a súa formación cara a sectores innovadores, como no modelo sueco<sup>35</sup>, ou destinándoa, como se fixo en Irlanda recentemente, só a mozos procedentes do sector da construción para outorgarlles capacitación na instalación de tecnoloxías verdes en fogares e empresas ou para levar a cabo verificacións do cumprimento dos criterios de eficiencia enerxética<sup>36</sup>.

Polo demais, e co fin de evitar o “efecto substitución”, prohibese que as empresas –traballadores autónomos incluídos– adoptasen, nos seis meses anteriores á formalización do contrato, decisións extintivas improcedentes<sup>37</sup>. Xunto a iso, establécese unha obriga de manter o nivel de emprego alcanzado co contrato –durante, polo menos, un período equivalente á duración do dito contrato cun máximo de doce meses desde a súa celebración– cuxo incumprimento obriga ao reintegro dos incentivos<sup>38</sup>, así como unha obriga de formalización escrita dos contratos no modelo que estableza o Servizo Público de Emprego Estatal.

#### 4.1.2 A redución da cotización á Seguridade Social pola contratación indefinida de mozos a través de microempresas e autónomos

O segundo dos incentivos consiste nunha redución do 100 % da cota empresarial á Seguridade Social por contingencias comúns correspondente ao traballador contratado durante o primeiro ano de contrato que se lles concede ás empresas, incluídos os traballadores autónomos, que contraten de xeito indefinido, a tempo completo ou parcial, un mozo desempregado menor de trinta anos.

Neste caso, son as empresas, ou os traballadores autónomos, os que deben reunir, acumulativamente, os requisitos enumerados no artigo 10.1 da Lei 11/2013, do 26 de xullo:

- a) Ter, no momento de realizar o contrato, un cadro de persoal igual ou inferior a nove traballadores.
- b) Non ter tido ningún vínculo laboral anterior co traballador.
- c) Non ter adoptado, nos seis meses anteriores á formalización do contrato, decisións extintivas improcedentes<sup>39</sup>.
- d) Non ter asinado con anterioridade outro contrato conforme o artigo 10.1, salvo que o contrato se extingue por causa non imputable ao empresario ou por resolución durante o período de proba, aínda que neste caso o período total de bonificación non poderá exceder, en conxunto, os doce meses.

35 AEVAL, *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, cit., p. 23.

36 AEVAL, *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, cit., p. 138.

37 Agora ben, a limitación afectará unicamente ás extincións producidas a partir do 24 de febreiro de 2013 e refrese á cobertura daqueles postos de traballo do mesmo grupo profesional que os afectados pola extinción e para o mesmo centro ou centros de traballo.

38 Non obstante, non se considerará incumplida a obriga de mantemento do emprego cando o contrato de traballo se extinga por causas obxectivas ou por despedimento disciplinario cando un ou outro sexa declarado ou recoñecido como procedente, nin as extincións causadas por dimisión, morte, xubilación ou incapacidade permanente total, absoluta ou grande invalidez dos traballadores ou pola expiración do tempo convindo ou realización da obra ou servizo obxecto do contrato, ou por resolución durante o período de proba.

39 Tamén aquí, ex artigo 10.1 c), a limitación afecta unicamente ás extincións producidas a partir do 24 de febreiro de 2013, e para a cobertura daqueles postos de traballo do mesmo grupo profesional que os afectados pola extinción e para o mesmo centro ou centros de traballo.

Hai que ter en conta, non obstante, que da concesión destes incentivos quedan expresamente excluídos os contratos de traballo por tempo indefinido de apoio aos emprendedores; os contratos para traballos fixos descontínuos; e os contratos indefinidos de traballadores discapacitados bonificados da Lei 43/2006 (artigo 10.2).

Polo demais, xunto a exixencias de carácter formal idénticas ás dos contratos a tempo parcial con vinculación formativa, a lei impón obrigas de mantemento no emprego do traballador contratado<sup>40</sup> e obrigas de mantemento do nivel de emprego na empresa<sup>41</sup>.

#### 4.1.3 Os incentivos do contrato “xeracións”

O terceiro incentivo combina o apoio ao emprendedor –neste caso mozo– co fomento do emprego dos desempregados de 45 ou máis anos aos que, neste caso, a diferenza do contrato de apoio aos emprendedores, si se lles exige o cumprimento de certos requisitos. Efectivamente, segundo o artigo 11 da lei, terán dereito a unha redución do 100 % de todas as cotas empresariais da Seguridade Social, incluídas as de accidentes de traballo e enfermidades profesionais e as cotas de recadación conxunta, durante os doce meses seguintes á contratación os traballadores por conta propia menores de trinta anos, e sen traballadores asalariados, que a partir de o 24 de febreiro de 2013 contraten por primeira vez, de forma indefinida, a tempo completo ou parcial, persoas desempregadas de idade igual ou superior a 45 anos, inscritas ininterrompidamente como desempregadas na oficina de emprego polo menos durante doce meses nos dezaioito meses anteriores á contratación ou que resulten beneficiarios do programa de recualificación profesional das persoas que esgoten a súa protección por desemprego.

Unha vez máis, condiciónase a concesión do incentivo ao mantemento do emprego do traballador contratado –dezaioito meses desde o inicio da relación laboral– agás se o contrato se extingue por causa non imputable ao empresario ou por resolución durante o período de proba. Nestes casos permítese, por certo, realizar un novo contrato “xeracións”, pero tendo en conta que o período total de aplicación da redución non poderá exceder, en conxunto, os doce meses (artigo 11.2 e 11.3).

#### 4.1.4 O contrato “primeiro emprego” xove e os incentivos á súa transformación en indefinido

A diferenza dos casos anteriores, o cuarto dos incentivos previstos pola lei supón unha bonificación nas cotas empresariais á Seguridade Social durante tres anos que pode obterse se, unha vez transcorrido un prazo mínimo de tres meses desde a súa celebración, se transforman en indefinidos os novos contratos temporais “de primeiro emprego” sempre que a xornada pactada sexa polo menos do 50 % da correspondente a un traballador a tempo completo comparable<sup>42</sup>.

---

40 Polo menos dezaioito meses desde a data de inicio da relación laboral, salvo que o contrato se extinga por causa non imputable ao empresario ou por resolución durante o período de proba, segundo o artigo 10.4 da lei.

41 Trátase, *ex* artigo 10.4, de manter o nivel de emprego na empresa alcanzado co contrato durante, polo menos, un ano desde a formalización do contrato. O incumprimento de ambos os dous tipos de obrigas de mantemento do emprego implicará o reintegro dos incentivos, ben que tales obrigas non se considerarán incumpridas nos mesmos supostos descritos no contrato a tempo parcial con vinculación formativa.

42 Segundo o artigo 12.4, a bonificación nas cotas empresariais á Seguridade Social será de 41,67 euros/mes (500 euros/ano), durante tres anos. Se o contrato se asinase cunha muller, a bonificación por transformación será de 58,33 euros/mes (700 euros/ano). Os apartados 5

A novidade neste caso non é, evidentemente, a bonificación da transformación de contratos temporais en indefinidos –que xa é un clásico na materia–, senón a creación dun novo contrato temporal “de primeiro emprego” encamiñado a incentivar a adquisición dunha primeira experiencia profesional a mozos desempregados menores de trinta anos que non teñan experiencia laboral ou cuxa experiencia laboral sexa inferior a tres meses. Estes contratos rexeranse polo establecido para os contratos eventuais no artigo 15.1.b) do ET e as súas normas de desenvolvemento, pero cunha serie de excepcións. Así, considerarase causa do contrato a adquisición dunha primeira experiencia profesional; a duración mínima do contrato será de tres meses e a duración máxima de seis meses, salvo que se estableza unha duración superior por convenio colectivo sectorial estatal ou, no seu defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, sen que en ningún caso a dita duración poida exceder os 12 meses; e o contrato deberá realizarse a xornada completa ou a tempo parcial sempre que, neste último caso, a xornada sexa superior ao 75 % da correspondente a un traballador a tempo completo comparable. Ademais, como nas restantes medidas, o artigo 12.3 da Lei 11/2013 exige que empresas e traballadores autónomos non adoptasen, nos seis meses anteriores á realización do contrato, decisións extintivas improcedentes.

Sen prexuízo do que despois se dirá sobre o seu valor como medida de “choque”, é evidente que a regulación descrita introduce practicamente unha “descausalización” do contrato eventual contraria á case xeneralizada reivindicación doutrinal en materia de contratación temporal, que, como é sabido, se refire á necesidade de delimitar con maior rigor as causas dos contratos temporais, sen deixar esta tarefa en mans da negociación colectiva<sup>43</sup>. As consecuencias que esta medida pode ter sobre a taxa de temporalidade española non requiren excesivo comentario se se ten en conta que desde 1997 todas e cada unha das reformas laborais que modificaron a regulación das modalidades de contratación se propuxeron rebaixar as excesivas taxas de temporalidade e erradicar a dualidade laboral, e, aínda así, España, cunha taxa do 25,3 %, é o segundo país da Unión Europea coa taxa de temporalidade máis elevada, só superado por Polonia<sup>44</sup>.

#### 4.1.5 Incentivos ao contrato en prácticas para o primeiro emprego

En quinto lugar, o artigo 13 da Lei 11/2013 recoñece que as empresas, incluídos os traballadores autónomos, que concerten un contrato en prácticas cun menor de trinta anos, terán dereito a unha redución do 50 % da cota empresarial á Seguridade Social por contingencias comúns correspondente ao traballador contratado durante toda a vixencia do contrato. Se o traballador estivese a realizar as prácticas non laborais que regula o RD 1543/2011, do 31 de outubro, no momento da concertación do contrato de traballo en prácticas, a redución de cotas será do 75 %. Tratándose de persoas beneficiarias do Sistema Nacional de Garantía Xuvenil, o incentivo será do 100 %, pois tras a reforma operada polo Real decreto lei 8/2014, logo Lei 18/2014, do 15 de outubro, aplicárase de forma adicional unha bonificación do 50 % no suposto previsto no primeiro parágrafo do artigo 13.2, e do 25 % no suposto previsto no segundo parágrafo do dito precepto da cota empresarial á Seguridade Social por

e 6 detallan as obrigas de mantemento do nivel de emprego alcanzado –neste caso, durante doce meses– e de formalización escrita no modelo establecido polo Servizo Público de Emprego Estatal.

43 Por todos, SALA FRANCO, T.; PÉREZ INFANTE, J. I. e LÓPEZ TERRADA, E., *Las modalidades de la contratación laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 220.

44 Segundo datos publicados por Eurostat o 5 de outubro de 2012.

continxencias comúns correspondente ao traballador contratado durante toda a vixencia do contrato. A bonificación aplicaráselles a todas aquelas contratacións que se efectúen ata o 30 de xuño de 2016. O mencionado artigo 13 dispón ademais, no seu apartado primeiro, que, sen prexuízo do establecido no artigo 11.1 do ET, poderán realizarse contratos en prácticas con mozos menores de trinta anos, aínda que transcorresen cinco ou máis anos desde o remate dos correspondentes estudos<sup>45</sup>.

Con independencia diso, a reforma de 2013 considerou necesario modificar, unha vez máis, o marco normativo dos contratos formativos do xeito seguinte:

Por un lado, refórmase o réxime xurídico dos contratos de traballo en prácticas, permitindo contratar en prácticas baseándose nun certificado de profesionalidade obtido como consecuencia dun contrato para a formación e a aprendizaxe, cousa que antes estaba expresamente prohibida<sup>46</sup>.

Por outro lado, queda alterado o réxime xurídico dos contratos para a formación e a aprendizaxe, ao permitirse, como xa se mencionou, que as empresas de traballo temporal asinen contratos para a formación e a aprendizaxe cos traballadores contratados para seren postos á disposición das empresas usuarias de acordo coa normativa reguladora deste tipo de contratos<sup>47</sup>. Con posterioridade, o Real decreto lei 16/2013 recoñeceu idéntica posibilidade de uso por parte das empresas de traballo temporal para os contratos en prácticas<sup>48</sup>. Ademais, o artigo 109 da Lei 18/2014 previu, mediante a modificación da Orde ESS/2518/2013, do 26 de decembro, que para as persoas beneficiarias do Sistema Nacional de Garantía Xuvenil a contía máxima das bonificacións pola actividade formativa se poida elevar. Así mesmo, planificou a introdución, tamén por medio da citada orde, dunha bonificación adicional para financiar os custos derivados da obrigada titorización de cada traballador a través do contrato para a formación e a aprendizaxe. Estas modificacións leváronse a cabo, finalmente, a través da Orde ESS/41/2015, do 12 de xaneiro.

A realización destas reformas como medidas para potenciar o emprego xuvenil lembra a capacidade dos contratos formativos para xuntar dous planos: por un lado, a formación dos traballadores, que pode ser insuficiente, ben por tratarse de traballadores faltos de titulación, ben por seren traballadores que, malia obterer unha titulación, carecen por completo de experiencia profesional; e, por outro lado, a inserción profesional, o acceso ao mercado de traballo. Pero, ao mesmo tempo, calquera proposta encamiñada a facer promoción deste tipo de contratos recorda tamén que as dificultades para integrar ambas as dúas vertentes xa son tradicionais no noso país. En todo caso, desde o inicio da crise, todas as modificacións efectuadas son claros expoñentes do “triumfo” da concepción destes contratos como medidas de fomento do emprego<sup>49</sup>. Aínda que, certamente, as alarmantes cifras de desemprego xuvenil

---

45 Para aplicar ambas as dúas medidas, é necesaria a formalización escrita dos contratos no modelo que estableza o Servizo Público de Emprego Estatal (artigo 13.3).

46 A disposición derradeira segunda da Lei 11/2013, do 26 de xullo, suprime con esta finalidade o parágrafo cuarto do artigo 11 c) do ET.

47 Para cumprir este obxectivo, as disposicións derradeiras terceira e cuarta modifican os artigos 6.2, 7.1, 10.2 e 12.3 bis da Lei 14/1994, do 1 de xuño, pola que se regulan as empresas de traballo temporal e os artigos 6 bis e 201 do RD 1529/2012, do 8 de novembro, polo que se desenvolve o contrato para a formación e a aprendizaxe e se establecen as bases da formación profesional dual.

48 Para iso, o artigo 3 do Real decreto lei 16/2013 modifica os artigos 6.2, 7.1 e 10.2 da Lei 14/1994, do 1 de xuño. En materia de bonificacións, dáse nova redacción para incluír o suposto ao artigo 7.2 da Lei 3/2012.

49 LÓPEZ TERRADA, E., *Las modalidades de contratación en la reforma laboral de 2012*, cit., pp. 60 e ss.

autorizan en parte o reforzo desta concepción, córrese o risco, especialmente no contrato para a formación e a aprendizaxe, de que a finalidade de inserción laboral “esvaeza” por completo a vertente formativa ata o punto de “desnaturalizar” estes contratos. Ademais, dada a dubidosa eficacia e eficiencia deste tipo de medidas, e dado o seu carácter contradictorio co obxectivo da estabilidade no emprego, cabería preguntarse pola necesidade de engadir aos incentivos a contratacións iniciais para a formación e a aprendizaxe introducidos pola reforma 2012 as novas reducións para contratacións iniciais en prácticas.

#### 4.1.6 Incentivos á incorporación de mozos a entidades da economía social

Finalmente, en sexto lugar, o artigo 14 da Lei 11/2013 prevé incentivos destinados ás entidades da economía social. Trátase, concretamente, de bonificacións que se recoñecen ás cooperativas ou sociedades laborais que incorporen traballadores desempregados menores de 30 anos como socios traballadores ou de traballo; e de bonificacións aplicables ás empresas de inserción nos supostos de contratos de traballo subscritos con persoas menores de 30 anos en situación de exclusión social incluídas no artigo 2 da Lei 44/2007, do 13 de decembro<sup>50</sup>. Cabería pensar que estas últimas, aínda que certamente non foron negociadas nin discutidas cos interlocutores sociais, atopan a súa xustificación en razóns de xustiza social. Non obstante, xa existen bonificacións aplicables ás empresas de inserción e, de feito, o propio artigo 14 da Lei 11/2013 declara a incompatibilidade das novas medidas coas previstas no artigo 16.3 a) da Lei 44/2007.

#### 4.1.7 Bonificacións por contratacións indefinidas de persoas beneficiarias do Sistema Nacional de Garantía Xuvenil: a Tarifa Xove

A Lei 18/2014 concreta a regulación dunha serie de medidas de apoio á contratación que describen os seus artigos 107 a 109. A súa avaliación augúrase –como non– no seu artigo 110. A maioría destas medidas analizáronse xa, pois consisten en modificacións da Lei 11/2013 ou en previsións de modificacións relacionadas coa bonificación dos contratos para a formación e a aprendizaxe. Existe outra medida, non obstante, que se refire á contratación indefinida de persoas beneficiarias do Sistema Nacional de Garantía Xuvenil.

En efecto, o artigo 107 da Lei 18/2014 dispón que, desde a entrada en vigor do Real decreto lei 8/2014 ata o 30 de xuño de 2016, as empresas, incluídos os traballadores autónomos e as entidades da economía social, que contraten de forma indefinida, incluída a modalidade fixa discontinua, unha persoa beneficiaria do Sistema Nacional de Garantía Xuvenil, gozarán dunha bonificación mensual na achega empresarial á cotización á Seguridade Social por un importe de 300 euros. A duración da bonificación será de 6 meses, estando obrigada a empresa –ou o traballador autónomo– a manter o traballador polo menos seis meses desde o inicio da relación laboral. En caso de incumprimento desta obriga, deberase proceder ao reintegro da bonificación. Esta limitada obriga de mantemento do emprego levou a doutri-

50 No primeiro caso, trátase de bonificacións nas cotas empresariais da Seguridade Social durante tres anos, cuxa contía será de 66,67 euros/mes (800 euros/ano). Tratándose de cooperativas, as bonificacións aplicaranse cando estas opten por un réxime de Seguridade Social propio de traballadores por conta allea, nos termos da disposición adicional cuarta da LXSS. No segundo caso, trátase de bonificacións de 137,50 euros/mes (1.650 euros/ano) durante toda a vixencia do contrato ou durante tres anos, en caso de contratación indefinida, que non serán compatibles coas previstas no artigo 16.3.a) da Lei 44/2007, do 13 de decembro.

na que comentou o real decreto lei en que a norma ten a súa orixe a cualificar o carácter indefinido da contratación que se bonifica como “máis formal que material”<sup>51</sup>.

Ademais, as empresas ou traballadores autónomos estarán obrigados a incrementar coa nova contratación tanto o nivel de emprego indefinido como o nivel de emprego total, e manter o novo nivel alcanzado coa contratación durante todo o período de desfrute da bonificación. Para calcular o dito incremento, tomarase como referencia a media diaria de traballadores que prestasen servizos nos trinta días naturais anteriores á formalización do contrato. Non obstante, para os efectos de examinar o cumprimento destes requisitos, non se terán en conta as extincións de contratos por causas obxectivas ou por despedimentos disciplinarios que non fosen declarados improcedentes nin as debidas a extincións causadas por dimisión, morte, ou incapacidade permanente total, absoluta ou grande invalidez dos traballadores. Cando a contratación é a tempo parcial, a xornada será como mínimo do 50 % da correspondente á dun traballador a tempo completo comparable, aplicándose unha bonificación de entre 150 e 225 euros para este suposto en función da xornada de traballo. Agora ben, a bonificación será inexistente nos supostos xerais da Lei 43/2006 e nos supostos de contratacións de traballadores cuxa actividade determine a inclusión en calquera dos sistemas especiais establecidos no réxime xeral da Seguridade Social.

Polo demais, o artigo 107 declara compatible esta medida con todo tipo de incentivos sempre que o importe mensual a cotizar pola empresa ou o traballador autónomo non sexa negativo. Se a achega empresarial á cotización á Seguridade Social do traballador que dá dereito á bonificación fose inferior ao importe desta, o exceso poderá descontarse da achega empresarial final que resulte na liquidación mensual na que figure incluído o citado traballador, sempre que esta non resulte negativa.

## 4.2 Os novos estímulo á contratación indefinida

### 4.2.1 A tarifa plana reducida para novas contratacións indefinidas

Partindo de idéntico diagnóstico acerca da situación da economía española –que se entende que mostra unha recuperación gradual– e con idéntica finalidade que o Real decreto lei 16/2013 –potenciar de xeito urxente a contratación estable–, o Real decreto lei 3/2014, do 28 de febreiro, estableceu, con efectos do 25 de febreiro de 2014, que a achega empresarial á cotización á Seguridade Social por contingencias comúns en supostos de contratación indefinida se reducirá ás seguintes contías: a) Se a contratación é a tempo completo, 100 euros mensuais; b) Se a contratación é a tempo parcial, cando a xornada de traballo sexa, polo menos, equivalente a un 75 % da xornada dun traballador a tempo completo comparable, 75 euros mensuais; c) Se a contratación é a tempo parcial, cando a xornada de traballo sexa, polo menos, equivalente a un 50 % da xornada dun traballador a tempo completo comparable, 50 euros mensuais. Agora ben, exclúese da redución a cotización por horas complementarias que realicen os traballadores a tempo parcial (disposición adicional única).

Estas reducións resultan aplicables durante un período de 24 meses, computados a partir da data de efectos do contrato, que deberá formalizarse por escrito, e respecto dos realizados

---

51 CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO e BRAVO-FERRER, M.; e VALDÉS DAL-RÉ, F., “El Real decreto-ley 8/2014: Garantía Juvenil y nuevo marco territorial de las políticas de empleo”, *Relaciones Laborales*, n.º 9, 2014.

entre o 25 de febreiro de 2014 e o 31 de marzo de 2015 (disposición adicional décimo sétima do Real decreto lei 17/2014, do 26 de decembro). Non obstante, finalizado o período de 24 meses, e durante os 12 meses seguintes, as empresas que no momento de asinaren o contrato ao que se lle aplique a redución contén con menos de dez traballadores terán dereito a unha redución equivalente ao 50 % da achega empresarial á cotización por contingencias comúns correspondente ao traballador contratado de xeito indefinido<sup>52</sup>.

Á marxe das consideracións críticas que pode suscitar o réxime xurídico da medida, e con independencia da desfavorable valoración que merece o recurso constante ao decreto lei, a aprobación dunha medida de tal xeneralidade, estando tan próximo no tempo o incremento ás cotizacións introducido ex disposición derradeira terceira do Real decreto lei 16/2013, non deixa de causar estupor. Primeiro, polas súas posibles repercusións negativas na situación financeira da Seguridade Social; pero tamén por ignorar abertamente as advertencias e recomendacións que, de xeito unánime, veñen realizando as sucesivas avaliacións efectuadas en materia de incentivos á contratación: os seus efectos “peso morto”, “substitución” e “desprazamento”, ou a súa demostrada ineficacia se non se busca unha mellor selección dos colectivos bonificados.

En todo caso, o acceso ás reducións previstas condiciónase á observancia dunha serie de requisitos que detalla o artigo único.2 do Real decreto lei. Entre eles, atópase a necesidade de estar ao día no cumprimento das obrigas tributarias e de Seguridade Social (artigo único.2 a); a condición de non ser excluído do acceso aos beneficios derivados dos programas de emprego pola comisión das infraccións dos artigos 22.2, 16 e 23 da LISOS (artigo único.2 e); a imposibilidade de ter levado a cabo, nos seis meses anteriores á formalización dos contratos, despedimentos declarados xudicialmente improcedentes ou despedimentos colectivos (artigo único.2 b); ou a obriga de que coa contratación se incremente e manteña o nivel de emprego indefinido e o nivel de emprego total na empresa [artigo único.2 d) e e)].

Trátase, non obstante, de deberes que, na súa maior parte, quedan bastante atenuados e que, en consecuencia, dificilmente evitarán o efecto “substitución” de traballadores. Así, por exemplo:

- Para os efectos da prohibición de ter efectuado despedimentos nos termos expostos no artigo único 2. a), non se teñen en conta as extincións que se producisen antes do 25 de febreiro de 2014.
- Á hora de calcular o incremento do nivel de emprego, tómase como referencia a media diaria de traballadores que prestasen servizos na empresa nun período certamente breve: os trinta días anteriores á formalización do contrato (artigo único 2.c)<sup>53</sup>. Do

52 Quedan excluídos das reducións descritas os supostos descritos no artigo único.3, aínda que cómpre ter en conta que, co fin de incentivar a contratación dos traballadores máis novos, si procederá a redución cando a persoa contratada sexa un fillo dun traballador autónomo, menor de 30 anos, ou maior desa idade cando teñan especiais dificultades para a súa inserción laboral, de acordo co establecido na disposición adicional décima da Lei 20/2007, do 11 de xullo, do Estatuto do traballo autónomo. Por outra banda, a Lei 18/2014 engadiu un novo apartado 5 bis no artigo único, en virtude do cal: «O disposto nos apartados anteriores será tamén de aplicación ás persoas que se incorporen como socios traballadores ou de traballo das cooperativas, así como aos que se incorporen como socios traballadores das sociedades laborais».

53 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. e CASAS BAAMONDE, M. E., “El uso del decreto ley como instrumento de las reformas laborales. La garantía juvenil y la tarifa plana para el fomento del empleo y la contratación indefinida”, *Relaciones Laborales*, n.º 4, 2014, p. 14 da v.e., advirten que, ao ser o período de tempo tan escaso, se o novo contrato se realizase trinta días despois do remate dun contrato temporal, por esta vía sería posible converter emprego temporal en indefinido.

mesmo xeito, para controlar o mantemento do nivel de emprego indefinido e do nivel de emprego total durante os 36 meses exixidos –o que se fará cada doce meses–, a norma refírese á media de traballadores indefinidos e á media de traballadores totais “do mes en que proceda examinar o cumprimento deste requisito” (artigo único.2 d).

- Para examinar o nivel de emprego e o seu mantemento na empresa, subliñase que “non se teñen en conta” as extincións de contratos de traballo por causas obxectivas ou por despedimentos disciplinarios “que non fosen declarados improcedentes” (artigo único.2 d), o que implica non tomar en consideración, por exemplo, extincións de mutuo acordo, non impugnadas, pactadas en conciliación, etc.
- En xeral, nos supostos de aplicación indebida da respectiva redución, por incumprir as condicións establecidas, procederá o reintegro das cantidades deixadas de ingresar coa recarga e o xuro de mora correspondentes, conforme o establecido na normativa recadatoria da Seguridade Social. Non obstante, en caso de incumprimento do requisito de mantemento do emprego do apartado 2.d), non sempre se reintegra o 100 % da diferenza entre os importes correspondentes ás achegas empresariais á cotización por contingencias comúns que procedesen en caso de non se aplicar a redución e as achegas xa realizadas desde a data de inicio da aplicación da redución. A norma “suaviza” a obriga de reintegro, que se realizará nos seguintes termos: 1º) Se o incumprimento da exixencia do mantemento do nivel de emprego se produce aos doce meses desde a contratación, corresponderá reintegrar o 100 % da citada diferenza; 2º) Se tal incumprimento se produce aos vinte e catro meses desde a contratación, corresponderá reintegrar o 50 % da citada diferenza; 3º) En caso de que o incumprimento se producise aos trinta e seis meses desde a contratación, corresponderá reintegrar o 33 % da citada diferenza. Ademais, nestes casos, non procederá exixir recarga e xuro de mora (artigo único.7).

#### 4.2.2 O mínimo exento pola contratación indefinida de traballadores

A Lei 25/2015, do 28 de xullo, creou, pola súa parte, un novo incentivo para a creación de emprego estable, que consiste na fixación dun mínimo exento na cotización empresarial por contingencias comúns á Seguridade Social pola contratación indefinida de traballadores.

A introdución desta medida xustifícase nos bos resultados obtidos co establecemento da tarifa plana de cotización, que segundo apunta a exposición de motivos “constituíu unha medida eficaz para contribuír á creación de emprego estable”. Menciónase a este respecto que, segundo os datos da Enquisa de Poboación Activa do cuarto trimestre de 2014, o emprego creceu en 433.900 persoas nos 12 últimos meses, cunha variación anual do 2,5 %, e o emprego asalariado indefinido incrementouse en 212.800 persoas, un 2,0 %. Nada se di acerca do incremento dos contratos temporais, o número dos cales, como sucedía antes da crise, tamén está aumentando e, ademais, de forma máis rápida que o de indefinidos<sup>54</sup>.

Continuando coa xustificación da medida, a exposición de motivos da Lei 15/2015 indica, ademais, que o establecemento dun mínimo exento supón a creación dun incentivo de carácter progresivo que reduce en maior medida as cotizacións sociais pola contratación

---

54 CES, *Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2014*, cit., pp. 253 e 255.



estable de traballadores con menores retribucións. De feito, é unha medida que pretende favorecer aqueles colectivos con máis dificultades de inserción estable no mercado laboral, tales como desempregados de longa duración, traballadoras con escasa formación e mozos sen experiencia laboral.

Segundo a nova regulación, da que se poderán beneficiar todas as empresas que contraten de forma indefinida e creen emprego neto, nos supostos de contratación indefinida, en calquera das súas modalidades, a achega empresarial á cotización á Seguridade Social por continxencias comúns determinarase conforme as seguintes regras (artigo 8.1):

a) Se a contratación é a tempo completo, os primeiros 500 euros da base de cotización por continxencias comúns correspondente a cada mes quedarán exentos da aplicación do tipo de cotización na parte correspondente á empresa. Ao resto do importe da dita base resultarlle aplicable o tipo de cotización vixente en cada momento.

b) Se a contratación é a tempo parcial, cando a xornada de traballo sexa, polo menos, equivalente a un 50 % da xornada dun traballador a tempo completo comparable, a contía sinalada na letra a) reducirase de forma proporcional á porcentaxe de redución de xornada de cada contrato.

En caso de que o contrato indefinido se formalice con mozos inscritos no Sistema Nacional de Garantía Xuvenil que reúnan os requisitos do artigo 105 da Lei 18/2014, este beneficio na cotización consistirá nunha bonificación, que se financiará con cargo á correspondente partida orzamentaria do Servizo Público de Emprego Estatal, e será obxecto de cofinanciamento con cargo ao Fondo Social Europeo cando cumpra cos requisitos establecidos. Nos demais supostos consistirá nunha redución que se financiará polo orzamento de ingresos da Seguridade Social (artigos 8.2 e 8.11).

O beneficio na cotización aplicarase –como a tarifa plana– durante un período de 24 meses, computados a partir da data de efectos do contrato, que deberá formalizarse por escrito, e respecto dos realizados entre o 1 de marzo de 2015 e o 31 de agosto de 2016. Finalizado o período de 24 meses, e durante os 12 meses seguintes, as empresas que no momento de asinaren o contrato ao que se lle aplique este beneficio na cotización contasen con menos de dez traballadores terán dereito a manter a bonificación ou redución, ben que durante este novo período estarán exentos da aplicación do tipo de cotización os primeiros 250 euros da base de cotización ou a contía proporcionalmente reducida que corresponda nos supostos de contratación a tempo parcial (artigo 8.3).

Os requisitos para gozar do novo beneficio na cotización (artigo 8.4), os supostos en que non procede a súa aplicación (artigo 8.5), as incompatibilidades (artigo 8.7) e o reintegro de cantidades por aplicación indebida deste (artigo 8.10) son tamén moi similares aos establecidos para a tarifa plana de cotización no Real decreto lei 3/2014, do 28 de febreiro. Iso faise, segundo reconece expresamente a exposición de motivos da Lei 15/2015, “a prol da continuidade e simplicidade do sistema”.

A aplicación da bonificación ou redución non afectará, polo demais, á determinación da contía das prestacións económicas a que poidan causar dereito os traballadores afectados, que se calculará aplicando o importe íntegro da base de cotización que lles corresponda (artigo 8.6).

## 5 Conclusións: reflexións sobre o mantemento dos incentivos á contratación

As dúbidas existentes acerca da eficacia das bonificacións e reducións nas cotizacións á Seguridade Social permiten cualificar de excesivo o número de incentivos aprobados nos últimos anos, mesmo entendéndoos como mecanismos destinados unicamente a focalizar o emprego nos mozos e a contratación indefinida. Os novos incentivos, ademais de suporen unha criticable volta á flexibilidade de entrada en materia de emprego xuvenil, desatenderon os problemas que veñen formulando as axudas á contratación indefinida no noso país. O estudo da contratación temporal e indefinida a longo prazo demostrou que, aínda que os incentivos á contratación indefinida en España teñen un efecto inicial positivo e rápido, este pulo inicial non se mantén con posterioridade. Ao estar o incremento asociado ás condicións económicas, crecen os contratos indefinidos, pero tamén os temporais. Así está a suceder na actualidade: o número de contratos indefinidos incrementouse, pero aumentaron máis rapidamente os contratos temporais. Ademais, detectouse a existencia dun elevado e sistemático peso morto nos incentivos á contratación indefinida motivado polas conversións a contratos indefinidos que se asinarían igual sen incentivos<sup>55</sup>. Por se iso fose pouco, as novas medidas trouxeron consigo un preocupante ascenso das reducións nas cotizacións á Seguridade Social e, a pesar da mingua nos recursos da Seguridade Social que a aprobación deste tipo de incentivos significa, o importe das reducións incrementouse ata superar o das bonificacións<sup>56</sup>.

Agora ben, con independencia da valoración que merecen os estímulo á contratación máis recentes, o problema de fondo a resolver de cara ao futuro é se, con carácter xeral, os incentivos á contratación deben subsistir ou se, pola contra, como se vén formulando nos últimos anos e se insinúa na disposición adicional sétima da Lei 30/2015, é preferible destinar os recursos empregados neles a outras iniciativas no ámbito das políticas activas de emprego. A resposta fronte a esta interrogante parece evidente: posto que os incentivos á contratación non crean emprego, deben desaparecer por completo. Non son novas as advertencias acerca da oportunidade de levar a cabo unha reasignación de recursos que permita, ao xeito de países nórdicos como Dinamarca, centralalos alí onde resultan máis eficaces, é dicir, na formación e no mellor funcionamento dos servizos de emprego<sup>57</sup>.

Aínda que, desde logo, este razoamento pode compartirse, entendo que existen varios factores de importancia que deben terse en conta antes de propor sen matices a necesidade de eliminar os incentivos á contratación.

1.º- O primeiro factor a considerar é que quizais a aprobación de incentivos se perpetúa no noso país porque presentan unha vantaxe fundamental para a Administración que os concede, e é que a súa xestión é máis sinxela que a formación para o emprego ou a colocación<sup>58</sup>.

---

55 CES, *Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2014*, cit., pp. 255 a 257.

56 OJEDA AVILÉS, A. "Las políticas activas de empleo en España", *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 38 e 63-63.

57 AEVAL, *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, cit., pp. 22-23; BENTOLILA, S. e JANSEN, M., "Un primer análisis económico de la reforma laboral de 2012", *Actualidad Laboral*, n.º 15, 2012, pp. 6-7 da v.e.; PÉREZ DEL PRADO, D., "Modificaciones al régimen de incentivos a la contratación (Real decreto-ley 3/2012)", cit., pp. 145 e ss.

58 OJEDA AVILÉS, A. "Las políticas activas de empleo en España" cit., p. 66.

Ademais, a transición a un modelo como o danés baseado nun eficaz funcionamento dos servizos de emprego exixiría un forte investimento de recursos públicos<sup>59</sup> que non tería que caracterizarse nin pola improvisación nin pola precipitación que si se detectou, por exemplo, no desenvolvemento das actuacións para a implantación do Sistema Nacional de Garantía Xuvenil<sup>60</sup>. Así pois, a desaparición dos incentivos, unha vez determinado o seu impacto orzamentario, debería acompañarse de propostas concretas e realistas que plasmen o modo en que se van reasignar os recursos liberados noutras políticas activas de emprego.

2.º- O segundo factor a considerar garda relación co alcance da proposta que se efectúa. Como é sabido, non todos os incentivos actualmente en vigor teñen por obxecto a creación urxente de emprego xuvenil ou indefinido. De feito, no ano 2014 o 80 % dos contratos bonificados foron de carácter temporal, case a metade estiveron relacionados con substitucións por maternidade ou outras interinidades, e algo máis dun terzo referíronse a persoas con discapacidade<sup>61</sup>. As cifras demostran, pois, que os incentivos máis utilizados a día de hoxe se aprobaron coa finalidade de apoiar a conciliación da vida familiar e laboral ou coa idea de favorecer o emprego de persoas con discapacidade. En consecuencia, se se opta pola desaparición dos incentivos, haberá que decidir se, atendendo á súa finalidade, e malia a súa escasa repercusión na creación de emprego, debe manterse algún deles ou se, pola contra, a desaparición debe ser xeral. Neste segundo caso, ademais de concretar a reasignación de recursos en materia de políticas activas de emprego, parece que deberían arbitrarse outro tipo de medidas alternativas aos incentivos que garantisen a protección dos obxectivos por eles tutelados, como a igualdade entre homes e mulleres ou a inserción de colectivos especialmente desfavorecidos.

3.º- O terceiro factor pode extraerse dos estudos e avaliacións nacionais e internacionais xa realizados en materia de incentivos á contratación, e refírese á incidencia que poden ter os incentivos na creación de emprego. Non hai que esquecer que a virtualidade dos incentivos como mecanismos de creación de emprego existe, e reside na súa capacidade para focalizar ou canalizar o emprego cara a determinados colectivos. Para que isto sexa posible, non é preciso bonificar o emprego indefinido en exclusiva, pero si é absolutamente necesario que se delimiten moi precisamente os colectivos destinatarios. No informe da OCDE “Perspectivas do emprego 2011” advertíase a este respecto que estas medidas deben ter necesariamente un carácter selectivo, pois, pola contra, o efecto de peso morto é moi intenso. Por iso, aconsellaba manter no noso país, xunto ás que se poden xustificar por razóns de xustiza, unicamente, por exemplo, as relativas aos contratos de formación ou ás pemes.

Cabería pensar, en consecuencia, sen prexuízo da desaparición do actual panorama de bonificacións e reducións nas cotas á Seguridade Social, na subsistencia dun número moi reducido de incentivos á contratación. A súa elección nunca debería perder de vista, ao meu xuízo, dúas constatacións esenciais: a ineficacia dos incentivos como medidas xerais ou a grande escala, e a necesidade de focalizar o emprego en colectivos moi concretos. Ademais, debería ter en conta que serán medidas dirixidas a un país cunha taxa de temporalidade excesiva, e xa endémica, e con cifras de desemprego xuvenil intolerables. A partir de aí, se realmente houbera que manter algún incentivo de forma illada, seguramente habería que

59 NAVARRO NIETO, F. e COSTA REYES, A., “Reformas laborales y políticas de empleo”, *cit.*, p. 17.

60 CES, *Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2014*, *cit.*, pp. 296-297.

61 CES, *Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2014*, *cit.*, p. 313.

centrar a atención, seguindo indicacións como as mencionadas e como as efectuadas pola Comisión Europea<sup>62</sup>, nos relativos aos contratos formativos, ou nos que favorecen a contratación indefinida de mozos por microempresas, ou ben habería que pensar en bonificacións a contratacións indefinidas dirixidas unicamente aos colectivos especialmente desfavorecidos que por razóns de equidade se decidise.

## 6 Bibliografía

- AEVAL, *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, 1.ª ed., Ministerio da Presidencia, Madrid, 2009.
- BAJO GARCÍA, I., "Incentivos económicos y fiscales a la creación y mantenimiento del empleo", *Actualidad Laboral*, n.º 19, 2012.
- BENTOLILA, S. e JANSEN, M., "Un primer análisis económico de la reforma laboral de 2012", *Actualidad Laboral*, n.º 15, 2012.
- CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO e BRAVO-FERRER, M.; e VALDÉS DAL-RÉ, F., "El Real decreto-ley 8/2014: Garantía Juvenil y nuevo marco territorial de las políticas de empleo", *Relaciones Laborales*, n.º 9, 2014.
- CES, *Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2014*, Consello Económico e Social, Madrid, 2015.
- Comisión Europea, *Informe conxunto de emprego, que acompaña a Estudo Prospectivo Anual sobre Crecemento para 2015*, COM (2014), 906 final.
- CUETO IGLESIAS, B., "Las ayudas a la contratación indefinida en España", *Revista de Economía Laboral*, n.º 3, 2006.
- FERNÁNDEZ PRATS, C. e TATAY PUCHADES, C., "Financiación, cotización y recaudación", Roqueta, R. e García, J. (dirs.), *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., "Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinidos por reiteración de contratos temporales", García-Perrote, I. e Mercader, J. R. (dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, 1.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2012.
- LÓPEZ TERRADA, E., *Las modalidades de contratación en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MARX, I., "Subvenciones al empleo y reducción de las cotizaciones empresariales. Dictamen de los estudios empíricos", *Revista Internacional del Trabajo*, n.º 1, vol. 120, 2001.

---

62 Comisión Europea, *Informe conxunto de emprego, que acompaña o Estudo Prospectivo Anual sobre Crecemento para 2015*, COM (2014), 906 final.

- MIRANDA BOTO, J. M., "El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores", *Actualidad Laboral*, n.º 8, 2012.
- NAVARRO NIETO, F. e COSTA REYES, A., "Reformas laborales y políticas de empleo", *Revista de Derecho Social*, n.º 60, 2013.
- OJEDA AVILÉS, A., "Las políticas activa de empleo en España", *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015.
- OCDE, *Empleo juvenil. España*, Ministerio de Trabajo e Asuntos Sociais, Madrid, 2007.
- PÉREZ DEL PRADO, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- PÉREZ DEL PRADO, D., "Modificaciones al régimen de incentivos a la contratación (Real decreto-ley 3/2012)", García-Perrote, I. y Mercader, J. R. (dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, 1.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2012.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO e BRAVO-FERRER, M., "Flexibilidad interna y externa en el Real decreto-ley 3/2012", *diariolaley.es*, 2012.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. e CASAS BAAMONDE, M. E., "El uso del Decreto Ley como instrumento de las reformas laborales. La garantía juvenil y la tarifa plana para el fomento del empleo y la contratación indefinida", *Relaciones Laborales*, n.º 4, 2014.
- SALA FRANCO, T., PÉREZ INFANTE, J. I. e LÓPEZ TERRADA, E., *Las modalidades de la contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- TOHARIA CORTÉS, L., et. al., *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.

Regap



ESTUDIOS



## A Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia. Aspectos urbanísticos e entidades de certificación de conformidade municipal (ECCOM)

La Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia. Aspectos urbanísticos y entidades de certificación de conformidad municipal (ECCOM)

Law 9/2013, of December 19, Entrepreneurship and Economic Competitiveness of Galicia. Urban aspects and conformity certification municipal entities

51 Regap

Regap



ESTUDIOS

ALFONSO MARNOTES GONZÁLEZ

Técnico de Administración local

Funcionario do Corpo Superior da Xunta de Galicia (España)

jose.alfonso.marnotes.gonzalez@xunta.gal

Recibido: 14/01/2016 | Aceptado: 21/01/2016

**Resumo:** A Comunidade Autónoma de Galicia realizou unha profunda revisión do sistema de intervención administrativa na execución de obras e na apertura de establecementos, e, para iso, estableceu unha regulación integral do exercicio de todas as actividades tanto inocuas como clasificadas e dos espectáculos públicos e actividades recreativas mediante a Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia. Deste xeito elimínase unha regulación dispersa, confusa e en ocasións contraditoria, e sométese o exercicio de actividades e a realización de obras a un sistema de intervención único baseado na supresión da licenza e a xeneralización da comunicación previa para o seu exercicio. A reforma prevé a intervención de entidades de certificación de conformidade municipal (ECCOM) como entidades colaboradoras da Administración para a verificación e control de conformidade coa normativa sectorial e municipal.

**Palabras clave:** urbanismo, licenzas municipais, actividades económicas, apertura de establecementos, comunicación previa, entidades colaboradoras.

**Resumen:** La Comunidad Autónoma de Galicia ha realizado una profunda revisión del sistema de intervención administrativa en la ejecución de obras y en la apertura de establecimientos, y, para ello, ha establecido una regulación integral del ejercicio de todas las actividades tanto inocuas como clasificadas y de los espectáculos públicos y activi-

dades recreativas mediante la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y la competitividad económica de Galicia. De esta manera se elimina una regulación dispersa, confusa y en ocasiones contradictoria, y se somete el ejercicio de actividades y la realización de obras a un sistema de intervención único basado en la supresión de la licencia y la generalización de la comunicación previa para su ejercicio. La reforma prevé la intervención de entidades de certificación de conformidad municipal (ECCOM) como entidades colaboradoras de la Administración para la verificación y control de conformidad con la normativa sectorial y municipal.

**Palabras clave:** urbanismo, licencias municipales, actividades económicas, apertura de establecimientos, comunicación previa, entidades colaboradoras.

**Abstract:** The Autonomous Community of Galicia has made a thorough review of the system of administrative intervention in the execution of works and opening of establishments and it has established a comprehensive regulation of the exercise of all activities both classified and harmless as public entertainment and recreation by Law 9/2013, of December 27, Entrepreneurship and Economic Competitiveness of Galicia. This a scattered, confused and sometimes contradictory regulation is removed and the exercise of activities and carrying out works to a single intervention system based on the suppression of the license and the generalization of advance notice for its exercise is subject. The reform provides for the intervention of Municipal Entities Compliance Certification (ECCOM) as associates of management for verification and control in accordance with the sectorial and municipal regulations.

**Key words:** urban planning, municipal licenses, economic activities, opening establishments, advance notice, collaborating entities.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 A Directiva de servizos e o seu impacto no ámbito urbanístico. 2.1 As liberdades comunitarias: liberdade de establecemento e de prestación de servizos. 2.2 A autorización administrativa previa. 2.3 Razóns imperiosas de interese xeral. 2.4 Recoñecemento do silencio positivo. 2.5 A recepción no dereito interno da Directiva de servizos. 2.5.1 Normativa estatal de transposición. 2.5.2 Medidas alternativas á autorización: comunicación previa e declaración responsable. 2.5.3 A normativa de adaptación da Comunidade Autónoma de Galicia. 3 A intervención administrativa para o exercicio de actividades en Galicia. 3.1 Cuestións previas. 3.2 A comunicación previa de apertura na Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia. 3.3 Efectos da comunicación previa. 4 A avaliación ambiental das actividades. 4.1 Procedemento. 4.2 Resolución. 4.3 Efectos. 5 Espectáculos públicos e actividades recreativas. 5.1 Supostos de espectáculos públicos e actividades recreativas con licenza previa. 5.1.1 Procedemento. 5.2 Vixencia e extinción das licenzas. 5.3 Revogación e caducidade. 6 Réxime sancionador. 6.1 Infraccións e sancións. 6.1.1 Moi graves. 6.1.2 Graves. 6.1.3 Infraccións leves. 6.1.4 Responsables. 7 As formas de intervención no ámbito urbanístico na normativa de Galicia. 7.1 A situación anterior á lei e a súa reforma. 7.2 A comunicación previa urbanística. 7.2.1 Prazo e procedemento. 7.2.2 Efectos. 7.3 Pluralidade de actuacións e responsabilidade. 7.4 Exención de licenza. 7.5 Control posterior. 8 As entidades colaboradoras da Administración. 9 Concepto e caracterización 9.1. Entidades privadas. 9.2 Colaboración coa Administración. 9.2.1 Contido da colaboración. 9.2.2 O problema do exercicio de funcións públicas. 9.2.3 A autonomía local e a atribución de funcións públicas polas entidades locais. 9.3 Principios da actuación das entidades colaboradoras. 9.4 Habilitación ou autorización de entidades. 10 Control e responsabilidade da súa actividade. 11 As entidades de control e conformidade municipal (ECCOM). 11.1 A regulación das entidades de certificación de conformidade municipal. 11.2 Infraccións e sancións. 11.2.1 Moi graves. 11.2.2 Graves. 11.2.3 Infraccións leves. 11.2.4 Responsables. 12 Conclusións. 13 Addenda. 14 Bibliografía.

## 1 Introducción

Foi tradicional no dereito español o sistema de autorización administrativa previa ao exercicio de actividades, á prestación de servizos ou á realización de instalacións. O control formal previo é o modelo sobre o que se constrúe o sistema de intervención administrativa, e así é aceptado comunmente e asumido polo cidadán e a Administración. Toda actividade económica está sometida ao control previo da Administración pública e na maior parte das actividades económicas o control previo é múltiple e a actividade precisa de diversas autorizacións sucesivas e concatenadas de maneira que unhas son requisito previo, a súa vez, doutras.

Fronte a ese modelo, a importancia das liberdades comunitarias na Unión Europea, presentes xa nos tratados constitutivos para a creación dun mercado interior, levou á necesidade de



editar normas de dereito derivado que eliminasen trabas e obstáculos que poidan existir nos Estados membros para facilitar o seu libre exercicio. Aseguradas xa durante a década dos anos noventa do século anterior a libre circulación de capitais, de persoas e de mercadorías, a plena aplicación da liberdade de circulación de servizos facía necesaria a eliminación de múltiples trabas e obstáculos mediante un proceso no que a xurisprudencia comunitaria foi clave e que culminou coa Directiva 2006/123/CE, do Parlamento e do Consello, do 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior.

A adopción da directiva hai que enmarcala dentro dun proceso máis amplo de evolución dunha actividade de policía administrativa á regulación que implica unha modificación da cultura administrativa, un verdadeiro cambio de paradigma que non se basea na desregulación ou na eliminación da intervención administrativa –que produciría un desequilibrio inasumible entre a economía e a orde social– senón na utilización de distintas técnicas de control, resultado, por outra parte, da lóxica evolución do sistema nunha sociedade enormemente desenvolvida, profesionalizada e tecnificada. O que finalmente se produce é o traslado da responsabilidade sobre o inicio da actividade ao emprendedor e resérvase o control sobre o seu exercicio. Desta forma, o sistema de control previo transfórmase nun control posterior logo da comunicación do particular á Administración de todos os datos precisos para o inicio da actividade.

A substitución de sistemas de autorización previa por sistemas de control *ex post* introduce a inseguridade ao prestador do servizo sobre o cumprimento dos requisitos legais. Por outra banda, a Administración non ten máis datos que os que lle facilita o particular, datos que só poderá comprobar unha vez que se inicie a prestación. En sectores como o industrial, no que hai máis de 20 anos que se suprimiu a autorización previa, o labor de comprobación encoméndase a entidades privadas colaboradoras da Administración, que ven agora ampliado o seu campo de actuación á prestación de servizos e ao urbanismo, onde tamén se modificou o sistema de intervención administrativa. A Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia, elimina o réxime de autorización previa ao exercicio de actividades, modifica os sistemas de intervención no ámbito urbanístico e introduce as entidades colaboradoras da Administración nun e noutro sector mediante as entidades de certificación de conformidade municipal (ECCOM).

Regap



ESTUDIOS

## 2 A Directiva de servizos e o seu impacto no ámbito urbanístico

### 2.1 As liberdades comunitarias: liberdade de establecemento e de prestación de servizos

O Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE, antigo Tratado Constitutivo das Comunidades Europeas) regula, nos seus artigos 26 (mercado interior), 49 a 55 (establecemento) e 56 a 62 (servizos), as liberdades de establecemento e de libre prestación de servizos que garanten a mobilidade de empresas e profesionais na UE. Os traballadores por conta propia e os profesionais ou persoas xurídicas para os efectos do artigo 54 do TFUE que operan nun Estado membro poderán: i) levar a cabo unha actividade económica de xeito estable e continuado noutro Estado membro (liberdade de establecemento: artigo 49 do TFUE); ou ii) ofrecer e prestar os seus servizos noutros Estados membros de xeito temporal sen abandonar o

seu país de orixe (liberdade de prestar servizos: artigo 56 do TFUE). Iso supón non só eliminar calquera discriminación por razón de nacionalidade, senón tamén, para que estas liberdades se exerzan efectivamente, adoptar medidas oportunas para facilitar o exercicio destas: ante todo, a harmonización das normativas nacionais de acceso ou o seu recoñecemento mutuo.

A Directiva 2006/123/CE, do 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior, *Directiva de servizos*, é unha norma de dereito comunitario derivado que introduce unha serie de medidas dirixidas a eliminar obstáculos ao desenvolvemento de actividades de servizos nun mercado único co obxecto de garantir as liberdades previstas nos tratados, singularmente as de establecemento e de prestación de servizos. A directiva ten carácter transversal, é dicir, aplícase a toda actividade de servizos entendida como calquera actividade económica por conta propia prestada a cambio de remuneración, xa sexa industrial, mercantil, artesanal ou profesional, e as súas liñas xerais son as seguintes:

- O réxime de autorización previa para o exercicio de actividades ou servizos pasa a ser excepcional e baixo as seguintes condicións: que o réxime de autorización non sexa discriminatorio para o prestador de que se trata, que a necesidade dun réxime de autorización está xustificada por unha razón imperiosa de interese xeral e, por último, que o obxectivo perseguido non se poida conseguir mediante unha medida menos restritiva, en concreto porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

- Establécense medidas para asegurar o dereito dos prestadores a prestar servizos nun Estado membro distinto daquel en que estean establecidos, e a correlativa obriga do Estado membro en que se preste o servizo asegurará a liberdade de acceso e o libre exercicio da actividade de servizos dentro do seu territorio.

- Determinínase a obriga dos Estados membros de pór en vigor as disposicións legais, regulamentarias e administrativas necesarias para dar cumprimento ao establecido nesta directiva como moito antes do 28 de decembro de 2009.

A doutrina<sup>1</sup> puxo de manifesto que implica un cambio de cultura administrativa que supón a liberalización de servizos no ámbito de aplicación da directiva, de forma que o réxime de autorización previa ao exercicio ou ao establecemento da actividade ou servizo se converte en excepcional, sometendo as medidas administrativas de control ou intervención das actividades a un réxime de proporcionalidade, necesidade e non discriminación. E, aínda que en rigor a directiva é en realidade unha codificación da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea sobre as liberdades de acceso e a libre prestación de servizos, o certo é que constitúe un punto de inflexión no proceso de harmonización do dereito administrativo dos Estados membros da Unión Europea<sup>2</sup> que ata este momento se centrara en sectores como as axudas públicas, a contratación do sector público, os servizos de interese xeral ou o medio para facelo agora na prestación de servizos.

1 TORNOS MAS, J., "La licencia comercial específica y el régimen de autorizaciones en la directiva de servicios", Villarejo Galende, H. (coord.), *La directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Comares, Granada, 2009, pp. 25 e ss., sinala que a directiva impón un modelo xeral de intervención na economía baseado na desregulación e exixelles aos Estados membros que toda medida intervencionista se xustifique en función da súa adecuación ao principio de proporcionalidade.

2 AGUADO I CUDOLÁ, V. e NOGUERA DE LA MUELA, B., *El impacto de la Directiva de servicios en las administraciones públicas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 99 e ss. citando varios autores refírense ao fenómeno da "europeización do dereito administrativo", expresión coa que fan referencia á transformación dos ordenamentos nacionais polo impacto e a influencia dos actos e accións comunitarias.

## 2.2 A autorización administrativa previa

A directiva supuxo un xiro significativo á existencia xeneralizada de autorización administrativa previa ao exercicio dunha actividade, que é a forma de intervención e control construída sobre a noción clásica de policía administrativa, de tal forma que os Estados membros só poderán impor un réxime autorizador se se dan tres condicións: a existencia dunha razón imperiosa de interese xeral, que sexa proporcional a súa existencia e que non teña carácter discriminatorio, tal e como xa viña exixindo a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas.

O réxime de licenza ou autorización administrativa está xeneralizado na normativa sectorial, pero certamente existen outros sistemas de control. GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>3</sup> estuda as autorizacións como unha das limitacións administrativas de dereitos, que conceptúan como incidencias que non modifican o dereito subxectivo afectado, nin tampouco a capacidade xurídica ou de obrar do titular, senón que actúan, exclusivamente, sobre as condicións de exercicio do dito dereito, deixando inalterados todos os seus elementos (configuración, funcionalidade, límites, protección). Esa incidencia sobre as facultades de exercicio dos dereitos está determinada pola necesidade de coordinalos, ben cos dereitos ou intereses doutro suxeito, ben (o que é o suposto normal das limitacións administrativas) cos intereses ou dereitos da comunidade ou do aparato administrativo. Tales limitacións de dereito poden reducirse a tres tipos:

- Prohibición incondicionada e absoluta.
- Prohibición relativa ou con reserva de excepción a outorgar pola Administración (técnica da suspensión da facultade de exercicio, modelo entre todos, a autorización ou licenza administrativa).
- Libre exercicio con reserva de excepción prohibitiva imposta en casos concretos pola Administración (técnica da eficacia inmediata da facultade con pendencia dunha acción administrativa resolutoria desta).

A estes tres tipos de limitacións administrativas, estudados pola doutrina italiana<sup>4</sup>, GARCÍA DE ENTERRÍA engádelles un cuarto, consistente na obriga positiva de lle comunicar á Administración, para os efectos de control dos límites do seu exercicio lícito (ou de información estatística) determinados exercicios de dereitos. Sobre esta *taxonomía* das limitacións administrativas volveremos ao tratar as medidas alternativas á autorización previstas na Directiva de servizos. Baste sinalar agora que a Administración precisa dunha habilitación legal explícita para actuar impondo calquera das limitacións expostas, o que para GARCÍA DE ENTERRÍA supón “*negar a existencia dun suposto poder abstracto e xeral da Administración capaz de intercalarse ao seu arbitrio entre a titularidade dun dereito do cidadán e o seu exercicio*”<sup>5</sup>.

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo, tomo II*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2010, pp. 106 e ss.

4 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo, tomo II*, 7ª ed., cit., segue neste punto a VIGNOCHI, G.

5 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo, tomo II*, 7ª ed., cit., p. 110.

## 2.3 Razóns imperiosas de interese xeral

Como sinalamos, o réxime de autorización está sometido a tres condicións: proporcionalidade, necesidade e non discriminación. Que a medida de intervención sexa proporcionada e non discriminatoria implican un xuízo caso por caso. En canto á necesidade da medida, equipárase á existencia de razóns imperiosas de interese xeral, concepto xurídico indeterminado que foi desenvolvido polo Tribunal de Xustiza na súa xurisprudencia relativa aos artigos 43 e 49 do tratado e pode seguir evolucionando. A noción recoñecida na xurisprudencia do Tribunal de Xustiza abrangue polo menos os ámbitos seguintes: orde pública, seguridade pública e saúde pública, mantemento da orde na sociedade, obxectivos de política social, protección dos destinatarios dos servizos, protección do consumidor, protección dos traballadores, incluída a súa protección social, benestar animal, preservación do equilibrio financeiro dos réximes de seguridade social, prevención de fraudes, prevención da competencia desleal, protección do medio ambiente e do contorno urbano, incluída a planificación urbana e rural, protección dos acredores, garantía dunha boa administración de xustiza, seguridade viaria, protección da propiedade intelectual e industrial, obxectivos de política cultural, incluída a salvagarda da liberdade de expresión, a necesidade de garantir un alto nivel de educación, mantemento da diversidade de prensa, fomento da lingua nacional, conservación do patrimonio nacional histórico e artístico, e política veterinaria.

A existencia da razón imperiosa de interese xeral que xustifica o mantemento dunha autorización previa debe ser xustificada polo Estado que a invoca.

## 2.4 Recoñecemento do silencio positivo

É antigo o debate na Unión Europea arredor da cuestión do silencio positivo para suplir a falta de resposta da Administración dos procedementos administrativos. AGUADO I CUDOLÁ<sup>6</sup> sinala que ata o momento se producira por meras recomendacións para a incorporación do silencio como medida de simplificación administrativa. Pero a Directiva de servizos xa se refire á falta de resposta nos procedementos de autorización no seu artigo 13 con esta rotundidade:

*Os procedementos e trámites de autorización deberán ser adecuados para lles garantir aos interesados que se lle dea curso á súa solicitude o antes posible e, en calquera caso, dentro dun prazo de resposta razoable, fixado e feito público con antelación. O prazo non comezará a correr ata o momento da presentación de toda a documentación. Cando a complexidade do asunto o xustifique, a autoridade competente poderá ampliar o período un soa vez e por un tempo limitado. A ampliación e a súa duración deberán motivarse debidamente e notificaránselle ao solicitante antes de que expirase o período orixinal.*

*A falta de resposta no prazo fixado ou ampliado conforme o apartado 3, considerarase que a autorización está concedida. Non obstante, poderase prever un réxime distinto cando o dito réxime estea xustificado por unha razón imperiosa de interese xeral, incluídos os lexítimos intereses de terceiros.*

Co cal o procedemento autorizador, xa de seu excepcional, ten como regra xeral o silencio positivo.<sup>7</sup>

6 AGUADO I CUDOLÁ, V. e NOGUERA DE LA MUELA, B., *El impacto de la Directiva de servicios en las administraciones públicas*, cit., p. 79.

7 SANTIAGO IGLESIAS, D., "La incidencia de la Directiva de servicios y de sus normas de transposición en el régimen jurídico del silencio administrativo", Almeida Cereida, M. (coord.), *La termita Bolkenstein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Thomsom-Reuters, Madrid,

## 2.5 A recepción no dereito interno da Directiva de servizos

### 2.5.1 Normativa estatal de transposición

A Directiva entrou en vigor o 28 de decembro de 2006, ao día seguinte da súa publicación no DOUE, e establecía un prazo de tres anos para que se finalizase o proceso de transposición. Este proceso foi enormemente complexo; implicou a avaliación e a revisión de normativa estatal, autonómica e local, e, en boa medida, desbordou as limitacións da propia directiva, que establecía claramente que por razóns ambientais ou urbanísticas estaba xustificada un réxime autorizador, o que, como veremos, non foi respectado.<sup>8</sup>

A Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio (lei *paraugas*), estableceu unha regulación baseada nos seguintes principios:

- Liberdade de establecemento. Os prestadores poderán establecerse libremente en territorio español para exercer unha actividade de servizos.
- Prohibición do réxime de autorización previa para o exercicio dunha actividade de servizos agás salvo casos excepcionais.
- Con carácter xeral, a realización dunha comunicación ou unha declaración responsable ou o outorgamento dunha autorización permitirá acceder a unha actividade de servizos e exercela por tempo indefinido. No seguinte apartado referirémonos a unha e a outra.

A Lei 25/2009, do 22 de decembro (lei *ómnibus*<sup>9</sup>), de modificación de diversas leis para a súa adaptación á lei sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, introduciu na LXPAC a comunicación previa e a declaración responsable como medios de inicio do procedemento cun novo artigo 71 bis. Modificouse a Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local (LRBRL), para introducir medios de control posterior e suprimir a licenza como única forma de intervención administrativa e, ao tempo, reformouse tamén o venerable Regulamento de servizos das corporacións locais, aprobado por Decreto do 17 de xuño de 1955 (RSCL), que sometía a licenza previa a apertura de establecementos. Desta forma, a apertura de establecementos industriais e mercantís poderá suxeitarse aos medios de intervención municipal mediante comunicación previa ou declaración responsable e non só de licenza. Con iso logrouse unha adaptación formal da directiva, pero deixouse en mans dos concellos elixir un sistema ou outro sen criterio ningún.

2012, p. 140, sinala que unha das modificacións de maior transcendencia introducida por esta directiva nos procedementos autorizatorios é o establecemento do réxime do silencio administrativo positivo como regra xeral.

- 8 Para unha análise detida do proceso de transposición da directiva e a reforma da intervención administrativa no marco da liberalización económica, véxase SANTIAGO IGLESIAS, D., “La incidencia de la Directiva de servicios y de sus normas de transposición en el régimen jurídico del silencio administrativo”, *cit.* Tamén en AGUADO I CUDOLÁ, V. e NOGUERA DE LA MUELA, B., *El impacto de la Directiva de servicios en las administraciones públicas, cit.*
- 9 As denominacións de *lei paraugas* para a Lei 17/2009 e de *lei ómnibus* para a Lei 25/2009 fixeron fortuna e así lles chaman tanto na literatura científica como nas propias publicacións oficiais. En realidade, aínda que parecen sobrenomes enxeñosos de orixe autóctona, son un préstamo lingüístico do inglés e responden a unha mala tradución da denominación de senllas técnicas lexislativas anglosaxonas. *Umbrella bill/umbrella legislation* (mal traducida como lei paraugas, o substantivo *umbrella* é un hiperónimo, un termo xeral que significaría cuberta ou protección) significa en realidade marco lexislativo. Vén ao caso da Lei 17/2009 porque é a que establece a regulación ou marco xeral do exercicio de actividades e servizos. Coa denominación *omnibus bill/omnibus legislation* designase a lei que abrangue unha serie de temas diversos e non relacionados, utilizando a palabra latina *omnibus* no seu significado orixinal “para todo” e non no referido ao transporte colectivo, que só existe en castelán. O que en calquera caso resulta apropiado para unha lei que, como a 25/2009, é en realidade unha norma que modifica outras 48 de rango legal, desde as bases do réxime local ata a metroloxía.

A Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable significou outra volta de parafuso máis, de forma que os artigos 84, 84 bis e 84 ter da Lei 7/1985, do 2 de abril, (modificados novamente pola Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local) preceptúan xa claramente que o exercicio de actividades non se someterá á obtención de licenza ou outro medio de control preventivo coas seguintes excepcións:

a) Cando estea xustificado por razóns de orde pública, seguridade pública, saúde pública ou protección do medio ambiente no lugar concreto onde se realiza a actividade, e estas razóns non se poidan salvagardar mediante a presentación dunha declaración responsable ou dunha comunicación.

b) Cando, pola escaseza de recursos naturais, a utilización de dominio público, a existencia de inequívocos impedimentos técnicos ou en función da existencia de servizos públicos sometidos a tarifas reguladas, o número de operadores económicos do mercado sexa limitado.

As instalacións ou infraestruturas físicas para o exercicio de actividades económicas só se someterán a un réxime de autorización cando o estableza unha lei que defina os seus requisitos esenciais e estas sexan susceptibles de xerar danos sobre o medio ambiente e o contorno urbano, a seguridade ou a saúde públicas e o patrimonio histórico, e resulte proporcionado.

A avaliación deste risco determinarase en función das características das instalacións, entre as que estarán as seguintes:

a) A potencia eléctrica ou enerxética da instalación.

b) A capacidade da instalación.

c) A contaminación acústica.

d) A composición das augas residuais que emita a instalación e a súa capacidade de depuración.

e) A existencia de materiais inflamables ou contaminantes.

f) As instalacións que afecten a bens declarados do patrimonio histórico.

Introdúcese unha importante regra para evitar a concorrencia de diversas autorizacións co mesmo obxecto, e é que, segundo o novo e importante apartado 3 do artigo 84 bis da LRBRL, en caso de existencia de licenzas ou autorizacións concorrentes entre unha entidade local e outra Administración, a entidade local deberá motivar expresamente na xustificación da necesidade da autorización ou licenza o interese xeral concreto que se pretende protexer e que este non se encontra xa cuberto mediante outra autorización xa existente.

Así mesmo, o artigo 84 ter dispón taxativamente que, cando o exercicio de actividades non precise autorización habilitante e previa, as entidades locais deberán establecer e planificar os procedementos de comunicación necesarios, así como os de verificación posterior do cumprimento dos requisitos precisos para o exercicio desta polos interesados previstos na lexislación sectorial.

Malia a rotundidade da regulación, a Lei de economía sustentable pasa por alto un aspecto fundamental: o exercicio dunha nova actividade precisa na maior parte das ocasións da realización dunha obra e, xunto coa autorización da apertura (que se elimina), simultaneamente

cómpre unha autorización urbanística (que non se modifica). Isto ten tamén unha importante derivada, a conexión entre a regulación da intervención municipal e as facendas locais, e iso porque o Texto refundido da Lei reguladora das facendas locais, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo, regulaba a taxa polo outorgamento de licenzas de apertura e obra, así como o imposto pola realización de obras e construcións suxeitas a licenza (imposto sobre instalacións, construcións e obras, ICIO). A Lei de economía sustentable modificou a regulación da taxa de forma que o feito imponible era tanto o outorgamento da licenza de apertura como a verificación posterior en caso de non ser necesaria tal licenza, pero non alterou o feito imponible do ICIO, que seguía sendo a realización de obra precisada de licenza. Tal feito, que implica unha mingua importante dos recursos locais, unido á difusa supresión de licenza urbanística para as obras que teñen por obxecto a implantación dunha actividade, levou a que fosen moi poucos os concellos que optasen nas súas ordenanzas municipais por suprimir a licenza de obra para a realización de actividades.

Finalmente, o RDL 19/2012, do 25 de maio, convertido en Lei 12/2012, do 26 de decembro, de medidas urxentes de liberación do comercio e de determinados servizos, e a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado, establecen que determinados tipos de actividades comerciais e de servizos (82 da epígrafe do IAE), cun límite de 300 m<sup>2</sup> ampliado a 750 m<sup>2</sup>, quedan exentas de licenza previa de instalacións, de funcionamento ou de actividade, nin outras de clase similar que suxeiten a autorización previa o exercicio da actividade comercial que se vai desenvolver ou a posibilidade mesma da apertura do establecemento correspondente. Modifícase a Lei reguladora das facendas locais para posibilitar o cobramento da taxa por licenzas urbanísticas e do imposto de instalacións, construcións e obras non só cando sexa preceptiva licenza, senón tamén no caso de declaración responsable ou comunicación previa.

Regap



ESTUDIOS

## 2.5.2 Medidas alternativas á autorización: comunicación previa e declaración responsable

Como sinalamos, a Lei 17/2009 xa estableceu unha preferencia da comunicación previa e da declaración responsable respecto da autorización administrativa, quedando ambas as dúas reguladas no novo artigo 71 bis da LRPAC, introducido pola Lei 25/2009, do 22 de decembro.

O artigo 42 da LRPAC xa prevía ese réxime cando sinalaba que a Administración está obrigada a ditar resolución expresa agás *“nos procedementos en que se produza a prescrición, a caducidade, a renuncia ou a desistencia nos termos previstos nesta lei, así como os relativos ao exercicio de dereitos que só deba ser obxecto de comunicación e aqueles nos que se produciše a perda sobrevida de obxecto de procedemento”*. A comunicación previa xa existía na regulación sectorial, concretamente na de industria, que xa desde o RD 2135/1980, do 26 de setembro, indicaba que a posta en funcionamento das industrias non necesitase outro requisito que a *comunicación* á Administración da certificación expedida por técnico competente, na que se poña de manifesto a adaptación da obra ao proxecto e o cumprimento das condicións técnicas e prescricións regulamentarias que, se é o caso, correspondan.

PAREJO ALFONSO<sup>10</sup> sinala que as técnicas de comunicación previa e declaración responsable son coñecidas no noso ordenamento xurídico-administrativo desde hai tempo *“e o seu uso dista de ser marxinal, atopándose ademais en crecemento antes do ditado da Directiva*

10 PAREJO ALFONSO, L., *Autorizaciones y licencias, hoy. Un análisis sectorial tras la Directiva de servicios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 23 e ss.

*de servizos, polo menos nalgúns sectores*”, e sinala, entre eles, a contratación pública, as subvencións e, sobre todo, a fiscal.

Sinala a LRXPAC que se entenderá por declaración responsable o documento subscrito por un interesado no que manifesta, baixo a súa responsabilidade, que cumpre cos requisitos establecidos na normativa vixente para acceder ao recoñecemento dun dereito ou facultade ou para o seu exercicio, que dispón da documentación que así o acredita e que se compromete a manter o seu cumprimento durante o período de tempo inherente ao dito recoñecemento ou exercicio.

Entenderase por comunicación previa, continúa indicando a lei, aquel documento mediante o que os interesados poñen en coñecemento da Administración pública competente os seus datos identificativos e demais requisitos exixibles para o exercicio dun dereito ou o inicio dunha actividade.

As declaracións responsables e as comunicacións previas producirán os efectos que determine en cada caso a lexislación correspondente e permitirán, con carácter xeral, o recoñecemento ou exercicio dun dereito ou ben o inicio dunha actividade, desde o día da súa presentación, sen prexuízo das facultades de comprobación, control e inspección que teñan atribuídas as administracións públicas.

A xeneralidade da doutrina<sup>11</sup> considerou pouco afortunada a configuración legal da comunicación previa e a declaración responsable, na que non queda clara a distinción entre unha figura e outra: a declaración responsable parece liberar o administrado da presentación de documentos e faculta a Administración para a verificación, pero o certo é que a presentación dunha comunicación previa non impide un control *ex post*; por outra banda, a práctica ofrécenos multitude de exemplos de comunicacións previas nas que o particular, para a acreditación do cumprimento de determinados requisitos achega, xunto coa documentación acreditativa, unha ou varias declaracións responsables<sup>12</sup>. Tamén se discute a súa regulación no capítulo que a LRXPAC dedica á iniciación do procedemento, xunto coa solicitude de persoa interesada ou a iniciación de oficio cando, en puridade, non existe procedemento ningún”<sup>13</sup>.

En todo caso, atopariámonos en ambos os dous casos ante o que GARCÍA DE ENTERRÍA denominaba obriga positiva de lle comunicar á Administración, para os efectos de control dos límites do seu exercicio lícito (ou de información estatística), determinados exercicios de dereitos, e que viña constituír o cuarto suposto de limitacións de dereitos que o indicado

---

11 CUBERO MARCOS, J. I., *La Comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 34, indica que «a lei non aclara se ao facilitar o interesado os datos permite o inicio da actividade ou se é necesario que a Administración revise ou verifique o presentado antes de que se poña en marcha esta; non se concreta que datos ou informacións resultan exixibles e pode advertirse algunha carencia ao omitir a norma reguladora do procedemento que poida prever todos estes detalles; por último, emprega o adxectivo exixible para cualificar os requisitos para o inicio da actividade e non se precisa en ningún momento a existencia dun deber previo da persoa interesada se pretende exercerla».

12 A Lei 2/2012, do 12 de xuño, de dinamización da actividade comercial na Comunidade de Madrid, sinala que, para a execución de obras e o exercicio da actividade, se iniciarán coa simple presentación (comunicación) da liquidación tributaria, proxecto técnico e declaración responsable, na que o interesado manifieste que cumpre coa lexislación vixente. O Decreto 16/2014, do 11 de febreiro, da Generalitat de Cataluña, de aprobación do regulamento do rexistro de instalacións destinadas a actividades con nenos e mozos, e de modificación do regulamento de instalacións destinadas a actividades con nenos e mozos, establece que a persoa física ou xurídica titular dunha instalación xuvenil deberá presentar unha comunicación previa acompañada de declaración responsable.

13 REBOLLO PUIG, M., “La actividad de limitación”, Cano Campos, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, vol. 3, tomo II, (A actividade das administracións públicas: o contido), Iustel, Madrid, 2009, p. 41; sinala que “ao facer a comunicación, o particular non pide nada nin espera ningunha resolución da Administración que, en efecto, non ten que producirse”.



autor lles engadía aos tres clásicos que vimos ao examinar o réxime autorizatorio: prohibición absoluta, prohibición relativa e exercicio libre con reserva de prohibición.

### 2.5.3 A normativa de adaptación da Comunidade Autónoma de Galicia

A Comunidade Autónoma de Galicia efectuou un profundo proceso de adaptación da normativa legal e regulamentaria á Directiva 2006/123/CE. A Lei 1/2010, do 11 de febreiro, de modificación de diversas leis de Galicia para a súa adaptación á directiva, modificou 23 leis da Comunidade Autónoma e deu lugar á modificación en ferverza de máis de 40 normas de rango regulamentario. Ese proceso completouse coa simultánea tramitación telemática dos procedementos e a creación da sede electrónica.<sup>14</sup>

O resultado desa adaptación é a xeneralización da comunicación previa ou a declaración responsable como medio de control administrativo nos procedementos da Xunta de Galicia, de maneira que a autorización previa é excepcional e case residual.

A pesar diso, neste proceso non se modificara a normativa que a Comunidade Autónoma aproba para a súa aplicación polas entidades locais, singularmente a urbanística, a reguladora dos procedementos ambientais das actividades clasificadas e a relativa a policía de espectáculos, o que finalmente se aborda coa Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia (LECEG).

Regap



ESTUDIOS

## 3 A intervención administrativa para o exercicio de actividades en Galicia

### 3.1 Cuestións previas

O proceso para a definitiva eliminación de trabas ao exercicio de actividades económicas non se pode levar a cabo sen o concurso das administracións locais. Como xa vimos, o proceso parte da Directiva de servizos e dun complicado proceso normativo que se iniciou en 2009 e que se intensifica a partir de 2012. Tamén hai que subliñar a actividade dos entes locais, polo menos nos municipios de maior poboación, establecendo ordenanzas que introducen a comunicación previa ou declaración responsable nas actividades e nas obras menores, labor que, para ser completo e harmónico en todo o territorio, exixía que a Comunidade Autónoma establecese un réxime xurídico único e estable nas actividades que regula, si, pero que non autoriza en última instancia ao ser competencia exclusivamente municipal e estar sometida a licenza de actividade. Son as denominadas actividades inocuas, as clasificadas e as actividades recreativas e os espectáculos públicos.

A diferenza doutras comunidades autónomas, Galicia carecía dunha regulación común do réxime de control administrativo das actividades. A normativa existente ou era estatal e aplicábase

<sup>14</sup> O Decreto 198/2010, do 2 de decembro, polo que se regula o desenvolvemento da administración electrónica da Xunta de Galicia, regula o dereito dos cidadáns a relacionarse coas administracións públicas galegas por medios electrónicos, a tramitación dos procedementos administrativos incorporados á tramitación telemática, a creación e regulación da sede electrónica e do rexistro electrónico, o impulso e desenvolvemento dos servizos electrónicos e o establecemento de estruturas e servizos de interoperabilidade. Desde a súa entrada en vigor adaptáronse ás súas prescricións a grande parte dos procedementos administrativos de tal forma que na actualidade máis de 600 procedementos son de tramitación electrónica.

de forma supletoria –caso das actividades inocuas co Regulamento de servizos das corporacións locais de 1955–; ou estaba claramente superada –caso do Decreto 133/2008, mera copia do RAMINP de 1961<sup>15</sup>–; ou atopábase fragmentada, como nos espectáculos públicos, regulados por un Regulamento estatal de 1982 e por un catálogo aprobado por decreto da Xunta de Galicia. A ese réxime dispar engadiuse a irrupción mediante a normativa estatal arriba indicada do réxime de control *ex post* para determinadas –non todas– actividades inocuas.

Ante esa situación, formulábase a necesidade de establecer un réxime xurídico único do exercicio de actividades en Galicia, eliminando de xeito pleno e efectivo a licenza de apertura previa á instalación e ao inicio da actividade (licenzas de actividade ou instalación e de apertura ou funcionamento). Neste sentido, a lei deu cumprimento en Galicia ao disposto no artigo 41 da Lei de economía sustentable, que determina que, con carácter xeral, o exercicio de actividades non se someterá á obtención de licenza ou outro medio de control preventivo. Así, a lei proclama, no seu artigo 1.2, que ten por obxecto a regulación do réxime xurídico e dos instrumentos de intervención administrativa aplicables á instalación e apertura de establecementos e ao exercicio de actividades económicas e a regulación do réxime de comunicación previa administrativa para o exercicio de actividades e a realización de actos de uso do solo e do subsolo.

A reforma no réxime xurídico do exercicio de actividades económicas debía ir acompañada dunha modificación importante da normativa ambiental, de comercio interior, de seguridade industrial e singularmente da urbanística, que, ao exixir autorización previa para realizar calquera acto de uso de solo, impedía o pleno exercicio do dereito á libre prestación de servizos ao imporlles aos prestadores un réxime de autorización.

### 3.2 A comunicación previa de apertura na Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia

A nova lei suprime a licenza de actividade tanto para a súa implantación (licenza de actividade ou instalación) como para a súa posta en marcha (licenza de apertura ou de funcionamento).<sup>16</sup> A diferenza da normativa estatal e da doutras comunidades autónomas, tal supresión:

- Aplícase a todo tipo de actividades, non só ás comerciais ou ás de servizos, tamén industriais, profesionais, turísticas, hostalaría, lecer, así como para os espectáculos públicos, actividades recreativas, etc.

- Non existe limitación de superficie á supresión de licenza, coa excepción das grandes superficies de comercio polo miúdo de máis de 2.500 m<sup>2</sup> de superficie de exposición e venda, que precisarán dunha autorización comercial autónoma por razón da súa incidencia supramunicipal.<sup>17</sup>

---

15 O Decreto 133/2008, do 12 de xuño, polo que se regula a avaliación de incidencia ambiental, substituíu o Regulamento de actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas, aprobado polo Decreto 2414/1961, do 30 de novembro, que estivo vivente en Galicia case 50 anos. A nova regulación pouco achegou no procedemental á autorización de actividades, para as que era exixible unha información pública mediante anuncio no DOG, no BOP e notificación persoal aos veciños e titulares de dereitos inmediatos ao lugar da localización proposta.

16 No ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia suprimíase con carácter xeral a necesidade de obtención de licenza municipal de actividade, apertura ou funcionamento para a instalación, implantación ou exercicio de calquera actividade económica, empresarial, profesional, industrial ou comercial. (Artigo 23).

17 A LECEG modifica o artigo 28 da Lei 13/2010, do 17 de decembro, do comercio interior de Galicia, sinalando que «*non será exixible licenza para o inicio e desenvolvemento das actividades comerciais obxecto desta Lei nin para o cambio de titularidade. Nestes casos abondará a comunicación previa prevista na Lei do emprendemento de Galicia e na normativa urbanística, se procede*». O artigo 29.2 indica que «*se*

- É independente dos efectos ambientais da actividade, xa que non será necesaria a licenza previa aínda que a actividade teña que someterse a algún procedemento ambiental para avaliar a súa incidencia ou impacto no medio ambiente.<sup>18</sup>

Será suficiente cunha comunicación previa para o inicio da actividade, para a apertura do establecemento e tamén, se é necesaria a realización dunha obra, substitúese a licenza por unha comunicación previa do particular interesado. O artigo 24 da LECEG sinala que con carácter previo ao inicio da actividade ou da apertura do establecemento e, se é o caso, para o inicio da obra ou instalación que se destine especificamente a unha actividade, os interesados presentarán ante o concello respectivo comunicación previa na que porán en coñecemento da Administración municipal os seus datos identificativos. Sométese tamén ao réxime de comunicación previa o cambio de titularidade das actividades e instalacións, sendo unicamente necesaria a comunicación do novo titular, a diferenza da redacción do RSCCL, que exixía tamén a intervención do antigo titular.

A lei define con claridade que a comunicación previa como un acto xurídico do particular, que, de acordo coa lei, habilita para o inicio da actividade ou a apertura do establecemento e, sé é o caso, para o inicio da obra ou instalación.

A posta en coñecemento da Administración consiste na achega da seguinte documentación:

- a) Memoria explicativa da actividade que se pretende realizar, coa manifestación expresa do cumprimento de todos os requisitos técnicos e administrativos.
- b) Xustificante de pagamento dos tributos municipais.
- c) Declaración de que se cumpre con todos os requisitos para o exercicio da actividade e de que os locais e instalacións reúnen as condicións de seguridade, salubridade e as demais previstas no planeamento urbanístico.
- d) Proxecto e documentación técnica que resulte exixible segundo a natureza da actividade ou instalación.
- e) A autorización ou declaración ambiental que proceda.
- f) As autorizacións e informes sectoriais que sexan preceptivos, xunto coa manifestación expresa de que se conta con todos os necesarios para o inicio da obra, instalación ou actividade.
- g) Se é o caso, o certificado, acta ou informe de conformidade emitido polas entidades de certificación de conformidade municipal reguladas nesta lei.

*entende que unicamente teñen incidencia supramunicipal, e polo tanto están suxeitos a autorización comercial autonómica, a instalación e traslado dos establecementos comerciais cuxa superficie útil de exposición e venda ao público sexa igual ou superior a 2.500 metros cadrados polo impacto territorial, urbanístico, viario e ambiental xerado. Tamén será preceptiva a citada autorización no caso de ampliacións de establecementos comerciais cando a superficie resultante tras a ampliación sexa igual ou superior a 2.500 metros cadrados».*

18 Refórmase tamén a Lei 1/1995, do 2 de xaneiro, de protección ambiental de Galicia tal como sinalaremos no seguinte apartado. Indicamos agora que as actividades se clasifican en dous graos de protección: impacto ambiental (que prezará a súa avaliación de conformidade coa Lei 21/2013, do 9 de decembro, de avaliación de impacto ambiental) e incidencia ambiental (que se avaliará de conformidade co disposto na propia Lei do emprendemento).

### 3.3 Efectos da comunicación previa

A comunicación previa presentada cumprindo con todos os requisitos habilita para o inicio da actividade ou a apertura do establecemento e, se é o caso, para o inicio da obra ou instalación, e faculta a Administración pública para verificar a conformidade dos datos que nela se conteñen.

O incumprimento sobrevido das condicións da comunicación previa ou dos requisitos legais da actividade será causa da ineficacia da comunicación previa e habilitará o Concello respectivo á súa declaración logo de audiencia do interesado.

A inexactitude, falsidade ou omisión, de carácter esencial, en calquera dato, manifestación ou documento que se achega ou incorpora á comunicación previa leva consigo, logo de audiencia de persoa interesada, a declaración de ineficacia da comunicación efectuada e impide o exercicio do dereito ou da actividade afectada desde o momento en que se coñece, sen prexuízo das sancións que procedese impor por tales feitos.

## 4 A avaliación ambiental das actividades

Ata a entrada en vigor da LECEG, as actividades sometíanse a avaliación de impacto ambiental, efectos ambientais ou incidencia ambiental, en función do seu grao de afección no medio ambiente. As de menor afección quedaban sometidas ao Decreto 133/2008, do 12 de xuño, polo que se regulaba a avaliación de incidencia ambiental, e que substituíu o Regulamento de actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas, aprobado polo Decreto 2414/1961, do 30 de novembro, que estivo vixente en Galicia case cincuenta anos. O Decreto de 2008 pouco achegou no procedemental á autorización de actividades, para as que era exixible unha información pública mediante anuncio no DOG, no BOP e notificación persoal aos veciños e titulares de dereitos inmediatos ao lugar da localización proposta. No substantivo, mantívose a necesidade de someter ao procedemento as actividades potencialmente insalubres, nocivas e perigosas e, entre elas, as que se contiñan nun anexo notablemente menor que o do artigo RAMINP, malia conter máis de 120 actividades, e que seguía sendo meramente enunciativo e non limitativo, xa que o seu artigo 2 indicaba que se someterían igualmente ao procedemento as actividades non incluídas no anexo, pero que merezan a consideración de molestas, insalubres, nocivas e perigosas.

Tras a súa reforma pola LECEG, a Lei 1/1995, do 2 de xaneiro, de protección ambiental de Galicia, clasifica as actividades de acordo coa súa incidencia ambiental en dous graos de protección:

- a) De avaliación do impacto ambiental. Regulada na Lei 21/2013, do 9 de decembro, de avaliación ambiental, que é de aplicación ás actividades contidas no seu propio anexo.
- b) De avaliación da incidencia ambiental. Avaliación de incidencia: a propia Lei 9/2013, que derroga e substitúe o Decreto 133/2008 (antigo RAMINP D2414/1961).

Suprímese a avaliación de efectos ambientais (Decreto 327/1991, do 20 de outubro, residual e inaplicable na práctica).

A diferenza da regulación anterior, a LECEG enumera nun anexo as actividades que se consideran clasificadas para os efectos de incidencia ambiental, anexo que pasa a ser limitativo,

de tal forma que só as actividades que se regulan nel –menos de 50– deberán ser sometidas a declaración de incidencia ambiental ante o órgano da consellaría competente en materia de medio ambiente, denominado órgano ambiental. O resto de actividades non comprendidas no anexo e non sometidas a avaliación de impacto, considéranse inocuas.

Coa solicitude de declaración de incidencia ambiental deberá achegarse a seguinte documentación:

- a) Proxecto técnico redactado por técnico competente na materia, de ser o caso.
- b) Unha memoria descriptiva na que se detallarán:
  - 1º. Os aspectos básicos relativos á actividade, a súa localización e repercusións no ambiente.
  - 2º. Os tipos e cantidades de residuos, verteduras e emisións xerados pola actividade, e a xestión prevista para eles.
  - 3º. Os riscos ambientais que poidan derivar da actividade.
  - 4º. A proposta de medidas preventivas, correctoras e de autocontrol da incidencia ambiental.
  - 5º. As técnicas de restauración do medio afectado e o programa de seguimento da área restaurada nos casos de desmantelamento das instalacións ou cesamento da actividade.

Regap



ESTUDIOS

## 4.1 Procedemento

O procedemento é electrónico e elimínase a obrigatoriedade de anuncios en diarios oficiais, que se substitúen pola publicación na páxina web institucional da consellaría competente en materia de medio ambiente co fin de que as persoas interesadas poidan formular observacións ou alegacións en relación coas repercusións ambientais da actividade durante o prazo de quince días. Simultaneamente, o órgano ambiental consultará as administracións públicas afectadas. A consulta poderá ampliarse a outras persoas físicas ou xurídicas públicas ou privadas vinculadas á protección do medio ambiente. A notificación indicará o prazo en que deberán remitir, se é o caso, as observacións e alegacións, prazo que non poderá exceder os quince días. Os informes solicitados e non recibidos no prazo estipulado entenderanse como favorables, podendo continuar o procedemento. Se o Concello emitise un informe de non compatibilidade do proxecto con planeamento urbanístico, o órgano ambiental ditará resolución motivada, pondo fin ao procedemento e arquivando as actuacións.

## 4.2 Resolución

O órgano ambiental emitirá a declaración de incidencia ambiental que proceda, establecendo, se é o caso, as medidas preventivas, correctoras ou de restauración que se deben observar na implantación, desenvolvemento e cesamento da actividade. A declaración de incidencia ambiental deberá ser emitida no prazo máximo de dous meses desde a presentación da solicitude. Establécese o silencio positivo como forma de resolución de forma que, se se supera o citado prazo, a declaración se entenderá favorable, quedando a persoa solicitante vinculada polas medidas preventivas, correctoras e de restauración recollidas na memoria presentada coa solicitude.

A declaración de incidencia ambiental terá efectos vinculantes para a autoridade municipal, porá fin á vía administrativa e será notificada á persoa solicitante, ás persoas interesadas que formulasen alegacións e ao Concello onde se prevexa implantar a actividade.

Estarán tamén sometidas a declaración previa de incidencia ambiental as modificacións substanciais das actividades comprendidas no anexo.

- a) O incremento superior ao 50 % da capacidade produtiva da instalación.
- b) O incremento superior ao 50 % das materias primas empregadas.
- c) O incremento do consumo de auga ou enerxía superior ao 50 %.
- d) O incremento superior ao 25 % das emisións de contaminantes atmosféricos ou a implantación de novos focos de emisión catalogados.
- e) O incremento superior ao 50 % da vertedura de augas residuais.
- f) A produción de residuos perigosos ou o incremento do 25 % do seu volume.
- g) O incremento nun 25 % dalgún ou da suma do total de contaminantes.
- h) A incorporación ao sistema de produción ou o seu aumento por encima do 25 % de substancias perigosas, reguladas polo RD 1254/1999, do 16 de xullo.

### 4.3 Efectos

Sen prexuízo das competencias atribuídas á Administración autonómica, correspóndelle ao Concello a vixilancia e seguimento do cumprimento das condicións establecidas na declaración de incidencia ambiental.

O incumprimento das obrigas establecidas na declaración de incidencia ambiental ou das medidas preventivas, correctoras e de restauración consideradas na memoria presentada coa solicitude nos casos de silencio positivo sancionárase, cando proceda, de conformidade co disposto na Lei 1/1995, do 2 de xaneiro, de protección ambiental de Galicia, sen prexuízo das responsabilidades civís, penais ou doutra orde que procedesen.

## 5 Espectáculos públicos e actividades recreativas

A regulación de todas as actividades relativas á organización e celebración das actividades con afluencia pública de diversión, lecer ou distracción, acompañadas ou non de consumo de bebidas e alimentos, considerouse tradicionalmente un ámbito de actuación da intervención administrativa: a policía de espectáculos. Concorren nesta materia a garantía da seguridade cidadá, a protección da orde pública, a limitación das actividades ás que estivesen autorizadas e as condicións de organización, capacidade, horario e venda de localidades<sup>19</sup>.

---

19 DESCALZO GONZÁLEZ, A., "Las licencias en los espectáculos públicos y las actividades recreativas", Parejo Alfonso, L. (dir.), *Autorizaciones y licencias, hoy. Un análisis sectorial tras la Directiva de servicios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 172 e ss.

Galicia, como sinalamos, carecía dunha regulación propia na materia, polo que en todo o relativo á autorización de establecementos, espectáculos e actividades recreativas era necesario acudir ao Regulamento de servizos das corporacións locais; ao Decreto 133/2008, de incidencia ambiental; e ao RD 2816/1982, do 27 de agosto, polo que se aproba o Regulamento de policía de espectáculos públicos e actividades recreativas. A LECEG ten como obxecto a regulación do réxime xurídico e dos instrumentos de intervención administrativa aplicables á instalación e apertura de establecementos e ao exercicio de actividades económicas, polo que regula o réxime de intervención administrativa para a apertura de establecementos e a organización de espectáculos públicos e actividades recreativas, remitindo a unha lei posterior todo o relativo á súa organización e desenvolvemento.

En primeiro lugar, a lei efectúa unha definición do seu ámbito obxectivo e sinala que se entenderá por:

- Espectáculos públicos: as representacións, exhibicións, actuacións, proxeccións, competicións ou as audicións de concorrencia pública, de carácter artístico, cultural, deportivas ou análogas.
- Actividades recreativas: aquelas que lles ofrecen ao público, espectadores ou participantes, actividades, produtos ou servizos con fins de ocio, recreo ou entretemento.

O réxime de intervención administrativa, tanto para a apertura de establecementos como para a organización de espectáculos públicos e actividades recreativas, é a comunicación previa do artigo 24 da LECEG á que xa nos referimos. Deste xeito, a apertura de establecementos sométese ao mesmo réxime de intervención administrativa con independencia do seu destino ou da actividade que se realice neles, coas excepcións que veremos a continuación, xa que se reservan determinados supostos taxados de autorización administrativa previa mediante a concesión de licenza.

## 5.1 Supostos de espectáculos públicos e actividades recreativas con licenza previa

Como xa indicamos, a LECEG suprime con carácter xeral a necesidade de obter licenza municipal de actividade, apertura ou funcionamento para a instalación, implantación ou exercicio de calquera actividade. Con carácter xeral, porque se aplica a todo tipo de actividades con independencia da súa finalidade e a todo tipo de establecementos con independencia do seu destino ou características. A única excepción á obtención de licenza previa é a apertura de establecementos destinados a determinados espectáculos públicos ou actividades recreativas e á súa organización. A lei, en atención á concorrencia de razóns de interese xeral derivadas da necesaria protección da seguridade e saúde pública, dos dereitos das persoas consumidoras e usuarias, do mantemento da orde pública, así como da axeitada conservación do medio ambiente e o patrimonio histórico-artístico, exige obter licenza unicamente para estes supostos:

- a) A apertura de establecementos e a celebración de espectáculos públicos ou actividades recreativas que se desenvolvan en establecementos públicos cunha capacidade superior a 500 persoas, ou que presenten unha especial situación de risco, de conformidade co disposto na normativa técnica en vigor.

Regap



ESTUDOS

- b) A instalación de terrazas ao aire libre ou na vía pública, anexas ao establecemento.
- c) A celebración de espectáculos e actividades extraordinarias e, en todo caso, os que requiran a instalación de escenarios e estruturas móbiles.
- d) A celebración dos espectáculos públicos e actividades recreativas ou deportivas que se desenvolvan en máis dun termo municipal da Comunidade Autónoma, conforme o procedemento que regulamentariamente se estableza.
- e) A celebración dos espectáculos e festexos taurinos.
- f) A apertura de establecementos e a celebración de espectáculos públicos ou actividades recreativas cuxa normativa específica exixa a concesión de autorización.

Todos eles, con excepción quizais das terrazas, requirían de licenza previa con anterioridade á entrada en vigor da norma. Malia iso, a súa aplicación práctica foi problemática, sobre todo no caso da celebración de espectáculos e actividades que a lei denomina extraordinarios e os que requiran a instalación de espectáculos e estruturas móbiles, aos que nos referiremos a continuación.

A lei non define o que debe entenderse por actividades ou espectáculos extraordinarios. Tanto o RD 2816/1982 como o Decreto 292/2004, do 18 de novembro, polo que se aproba o Catálogo de espectáculos públicos e actividades recreativas da Comunidade Autónoma de Galicia, entenden por actividades e espectáculos extraordinarios aqueles que se ofrecen no local que sexan distintos dos especificamente autorizados. Sinala o citado decreto, no seu artigo 3 d), que se considerarán espectáculos públicos e actividades recreativas “extraordinarios” aqueles que, debidamente autorizados, se celebren ou desenvolvan específica e excepcionalmente en establecementos autorizados para outros espectáculos ou actividades recreativas diferentes aos que se pretende celebrar ou desenvolver de forma extraordinaria. Esta definición axústase perfectamente ao marco legal e é coherente coa regulación que contén a LECEG.

Tamén é problemática a licenza no suposto de espectáculos con escenarios e estruturas móbiles en festas e verbenas populares, certamente os que maior impacto teñen na cidadanía tanto pola súa cantidade como pola afluencia de público.<sup>20</sup> A cuestión dos escenarios móbiles fórmulase sobre a documentación técnica que é necesario presentar, algúns deles de gran tamaño, complexidade e integrados nun remolque arrastrado por unha cabeza tractora. Os remolques matriculados teñen a consideración de vehículo e por iso deben contar coa correspondente documentación técnica, autorización administrativa e pasar por unhas revisións periódicas.<sup>21</sup> As alteracións introducidas no remolque, unha vez matriculado para adaptalo a escenario, deberán ser realizadas en taller autorizado, conforme a documentación técnica e revisadas pola Inspección Técnica de Vehículos.<sup>22</sup>

---

20 Durante o ano 2010 en Galicia celebráronse ata 2.387 festexos con verbena e 5.743 actuacións, segundo o estudo *Do palco ao escenario. Unha aproximación analítica á industria da música nas festas populares de Galicia*, da Axencia Galega de Industrias Culturais (AGADIC) e a Facultade de Ciencias de Comunicación da Universidade de Santiago de Compostela (USC), dispoñible na biblioteca dixital de AGADIC ([http://www.agadic.gal/temas/agadic/gfx/publicacion/do\\_palco\\_o\\_escenario.pdf](http://www.agadic.gal/temas/agadic/gfx/publicacion/do_palco_o_escenario.pdf)).

21 Artigo 25 do Regulamento xeral de vehículos aprobado polo Real decreto 2822/1998, do 23 de decembro.

22 Real decreto 866/2010, do 2 de xullo, polo que se regula a tramitación das reformas de vehículos específica que é reforma de vehículo toda modificación, substitución, actuación, incorporación ou supresión efectuada nun vehículo despois da súa matriculación e en remolques lixeiros despois de ser autorizados a circular, que ou ben cambia algunha das súas características ou é susceptible de alterar os



### 5.1.1 Procedemento

O titular do establecemento ou, se é o caso, as persoas encargadas da celebración do espectáculo ou actividade, deberán presentar unha solicitude de licenza ante o Concello en que se sitúe, que será o competente para a súa concesión. A solicitude de licenza terá o seguinte contido:

- a) Datos identificativos do titular ou de quen organice a actividade.
- b) Localización do establecemento público, espectáculo público ou actividade para a que se solicita a licenza.
- c) Documentación técnica: (proxecto, plan de emerxencia, ruídos, documentación ambiental, identificación do técnico, etc.). En canto á documentación que debe presentar o organizador do espectáculo no caso de verbenas e festas populares, só se deberá achegar a que resulte exixible conforme a súa normativa específica en función das características da actividade que se pretende desenvolver.
- d) Se é o caso, a solicitude de licenza ou comunicación previa urbanística.

O Concello instruirá o expediente e emitirá os informes que determinen o cumprimento da normativa aplicable (urbanístico, seguridade contra incendios, etc.), solicitando os informes das administracións con competencias concorrentes, sinalando a lei que serán vinculantes cando sexan negativos ou establezan condicións de obrigado cumprimento e que se entenderán favorables transcorrido un mes sen recibir comunicación expresa. A tramitación de solicitude de licenza non poderá exceder de tres meses, transcorridos os cales sen teren recibido os interesados resolución expresa, entenderase que o proxecto presentado é correcto e válido para todos os efectos e poderá entender estimada por silencio administrativo a súa solicitude.

A licenza outorgada polo Concello será suficiente para acreditar a actividade, condicións e características do establecemento público e deberá exporse nun lugar visible e de doado acceso.

## 5.2 Vixencia e extinción das licenzas

As licenzas dos establecementos abertos ao público concédense por tempo indefinido salvo previsión expresa, e extinguiranse:

- a) Por finalizar o espectáculo público ou a actividade recreativa.
- b) Por cumprimento do prazo ao que está sometida a actividade ou espectáculo público para o que se solicitou a licenza, nos casos en que proceda.
- c) Por caducidade.
- d) Por revogación.
- e) Por renuncia de quen posúa a súa titularidade.

---

requisitos regulamentariamente aplicables, incluíndo calquera actuación que implique algunha modificación dos datos que figuran na tarxeta de ITV do vehículo.

### 5.3 Revogación e caducidade

As licenzas poden revogarse nos seguintes supostos:

- a) Por se ter modificado substancialmente ou ter desaparecido as circunstancias que determinaron o outorgamento, ou ter sobrevido outras novas que, en caso de ter existido, comportarían a súa denegación.
- b) Por incumprimento por parte de quen posúa a titularidade das licenzas dos requisitos ou condicións en virtude dos cales lles foron outorgadas.
- c) Por sanción de conformidade co disposto na lei.
- d) Por falta de adaptacións aos novos requirimentos establecidos polas normas dentro dos prazos considerados con esta finalidade.

A Administración pode declarar a caducidade pola non realización da actividade durante un ano ampliable a dous se a actividade ou o espectáculo teñen períodos de actividade.

## 6 Réxime sancionador

A LECEG contén un réxime sancionador específico no que se tipifican as infraccións e sancións derivadas da aplicación da lei.

### 6.1 Infraccións e sancións

#### 6.1.1 Moi graves

Son infraccións moi graves, a teor da lei:

Abrir un establecemento e levar a cabo actividades, ou realizar modificacións, sen efectuar a comunicación previa ou sen dispor das licenzas ou autorizacións oportunas, ou incumprir as súas condicións, se supuxese un risco grave para as persoas ou os bens.

A reapertura de actividades afectadas por resolución firme en vía administrativa de clausura ou suspensión, mentres perdurase a vixencia de tales medidas.

Incumprir as medidas e condicións de seguridade e hixiene establecidas no ordenamento xurídico, así como aquelas específicas recollidas nas correspondentes comunicacións previas, licenzas ou autorizacións, ou derivadas de inspeccións, cando iso supuxese un grave risco para a seguridade das persoas ou os bens.

O engano ou falsidade nas comunicacións previas ou na obtención das correspondentes licenzas ou autorizacións mediante a achega de documentos ou datos.

Modificar os establecementos públicos e instalacións sen a correspondente licenza ou autorización, sempre que a referida modificación xerese situacións de grave risco para as persoas ou bens.

O mal estado dos establecementos, instalacións e servizos que supuxese un grave risco para a seguridade das persoas.

Incumprir a prohibición de discriminación.

A expedición de certificados, actas, informes ou ditames cuxo contido non se axuste á realidade dos feitos.

As infraccións moi graves poderán ser sancionadas alternativa ou acumulativamente nos termos previstos salvo que resultasen incompatibles con:

- a) Multa de 30.050,62 ata 601.012,1 euros.
- b) Clausura do local ou establecemento por un período máximo de tres anos.
- c) Suspensión ou prohibición da actividade ata tres anos.

### 6.1.2 Graves

Serán infraccións graves as seguintes:

Abrir un establecemento e levar a cabo actividades, ou realizar modificacións, sen efectuar a comunicación previa ou sen dispor das licenzas ou autorizacións oportunas, ou incumprir as súas condicións, se non supuxese un risco grave para as persoas ou os bens.

A inexactitude ou omisión de carácter esencial nos datos obxecto de comunicación previa, licenza ou autorización.

Incumprir as medidas e condicións de seguridade e hixiene establecidas na normativa urbanística e de edificación, así como aquelas específicas recollidas na comunicación previa ou nas correspondentes licenzas ou autorizacións, ou derivadas de inspeccións, cando iso non supuxese un grave risco para a seguridade das persoas ou os bens, e sempre que non fose constitutivo de infracción moi grave.

O mal estado dos establecementos, instalacións e servizos que non supuxese un grave risco para a seguridade do público e executantes.

A comisión, no prazo dun ano, de máis de dúas infraccións cualificadas como leves por resolución firme en vía administrativa.

Non colaborar no exercicio das funcións de inspección.

As certificacións, verificacións, inspeccións e controis efectuados polas entidades de certificación de conformidade municipal de forma incompleta ou con resultados inexactos por unha insuficiente constatación dos feitos ou a deficiente aplicación de normas técnicas ou regulamentarias.

O incumprimento das prescricións ditas pola autoridade competente en cuestións de seguridade, hixiene e medio relacionadas coa lei e as normas que a desenvolvan.



As infraccións graves poderán ser sancionadas alternativa ou acumulativamente nos termos previstos salvo que resultasen incompatibles con:

- a) Multa de 300,52 a 30.050,61 euros.
- b) Suspensión ou prohibición da actividade por un período máximo dun ano.
- c) Clausura do local ou establecemento por un período máximo dun ano.
- d) Retirada da autorización de entidade de certificación de conformidade municipal por un período máximo dun ano.

### 6.1.3 Infraccións leves

Considéranse infraccións leves as seguintes:

A non comunicación á Administración competente dos cambios de titularidade das actividades reguladas nesta lei.

A inexactitude, falsidade ou omisión, en calquera dato ou documento que se xunta ou consta na comunicación previa cando non tivese carácter esencial.

Calquera outra acción que constituía incumprimento das obrigas establecidas nesta lei ou vulneración das prohibicións nela consideradas, cando non proceda a súa cualificación como infracción moi grave ou grave.

As infraccións leves serán sancionadas con multa de ata 300,51 euros.

### 6.1.4 Responsables

Considérase responsables das infraccións reguladas na lei as persoas físicas ou xurídicas que incorran nas faltas tipificadas, e, para tal efecto, os titulares dos establecementos públicos e instalacións, os organizadores de espectáculos públicos e actividades recreativas e, se é o caso, os técnicos redactores do proxecto ou dos certificados técnicos serán sancionados como responsables polos feitos que constituían infraccións administrativas. En caso de existir unha pluralidade de responsables a título individual, se non fose posible determinar o grao de participación de cada un na realización da infracción, responderán de forma solidaria.

## 7 As formas de intervención no ámbito urbanístico na normativa de Galicia

### 7.1 A situación anterior á lei e a súa reforma

A Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia (LOUGA), establecía unha regulación das licenzas de obra que permanecera invariable desde a súa aprobación e que era a tradicional no dereito urbanístico español e,

desde logo en Galicia, practicamente desde a Lei do solo de 1956<sup>23</sup>. Ese réxime descansaba en dúas premisas:

- a) O sometemento a licenza previa de todo acto de uso de solo.
- b) A distinción entre obra maior e menor para os efectos, non da existencia de licenza, que ambas as dúas a precisan, senón da presentación de proxecto técnico.

A LOUGA define as obras menores (artigo 195.3) como aquelas obras e instalacións de técnica simple e escasa entidade construtiva e económica que non supoñan alteración do volume, do uso, das instalacións e servizos de uso común ou do número de vivendas e locais, nin afecten ao deseño exterior, a cimentación, a estrutura ou as condicións de habitabilidade ou seguridade dos edificios ou instalacións de toda clase; para tales obras non é necesaria a redacción de proxecto técnico nin a súa presentación ante a Administración municipal. A diferenza das obras menores, que se definen por si mesmas, as obras maiores fano por contraposición: son todos os actos de uso de solo que non teñan a natureza de obra menor, necesitando proxecto técnico en todo caso. Como dixemos, unhas e outras precisaban de licenza.

A LECEG modifica a LOUGA de forma que a licenza previa non é a única forma de intervención na edificación e uso do solo, introducindo a comunicación previa. O sometemento a licenza pasa a ser por lista taxada e todo o que non estea sometido a licenza estao a comunicación previa. Así, son actos precisados de licenza, os seguintes:

a) Os actos de edificación e uso do solo e do subsolo que, conforme a normativa xeral de ordenación da edificación, precisen de proxecto de obras de edificación. As obras de edificación que precisen de proxecto segundo o artigo 2.2 da Lei 38/1999, do 5 de novembro, de ordenación da edificación:

1. Obras de edificación de nova construción, agás aquelas construcións de escasa entidade construtiva e sinxeleza técnica que non teñan, de forma eventual ou permanente, carácter residencial nin público e se desenvolvan nunha soa planta.
2. Obras de ampliación, modificación, reforma ou rehabilitación que alteren a configuración arquitectónica dos edificios, entendendo por tales as que teñan carácter de intervención total ou as parciais que produzan unha variación esencial da composición xeral exterior, a volumetría, ou o conxunto do sistema estrutural, ou teñan por obxecto cambiar os usos característicos do edificio.
3. Obras que teñan o carácter de intervención total en edificacións catalogadas ou que dispoñan dalgún tipo de protección de carácter ambiental ou histórico-artístico, reguladas

23 Dispuña o artigo 165 da Lei do 12 de maio de 1956, sobre réxime do solo e ordenación urbana:

«1. *Estarán suxeitas a licenza previa, para efectos de lei, as parcelacións e parcelacións urbanas, os movementos de terras, as obras de nova planta, modificación de estrutura ou aspecto exterior das existentes, a primeira utilización dos edificios e a modificación obxectiva do uso destes, a demolición de construcións, a colocación de carteis de propaganda visibles desde a vía pública e as demais actas que sinalasen os plans.*

2. *O procedemento e condicións de outorgamento das licenzas axustarase en todo caso ao previsto no Regulamento de servizos das entidades locais».*

O Regulamento de servizos das entidades locais foi aprobado pouco despois que a Lei do solo, o 17 de xuño de 1955, e aínda está en vigor, como nos recorda o RD 2009/2009, do 23 de decembro, polo que se modifica o Regulamento de servizos das corporacións locais.

a través de norma legal ou documento urbanístico, e aquelas outras de carácter parcial que afecten aos elementos ou partes obxecto de protección.

4. As intervencións en edificios declarados bens de interese cultural ou catalogados polas súas singulares características ou valores culturais, históricos, artísticos, arquitectónicos ou paisaxísticos.

b) As intervencións en edificios declarados bens de interese cultural ou catalogados polas súas singulares características ou valores culturais, históricos, artísticos, arquitectónicos ou paisaxísticos.

c) As demolicións.

d) Os muros de contención de terras.

e) Os grandes movementos de terras e as explanacións.

f) As parcelacións, segregacións ou outros actos de división de predios en calquera clase de solo, cando non formen parte dun proxecto de reparcelación urbanística.

g) A primeira ocupación dos edificios.

h) A situación de casas prefabricadas e instalacións similares, xa sexan provisionais ou permanentes.

i) A corta de masas arbóreas ou de vexetación arbustiva en terreos incorporados a procesos de transformación urbanística e, en todo caso, cando esa corta derive da lexislación de protección do dominio público.

En definitiva, os actos de uso de solo que precisan de licenza urbanística previa tras a entrada en vigor da LECEG son basicamente aqueles para os que a LOE exige proxecto e os que necesitan acto expreso de aprobación segundo o artigo 11.4 do Texto refundido da Lei do solo e rehabilitación urbana, aprobado polo Real decreto lexislativo 7/2015, do 30 de outubro. Non se modificou a diferenciación entre obras maiores e menores, nin a existencia de proxecto técnico para aquelas. En consecuencia, existirán obras maiores precisadas de proxecto segundo a LOUGA que non o necesitarían segundo a LOE e que estarán suxeitas ao réxime de comunicación previa. A continuación resúmese nun cadro a situación antes e despois da entrada en vigor da LECEG sobre as obras de edificación.

TIPO DE OBRA DE EDIFICACIÓN	CARACTERÍSTICAS	ATA A LEI 9/2013	LEI 9/2013
<b>OBRAS MENORES</b>	Obras e instalacións de técnica simple e escasa entidade construtiva e económica.	LICENZA	COMUNICACIÓN PREVIA
<b>OBRAS MAIORES (proxecto)</b>	Edificacións segundo o artigo 2 da Lei de ordenación da edificación: nova edificación, intervención total ou parcial en elementos catalogados.	LICENZA	LICENZA
	Resto de obras maiores.	LICENZA	COMUNICACIÓN PREVIA

## 7.2 A comunicación previa urbanística

Substitúe as licenzas de obra nos supostos en que non se exixa licenza previa, teñan ou non por obxecto implantar unha actividade. Neste último caso, a documentación relativa á actividade presentárase coa comunicación previa urbanística. Ao finalizar a obra, presentárase comunicación previa para o inicio da actividade. Xuntárase:

- a) Descrición suficiente das características do acto de que se trate.
- b) Xustificante de pagamento dos tributos municipais.
- c) Se é o caso, proxecto técnico exigible legalmente e declaración do técnico ou técnicos facultativos que autoricen o proxecto de que este cumpre en todos os seus extremos coa ordenación urbanística de aplicación.
- d) Copia das restantes autorizacións e, se é o caso, concesións administrativas cando lles fosen legalmente exhibibles ao solicitante, ou acreditación de solicitarse o seu outorgamento.
- e) Documento de avaliación ambiental, en caso de requirila o uso ao que vaian destinadas as obras.
- f) Copia da autorización ou ditame ambiental, así como das restantes autorizacións, concesións ou informes sectoriais cando fosen exhibibles.

### 7.2.1 Prazo e procedemento

Presentárase quince días hábiles antes do inicio da obra. Dentro dos quince días hábiles seguintes á comunicación, o Concello, sen prexuízo da comprobación do cumprimento dos requisitos, poderá declarar completa a documentación presentada ou requirir a corrección das deficiencias que posúa a documentación, adoptando neste caso motivadamente as medidas provisionais que entenda oportunas para evitar toda alteración da realidade en contra da ordenación urbanística aplicable, comunicándollas á persoa interesada por calquera medio que permita acreditar a súa recepción.

O Concello deberá ditar a orde de execución que proceda para garantir a plena adecuación do acto ou actos á ordenación urbanística dentro dos quince días seguintes á adopción de calquera medida provisional. A orde que se dite producirá os efectos propios da licenza urbanística.

Este intervalo de quince días que media entre a presentación e o inicio da obra introduce unha disfunción no funcionamento da comunicación previa, xa que un exceso de celo por parte da autoridade municipal na revisión da documentación ou o abuso do trámite de corrección de deficiencias pode conducir a que, de feito, se estea ante unha intervención municipal previa ou unha autorización encuberta. Este intervalo de quince días afástase do réxime xeral que a propia LECEG establece para as comunicacións previas ao exercicio de actividades. O proxecto de lei remitido ao Parlamento<sup>24</sup> prevía ese intervalo de quince días tanto para a comunicación previa urbanística como para a de actividades e, durante a tramitación parlamentaria, eliminouse para estas e non para aquelas, polo que o réxime

24 O proxecto de lei foi publicado no *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia*, número 151, do 3 de setembro de 2013.

homoxéneo entre unha e outra deixou de selo. En todo caso, este período de quince días non é un prazo no que obrigatoriamente a Administración deba realizar en todos os casos un exame da comunicación previa achegada nin examinar o cumprimento dos requisitos de fondo. A lei indica que dentro dese prazo, e sen prexuízo do control posterior, o Concello poderá declarar completa a documentación presentada ou requirir a corrección das deficiencias que presente a documentación.

### 7.2.2 Efectos

Transcorrido o prazo de quince días, a presentación da comunicación previa cumprindo con todos os requisitos exixidos constitúe título habilitante para o inicio dos actos de uso do solo e do subsolo suxeitos a ela, sen prexuízo das posteriores facultades de comprobación, control e inspección por parte do Concello respectivo.

A inexactitude, falsidade ou omisión, de carácter esencial, en calquera dato, manifestación ou documento que se achega ou incorpora á comunicación previa comporta, tras a audiencia da persoa interesada, a declaración de ineficacia da comunicación efectuada e impide o exercicio do dereito ou da actividade afectada desde o momento en que se coñece, sen prexuízo das sancións que proceda impor por tales feitos.

A resolución administrativa que constata tales actuacións comportará o inicio das correspondentes actuacións e a exixencia de responsabilidades, e poderá determinar a obriga do interesado de restituír a situación xurídica ao momento previo ao recoñecemento ou ao exercicio do dereito ou ao inicio da actividade correspondente, así como a imposibilidade de instar un novo procedemento durante un período de tempo determinado entre tres meses e un ano.

## 7.3 Pluralidade de actuacións e responsabilidade

Cando se deban realizar diversas actuacións relacionadas coa mesma edificación ou inmovible, presentarase unha única comunicación previa.

A comunicación previa presentada para os actos de uso do solo suxeitos a ela implica a responsabilidade solidaria de quen promove as obras, de quen posúe a propiedade dos terreos, ou os empresarios das obras, dos técnicos redactores do proxecto e directores das obras e da súa execución, respecto á conformidade das obras coa ordenación urbanística de aplicación e a súa adecuación ao proxecto presentado.

## 7.4 Exención de licenza

Cómpre ter en conta que existen supostos nos que tanto a LOUGA como a LECEG sometan a licenza municipal previa, pero esta sexa concorrente cunha autorización da Administración autonómica, xa que, tal e como exige o artigo 84.bis 3 da Lei reguladora das bases do réxime local, na redacción introducida pola Lei 2/2011 de economía sustentable, no caso de existencia de licenzas ou autorizacións concorrentes entre unha entidade local e outra Administración, a entidade local deberá motivar expresamente na xustificación da necesidade da autorización ou licenza o interese xeral concreto que se pretende protexer e que este non está xa cuberto mediante outra autorización xa existente. É o caso, entre outros, das seguintes:



- Actos de uso do solo previstos nun proxecto sectorial. En tales casos, a propia natureza supramunicipal do proxecto e o seu contido, que non é outro que regular a implantación dunha dotación ou infraestruturas, fai innecesaria e redundante unha posterior licenza municipal de obras. Carece de sentido comprobar a conformidade dun proxecto sectorial coa normativa ou o planeamento urbanístico cando a propia lexislación de ordenación do territorio establece que prevalecerán sobre o planeamento municipal.<sup>25</sup> Neste sentido, o interese xeral cuberto pola licenza municipal está xa garantido pola Administración da Comunidade Autónoma, que xa tería dado trámite de audiencia ao Concello respectivo, tal como ordenan tanto a Lei de ordenación do territorio como o Decreto 80/2000, do 23 de marzo, polo que se regulan os plans e proxectos sectoriais de incidencia supramunicipal, que prevén o trámite de informe municipal.

- A teor da disposición adicional cuarta do Texto refundido das disposicións legais da Comunidade Autónoma de Galicia en materia de política industrial, aprobado polo Decreto legislativo 1/2015, do 12 de febreiro, están exentos de actividade ou funcionamento e tamén de licenza urbanística os actos de uso do solo ou do subsolo incluídos nas resolucións de outorgamento de dereitos mineiros e nos proxectos ou instalacións de produción, transporte e distribución de enerxía eléctrica ou de gas para cuxa autorización ou concesión sexa competente a Xunta de Galicia, cando no procedemento de autorización ou no da súa avaliación ambiental estea previsto o trámite de audiencia ao Concello ou informe municipal e o proxecto ou instalación sexan compatibles co planeamento e a normativa urbanísticos.

En tales casos, obtida a autorización ou concesión, a persoa titular da instalación ou concesión presentará a comunicación previa prevista na normativa urbanística e na Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia.

## 7.5 Control posterior

Dentro das súas competencias, a Xunta de Galicia e os concellos quedan facultados para a comprobación, inspección, sanción e demais medidas de control que garantan que o exercicio da actividade ou a execución da obra ou instalación se adecuan á normativa vixente. Os concellos poden adoptar, en calquera caso, medidas cautelares cando se dean motivos de urxencia ou gravidade.

Os interesados poden solicitar a realización dunha inspección de comprobación do local ou establecemento, que terá por obxecto a adecuación deste á normativa de aplicación e o cumprimento das condicións legais e técnicas da actividade.

## 8 As entidades colaboradoras da Administración

As empresas e os particulares desenvolven actividades sociais e económicas. A súa intervención pública enmárcase no que o dereito administrativo, na tradicional división tripartita de Jordana de Pozas, se denomina “policía” e que enmarca toda a actividade administrativa precisa para evitar que a actividade privada atente contra a orde ou os intereses públicos.

<sup>25</sup> O artigo 24, “Eficacia” da Lei 10/1995, de novembro, de ordenación do territorio de Galicia, dispón que: «As determinacións contidas nos plans e proxectos sectoriais de incidencia supramunicipal vincularán o plan do ente ou entes locais en que se asenten os ditos plans ou proxectos, que deberán adaptarse a elas dentro dos prazos que para tal efecto determinen».

Esta relación do Estado co sector privado modificouse desde as dúas últimas décadas do século XX. Sectores económicos liberalizáronse e abríronse á competencia e, con iso, servizos públicos de carácter económico pasan ao sector privado xa como actividades económicas de interese xeral. A Administración xa non presta o servizo, pero si asegura, mediante unha regulación axeitada, que tales prestacións se manteñan. MUÑOZ MACHADO<sup>26</sup> subliña “a *aparatoso retirada do Estado*” da xestión dalgúns servizos públicos importantes. Non obstante, engade que tampouco se debe entender como unha eliminación total destes, pois mantivéronse todos os vinculados ás prerrogativas do poder público e os fundados en criterios sociais e da solidariedade; polo tanto, todas as técnicas e institucións vinculadas á organización e funcionamento dos servizos públicos seguen estando presentes na actualidade.

Ese cambio de paradigma da posición do Estado en relación cos servizos públicos de prestador a regulador implica tamén o desenvolvemento dunha supervisión continua, adoptando normativa pola que se establecen os requisitos de exercicio da actividade ou servizo así como verificando e controlando o seu cumprimento<sup>27</sup>. Cando para esa verificación e control é preciso persoal especializado e material técnico que a Administración non posúe, recorre a un terceiro, mediante unha técnica que ÁLVAREZ GARCÍA<sup>28</sup> denominou “certificación por terceira parte” e que é realizada por entidades privadas: cando a actividade de control do cumprimento da normativa técnica é realizada non pola Administración pública directamente, senón por entidades ou axentes externos a ela, públicos ou privados, pero en todo caso con personalidade xurídica propia e independentes, atopámonos ante a técnica de certificación por terceira parte propiamente dita.

A participación de axentes socioeconómicos no exercicio de actividades que corresponden á Administración foi un fenómeno xeneralizado en toda Europa en dous ámbitos fundamentalmente técnicos: calidade na fabricación dos produtos e seguridade industrial. Desde unha perspectiva básica, os suxeitos privados elaboran normas técnicas industriais –normalización industrial– que o mercado transforma en obrigatorias, pero tamén realizan controis avaliando a conformidade dun produto ou dunha empresa por unha norma técnica.<sup>29</sup>

Este control ou avaliación de conformidade dun produto ou dunha empresa cunha norma técnica recibe xenericamente o nome de certificación, que consiste en acreditar mediante a emisión dun documento que un determinado produto ou unha determinada empresa cumpren cos requisitos ou exixencias definidos pola norma técnica de aplicación a un ou outra. Unha terceira actividade, ademais da normalización e certificación, encomendada a empresas privadas é a acreditación, recoñecemento formal da competencia técnica dunha entidade para certificar, inspeccionar ou auditar a calidade dos produtos.

---

26 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, tomo IV: la actividad administrativa*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 498 e ss.

27 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, tomo IV: la actividad administrativa, cit.*, p. 501, fala dunha verdadeira función regulatoria do Estado na que a regulación non sería un concepto equivalente ao de regulamentación, senón que esta sería un instrumento da función regulatoria, sendo a verificación e o control os outros instrumentos de que se vale esa función.

28 ÁLVAREZ GARCÍA, V., “El control de la aplicación de la normativa técnica: acreditación, certificación y marcas de conformidad”, Muñoz Machado, S. (coord.), *Derecho de la regulación económica, tomo VII, Industria*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 335 e ss.

29 ÁLVAREZ GARCÍA, V., “El control de la aplicación de la normativa técnica: acreditación, certificación y marcas de conformidad”, *cit.*, pp. 207 e ss., sinala que a colaboración máis intensa dos axentes privados, polo menos desde o punto de vista cuantitativo na protección da seguridade e a calidade industrial, ten lugar no ámbito do control. Os poderes públicos foron renunciando á realización destes controis en case todos os ámbitos. Os suxeitos privados poden avaliar, polo tanto, a conformidade dun produto ou dunha empresa cunha norma técnica.

Normalización, certificación e acreditación son as técnicas de protección da seguridade e da calidade industrial, e as persoas privadas que realizan tales tarefas son as denominadas, orixinalmente e dun xeito xenérico, entidades colaboradoras da Administración, nadas para operar en ámbitos nos que o desenvolvemento tecnolóxico é o imperante, carecendo a Administración de medios técnicos e humanos axeitados ou sobre os que a regulación técnica é de base privada e asumida polos operadores. A propia exposición de motivos da Lei 21/1992, do 16 de xullo, de industria, é clarificadora a este respecto: «*No campo da seguridade industrial teñen un relevo especial as disposicións referentes a normalización, homologación e certificación; o grande incremento e complexidade destas, en todos os países industrializados, supuxo que estas funcións pasasen en gran parte a seren desenvolvidas por entidades colaboradoras das administracións públicas e laboratorios privados*». Como puxo de manifesto a doutrina, a Administración pública recorre aos particulares porque mediante os seus propios medios materiais e persoais se ve incapaz de prestar, coa eficacia requirida, determinadas funcións.<sup>30</sup>

É precisamente o cambio de paradigma ao que fixemos referencia o que levou a estender o ámbito orixinal de actuación de tales entidades colaboradoras a outros sectores, en primeiro termo na auditoría e xestión ambiental, pero tamén na disciplina urbanística<sup>31</sup> como noutros ámbitos nos que a Administración pública pasou de realizar unha función xestora a unha función reguladora, correspondendo o control previo do cumprimento da normativa a entidades privadas colaboradoras da Administración.

Regap



ESTUDIOS

## 9 Concepto e caracterización

A colaboración de persoas físicas ou xurídicas no exercicio de funcións públicas é o concepto ou idea básica sobre a que nuclear o estudo das denominadas entidades colaboradoras da Administración. Malia a transcendencia das funcións que teñen encomendadas e da súa progresiva expansión en diferentes ámbitos, non existe unha regulación xeral en todo o Estado das entidades colaboradoras da Administración. Existen regulacións parciais nos sectores en que actúan (seguridade industrial, medio ambiente ou urbanismo) e tamén a Comunidade Autónoma de Cataluña legislou sobre as entidades colaboradoras da Administración regulando con carácter xeral o seu réxime xurídico<sup>32</sup>. Debemos deixar sentado que, coa mencionada excepción catalá, as entidades colaboradoras da Administración son previstas e reguladas pola normativa sectorial do ámbito en que actúan e que é enormemente diverso: industria, medio ambiente, sanidade, seguridade alimentaria, calidade, etc. E que en tales sectores, ben por posuíren unha competencia exclusiva, ben por teren competencias de desenvolvemento ou execución da normativa estatal, son as comunidades autónomas as que regularon a intervención das entidades colaboradoras nos respectivos ámbitos de actuación.

30 GALÁN GALÁN, A. e PRIETO ROMERO, C., *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010, pp. 25 e ss.

31 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, tomo IV: La actividad administrativa, cit.*, p. 717: «*a utilización de entidades colaboradoras para o exercicio das competencias municipais en materia de outorgamento de licenzas é un exemplo excelente para explicar a progresión desta clase de técnicas e a súa importancia actual*».

32 A Lei 26/2010, do 3 de agosto, de réxime xurídico e de procedemento das administracións públicas de Cataluña dedica todo un capítulo (capítulo II, artigos 91 a 101) do seu título VII (Potestades de inspección e control) para regular o réxime xurídico das entidades colaboradoras, prevendo con carácter xeral que as administracións públicas de Cataluña poden encomendar o exercicio de funcións de inspección e control a entidades colaboradoras debidamente habilitadas nos termos establecidos pola lei e pola normativa sectorial.

Nunha primeira aproximación, no exercicio de funcións públicas colaboran multitude de entidades privadas en diversos campos de actuación: existen entidades colaboradoras da xestión urbanística (reguladas no Regulamento de xestión urbanística, RD 3288/1978, do 25 de agosto); entidades colaboradoras da Seguridade Social (mutuas de accidentes de traballo); e en materia de recadación e xestión tributaria (entidades financeiras, caixas de aforro e cooperativas de crédito). Pero ningunha delas realiza nin participa dunha *función pública soberana*<sup>33</sup> como é o control, a inspección ou a certificación do cumprimento da legalidade vixente. A inspección administrativa forma parte da tradicional función pública de policía e leva consigo o exercicio de autoridade, de potestade pública, que ten por obxecto a comprobación dunha determinada realidade fáctica que debe poñerse en relación, ser contrastada, coa normativa xurídica de aplicación. Son, en consecuencia, as entidades privadas que realizan tales tarefas as que a doutrina denomina entidades privadas colaboradoras da Administración.<sup>34</sup>

## 9.1. Entidades privadas

Trátase de entidades xurídico-privadas. A iso non obsta que existan administracións públicas que constituía empresas de capital exclusiva ou maioritariamente público para realizar funcións de control, inspección ou verificación escapando das rixideces do dereito administrativo.<sup>35</sup> Pero si quedarían excluídos todos os casos de colaboración interadministrativa en calquera das súas formas, inclusive cando se trate de entidades públicas ou corporacións de dereito público.

O que resulta relevante para estes efectos é constatar que non é a Administración pública a que a través dos seus órganos realiza a actividade, senón que opta por unha das múltiples modalidades de personificación xurídico-privada para realizala e que se trata de que a entidade teña personalidade xurídica propia. Iso ten como consecuencia tanto a existencia dun ánimo de lucro como que se trate dunha actividade permanente, non ocasional.

O Consello Consultivo de Galicia<sup>36</sup> no seu Ditame 20/2011 puxo de manifesto que para os efectos da regulación das entidades colaboradoras non é necesario distinguir entre públicas e privadas. Primeiro, porque se trata dunha distinción *perturbadora* e, en segundo termo, porque a norma legal que o decreto viña desenvolver eliminara xa esa distinción. Efectivamente, o artigo 15 da Lei 21/1992, do 16 de xullo, de industria, ao regular os organismos de control, defíneos como persoas naturais ou xurídicas con capacidade de obrar que dispoñan dos medios técnicos, materiais e humanos e imparcialidade necesarios para realizar o seu

33 O Tribunal Supremo, en Sentenza do 13 de outubro de 1997 (Sala do C.A. Sección 3ª, Recurso 5751/1993) con ocasión de examinar a concesión administrativa para a prestación da inspección técnica de vehículos indica: «A inspección técnica de vehículos, en canto que é un medio para lograr aquela finalidade, participa da natureza de función pública e corresponde exercela ao Estado –en sentido amplo– por razón da súa soberanía. Non se trata dunha actividade de servizo público dirixida a proporcionar prestacións aos cidadáns, xa sexan asistenciais ou económicas, senón dunha función pública soberana. Aínda que tradicionalmente estas funcións, a diferenza dos servizos públicos, eran exercidas pola Administración, o certo é, como se preocupou de pór de manifesto a doutrina, que a orde pública se encontra en proceso de privatización ante a impotencia daquela para unha xestión eficaz das funcións soberanas, acudindo con frecuencia á colaboración da empresa privada».

34 GALÁN GALÁN, A. e PRIETO ROMERO, C., *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, cit., pp. 29 e ss., e PADRÓS REIG, C., *La administración invisible: panorama general y ejemplos prácticos de las entidades colaboradoras de la Administración pública*, Dykinson S. L., Madrid, 2010, pp. 38 e ss.

35 PADRÓS REIG, C., *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 35 e ss.

36 Ditame do Consello Consultivo de Galicia 20/2011, do 10 de marzo de 2011, ao proxecto de decreto polo que se regula a actuación dos organismos de control en materia de seguridade industrial da Comunidade Autónoma de Galicia.

labor e que cumpran as disposicións técnicas que se diten con carácter estatal co fin do seu recoñecemento no ámbito da Unión Europea.

## 9.2 Colaboración coa Administración

### 9.2.1 Contido da colaboración

PADRÓS REIG<sup>37</sup> refírese á existencia dun novo modelo preventivo de Administración que identifica como *modelo alemán* fronte ao clásico modelo reactivo ou *modelo francés*, e supón unha ampliación de concepto tradicional de policía administrativa, que pasa de ser represiva a preventiva, moito máis flexible. É neste contexto onde se sitúa a actividade das entidades colaboradoras da Administración, que o citado autor cualifica como a *Administración invisible*, na que é efectuada por entidades privadas unha inspección regulamentaria obrigatoria puramente administrativa.

As actuacións consisten en comprobacións, verificacións, inspeccións e na constatación do resultado das actuacións mediante actas, informes ou certificacións emitidos polo persoal técnico; todas elas son reflexo dunha función pública e comportan exercicio de autoridade e así o considera unanimemente a doutrina, como sinala CANALS AMETLLER.<sup>38</sup>

A súa actividade é exclusivamente técnica, realízase baixo a súa responsabilidade, o que implica a obrigatoriedade de subscribir pólizas de seguro, e está sometida, á súa vez, ao control da Administración competente, que será a que a autorizou, regulou ou acreditou.

O Tribunal Supremo, en Sentenza do 17 de novembro de 2000 (Sala do Contencioso Administrativo, Sección 3ª, Recurso 6862/1993), con ocasión de analizar a inscrición dunha entidade de inspección e control regulamentario en materia de industria, sinalou:

«A resposta a este motivo exige determinar previamente a natureza da relación xurídica que se establecía entre a Administración e as entidades de inspección e control regulamentario reguladas polo Real decreto 1407/1987. A teor do seu artigo 1, as competencias administrativas en materia de vixilancia do cumprimento da lexislación sobre seguridade industrial (a excepción da seguridade mineira, a do medio ambiente industrial e das inspeccións técnicas de vehículos) podían ser exercidas ou ben directamente polos poderes públicos ou ben “exixíndolles aos interesados que presenten os documentos acreditativos do cumprimento regulamentario correspondente expedidos por unha entidade de inspección e control regulamentario”. A acreditación expedida, para estes efectos, por unha das ditas entidades non excluía, non obstante, a posible verificación pola Administración pública do cumprimento dos requisitos exigibles en materia de seguridade industrial (artigo 2.1). Esta modalidade de encomenda a entidades privadas dun papel relevante no exercicio de funcións xenuinamente público-administrativas, como son as relativas á inspección e control da seguridade industrial, se non chegaba a conferirlles a plenitude da potestade de certificar o efectivo cumprimento dos requisitos de seguridade industrial (pois, segundo vimos, a Administración reservaba

37 PADRÓS REIG, C., *La administración invisible: panorama general y ejemplos prácticos de las entidades colaboradoras de la Administración pública, cit.*, p. 21.

38 CANALS I AMETLLER, D., “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”, Galán Galán, A. e Prieto Romero, C. (coords.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010, p. 27.

*para si a última palabra mesmo nese terreo), si colocaba aquelas entidades nunha relación especial coa Administración presidida pola utilización da técnica autorizatoria. En efecto, á “autorización” refírense, entre outros, os artigos do Real decreto 1407/1987 números 4 (“as entidades que sexan autorizadas [...] esta autorización poderá quedar limitada a [...]”), 6 (“as entidades autorizadas para actuaren en máis dunha comunidade autónoma [...]”) e 17 (“o incumprimento das obrigas [...] dará lugar a que [...] se acorde a suspensión temporal da autorización outorgada”).*

*As entidades obtiñan, pois, unha autorización para colaborar coa Administración –nos termos xa expresados– tras o recoñecemento administrativo de que elas mesmas cumprían os requisitos obxectivos que a norma (artigo 8 do Real decreto 1407/1987) exixía en para a súa idoneidade; requisitos de competencia, imparcialidade, solvencia, medios humanos e técnicos que condicionaban a inscrición no rexistro correspondente como medio público mediante o que se expresaba a resposta administrativa á súa voluntaria solicitude. Requisitos que, á súa vez, veñen xustificados pola importancia da actividade certificante en relación coa magnitude dos riscos potenciais que para toda a colectividade supoñen as actividades industriais.*

*A utilización da técnica autorizatoria en relación coa encomenda a estas entidades privadas de determinadas funcións de carácter certificante cuxo exercicio podía ter, respecto dos terceiros inspeccionados ou controlados, unha inmediata eficacia xurídico-administrativa no ámbito da seguridade industrial (funcións que, polo demais, “compartían” coas directamente exercibles pola Administración controlante, desde o momento en que esta reservaba para si o dereito de non recoñecer aquela eficacia xurídica externa e impor as súas propias decisións en materia de verificación do cumprimento de requisitos de seguridade), non encaixa no ámbito das relacións contractuais para cuxa formalización as persoas xurídicas debían posuír a capacidade e non incorrer nas prohibicións e incompatibilidades previstas polo artigo 9 da Lei de contratos do Estado de 1965.*

*En efecto, non nos atopamos en presenza dun réxime concesional nin de calquera outro en que haxa unhas relacións bilaterais de natureza contractual, a diferenza do que acontecía respecto das estacións de inspección técnica de vehículos reguladas polo Real decreto 1987/1985, do 24 de setembro, cuxo artigo 2 adoptaba expresamente o mecanismo concesional».*

Encontrámonos, en consecuencia, con entidades autorizadas para realizar funcións de colaboración administrativa logo do recoñecemento da súa competencia, imparcialidade, solvencia e medios. A Administración, dependendo da previsión legal, poderá ou non conferirlles a plenitude da potestade de certificar o efectivo cumprimento dos requisitos de seguridade.

## 9.2.2 O problema do exercicio de funcións públicas

As normas sectoriais atribúen, no seu respectivo ámbito material, as funcións de inspección e control en principio reservados á Administración pública. Haberá que observar o disposto na normativa específica para delimitar o alcance de tales funcións de tal forma que, se así se prevé, poderán mesmo exercer funcións públicas de control e inspección orientadas a

velar pola legalidade vixente a través do control do cumprimento dos requisitos establecidos normativamente.<sup>39</sup>

As potestades de inspección son poderes propios das administracións públicas, tal como resulta do artigo 39 “Colaboración cidadá” da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (LRXPAC), que obriga os cidadáns a someterse ás inspeccións e investigacións da Administración só nos casos previstos pola lei.

GONZÁLEZ NAVARRO<sup>40</sup>, nos seus comentarios ao artigo 39 LRXPAC, sinala que a expresión “colaboración cidadá” é dunha notable amplitude e excede a obriga de facilitar informes ou inspeccións, que é ao que se limita o artigo; polo demais, e ao seu entender, unha norma incompleta porque proclama un deber, pero nin determina as consecuencias do incumprimento, nin articula un procedemento para facelo efectivo. Para o citado autor, o precepto designa variadas formas de colaboración, non só formal senón tamén material e, desde logo, a colaboración permanente e retribuída que, como xa sabemos, é unha característica das entidades privadas de colaboración.

Incompleto ou non, o artigo 39 LXPAC contén unha clara reserva de lei para o outorgamento da potestade de inspección e control e así o puxo de manifesto a doutrina. CANALS I AMETLLER<sup>41</sup> entende que a Administración non pode acordar libremente a atribución de funcións públicas ás entidades colaboradoras, porque se trata de competencias propias atribuídas pola lei e conclúe que debe ser a lei a que atribúa o traslado de funcións públicas a organizacións privadas coa importante excepción das entidades locais que analizaremos no apartado seguinte.

Pola contra, PRIETO ROMERO<sup>42</sup> entende que a colaboración de entidades privadas no exercicio de funcións públicas non é materia reservada á lei. Invoca para iso que a xurisprudencia non exixiu esa habilitación legal e cita a Sentenza do Tribunal Constitucional (TC) número 243/1994, do 21 de xullo, sobre o real decreto que regulaba os organismos de control en materia de industria e que efectivamente conclúe que «*non cabe, polo tanto, negarlle ao Estado a posibilidade de que, en exercicio das súas funcións normativas na materia de seguridade industrial, regule as referidas características con relevo externo das entidades colaboradoras de inspección e control*». Sinala o indicado autor que o TC non só non invoca a necesidade de regular a materia con norma de rango de lei, senón que *obiter dita* apunta que a decisión pode adoptala cunha norma de carácter organizativo, polo que ao tribunal non lle supón problema ningún a regulación mediante norma regulamentaria. A iso debemos obxectar que o tribunal non fai pronunciamento ningún sobre a reserva de lei en materia de atribución de funcións da Administración ás entidades colaboradoras, extremo este que non foi obxecto

39 CANALS I AMETLLER, D., “Las entidades colaboradoras de las administraciones públicas catalanas: rasgos definitorios, actuación y régimen de la intervención administrativa”, Tornos Mas, J., (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*, Iustel, Madrid, 2012, p. 607.

40 GÓNZÁLEZ PÉREZ, J. e GONZÁLEZ NAVARRO, J. J., *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, tomo I*, 4ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2013, p. 1.145.

41 CANALS I AMETLLER, D., “Las entidades colaboradoras de las administraciones públicas catalanas: rasgos definitorios, actuación y régimen de la intervención administrativa”, *cit.*, p. 47.

42 PRIETO ROMERO, C., “Comentarios a la ordenanza por la que se establece el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades”, Galán Galán, A. e Prieto Romero, C. (coords.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010, pp. 283 e ss.

de debate nin o podía ser, posto que se trataba non dun recurso de inconstitucionalidade<sup>43</sup>, senón dun conflito de competencias formulado pola Generalitat de Cataluña ao abeiro do artigo 63 da Lei orgánica 2/1979, do 3 de outubro, do Tribunal Constitucional, no que se discutía unicamente –por razón do proceso– a competencia do Estado para ditar a norma e a vulneración ou non de competencias autonómicas.

En canto á xurisprudencia do Tribunal Supremo, que PRIETO ROMERO invoca para soste a súa tese, efectivamente valida a competencia das entidades locais para, mediante ordenanza, regular as súas entidades colaboradoras, o que analizaremos seguidamente.

### 9.2.3 A autonomía local e a atribución de funcións públicas polas entidades locais

A autonomía local garantida polo artigo 137 da Constitución atribúelles ás entidades locais o exercicio de poderes, entre eles a potestade de ordenanza. MUÑOZ MACHADO<sup>44</sup>, ao que seguiremos neste apartado, refírese ao poder normativo local, indicando que a autonomía local non é só unha fórmula de organización para atender os propios intereses, tamén é unha forma de limitar o poder do Estado. Ninguén discute o poder normativo das comunidades autónomas, pero doutrina e xurisprudencia, segundo o indicado autor, fraquean á hora de decidir se a lei é a norma habilitante da ordenanza local ou a é directamente a Constitución; en que medida pode a lei constrinxir ou limitar o poder de ordenanza, etc. É indubidable a necesidade de recoñecer que as ordenanzas locais poden ser innovativas baseándonos na ampla potestade concedida aos municipios para a xestión dos seus respectivos intereses, que pouco se parece á potestade regulamentaria que necesita unha habilitación. E que os órganos –os plenos municipais– que aproban tales ordenanzas teñen carácter representativo e democrático, o que tamén os diferencia da Administración do Estado ou das comunidades autónomas. Non é posible equiparar a ordenanza coa lei, pero o poder normativo local non é equiparable exactamente á potestade regulamentaria estatal ou autonómica. As ordenanzas locais ocupan, ás veces, contidos propios das regulacións legais en canto poidan intervir en materias reservadas á lei. Continúa MUÑOZ MACHADO sinalando que a reserva de lei non pode entenderse de forma que a potestade normativa local quede privada de capacidade normativa ou creativa de normas. Trátase dun tema complexo, non pacífico na doutrina e que excede o contido deste traballo. Pero concluímos con MUÑOZ MACHADO que as entidades locais non precisan inexorablemente dunha habilitación legal específica para aprobar disposicións regulamentarias, nin a función destas queda constrinxida á mera complementación do disposto nas leis. Noutras palabras, como sinala CANALS I AMETLLER<sup>45</sup>, a autonomía política e xurídica dos entes locais explica que a súa vinculación á Constitución e á lei sexa negativa (facer todo o que non está prohibido) en vez de positiva (facer só aquilo ao que se está expresamente habilitado) polo que, para que poida dispor a ordenanza a atribución de funcións públicas ás entidades colaboradoras, non sería precisa a existencia dunha previa habilitación legal expresa, senón que resultaría suficiente a non prohibición legal, isto é, a contradición co dito pola lei.

43 De imposible formulación polo demais, posto que o que estaba en cuestión era un regulamento e non unha lei, disposicións normativas ou actos con forza de lei, que son o obxecto do recurso de inconstitucionalidade ex artigo 31 da Lei orgánica 2/1979, do 3 de outubro, do TC.

44 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, tomo II, El ordenamiento jurídico*, Iustel, Madrid, 2009, p. 1.045.

45 CANALS I AMETLLER, D., "El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración", *cit.*, p. 46.



Esa é, por outra parte, a tese da Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso Administrativo, Sección 5ª, núm. 4597/2007, do 26 de xuño de 2007) sobre a ordenanza que regulaba a inspección técnica de edificacións do Concello de Madrid, mediante a cal os propietarios do edificio que supere unha antigüidade determinada deberán contratar un técnico independente ou entidade de inspección técnica homologada, co fin de que emita un informe, no que estableza o seu estado de conservación, e se é preciso ou non realizar obras de conservación/rehabilitación, o que se porá en coñecemento do Concello respectivo.<sup>46</sup>

### 9.3 Principios da actuación das entidades colaboradoras

A normativa sectorial (industria, medio ambiente, urbanismo, etc.) establece unha serie de requisitos orientados a garantir a obxectividade da intervención das entidades colaboradoras, a seguridade xurídica dos interesados, así como a salvagarda do interese público. Trátase do cumprimento das condicións de autorización, confidencialidade, imparcialidade e independencia, incompatibilidade e solvencia técnica e financeira.

Deberán, en primeiro lugar, cumprir as condicións que serviron de base á súa acreditación e autorización, para cuxo efecto deberá obter con carácter anual un informe que confirme os ditos extremos, emitido pola entidade de acreditación que o acredítase.

Teñen obriga de gardar a confidencialidade da información obtida durante o desempeño das súas actividades para garantir o segredo comercial, os dereitos fundamentais á intimidade ou á propia imaxe ou os derivados da protección de datos de carácter persoal.

Respecto das súas actuacións fronte aos interesados e terceiros, deben actuar con imparcialidade e independencia para garantir deste xeito a obxectividade das súas actuacións e que non actúan respecto a intereses de grupo.

As actividades da entidade e do seu persoal deben respectar o principio de incompatibilidade con calquera vinculación técnica, comercial, financeira ou de calquera outro tipo que puidese afectar á súa independencia e influenciar o resultado das súas actividades de control regulamentario.

46 A sentenza sinala o seguinte: «No primeiro motivo alégase a infracción dos principios constitucionais de legalidade e xerarquía normativa considerados nos artigos 9.3, 14 e 25, en relación cos artigos 33, 53.1, 103 e 137 da CE. Aqueles principios e estes preceptos non son infrinxidos pola ordenanza impugnada (salvo no que despois se dirá), porque esta ten a súa cobertura nos artigos 181 do Texto refundido da Lei do solo, do 9 de abril de 1976, e 19.1 da Lei 6/98, do 13 de abril, do réxime do solo e valoracións, que impón aos propietarios o deber de conservar os edificios da súa propiedade nas debidas condicións de seguridade, salubridade e ornato públicos. A regulación legal do deber non considera a forma concreta da súa imposición (véxanse os artigos citados), pois o único precepto que a regula é de natureza regulamentaria (artigo 10.3 do Regulamento de disciplina urbanística, do 23 de xuño de 1978), e remite a un expediente sancionador, con imposición de multa e posible execución subsidiaria. Resulta claro que a ordenanza (en xeral, os regulamentos) non poderían agravar deber de conservación, porque iso afectaría ao contido esencial do dereito de propiedade. En consecuencia, este é o deber primario e substancial imposto pola lei, pero este deber inclúe tamén o deber accesorio de demostrar o seu cumprimento, pois, en efecto, cando se trata de deberes de resultado, o deber accesorio é inherente ao primeiro. E a forma e modo en que o propietario demostra que o cumpre non está regulado na lei, nin é necesario, porque constitúen, en todo caso, aspectos accesorios que non afectan ao contido esencial do dereito de propiedade, pois o dereito de propiedade sobre o edificio é o mesmo antes e despois da vixencia da ordenanza que aquí se discute, e que se limitou a impor o deber accesorio de demostración do cumprimento dun deber principal, o de conservación. Existindo este último na lei, o Concello está habilitado para regular mediante ordenanza ese outro deber instrumental ou formal, que pode incluír, como fai a ordenanza que se impugna, o de pasar unha inspección técnica (artigo 25) e o de acréditala ante o Concello mediante a presentación de copia do formulario de inspección (artigo 31)». (A cursiva é nosa).

Deberán dispor dos recursos económicos requiridos pola normativa de aplicación que permita asegurar a continuidade da súa actividade, así como dispor do persoal axeitado ao tipo, extensión e volume da actividade.

## 9.4 Habilitación ou autorización de entidades

As entidades colaboradoras realizan unha actividade económica, un servizo. E, como tal, sonlles de aplicación tanto a normativa europea en materia de libre prestación de servizos, singularmente a Directiva 2006/123/CE, do 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior, como a estatal que se ditou na súa transposición, que veremos de forma detallada máis adiante. Convén anticipar agora que esa normativa establece como regra xeral que a prestación de servizos non se someterá a autorización previa salvo en determinadas excepcións suficientemente xustificadas.

E o certo é que, polo menos ata 2009, a maior parte, por non dicir a totalidade da normativa sectorial, sometía á autorización administrativa o exercicio da actividade da entidade colaboradora. O Tribunal Supremo (Sala do Contencioso Administrativo, Sección 3ª) na Sentenza 4941/2011, do 29 de xuño de 2011, ao axuizar a modificación do Regulamento da infraestrutura para a calidade e seguridade industrial, que regula as entidades colaboradoras en materia de industria, formula a cuestión nos seguintes termos:

*«5. Unicamente poderá requirirse autorización administrativa previa da Administración competente cando resulte obrigado para o cumprimento de obrigas do Estado derivadas da normativa comunitaria ou de tratados e convenios internacionais.*

*O carácter xeral deste precepto obriga, a partir da entrada en vigor desta reforma, a interpretar o resto da Lei de industria á luz deste. E isto quere dicir que, en virtude do disposto no seu apartado 5, a Administración só poderá exixir autorización nos supostos en que xustifique que tal exixencia resulta obrigada para “o cumprimento de obrigas do Estado derivadas da normativa comunitaria ou de tratados e convenios internacionais”.*

*Esta interpretación é, así mesmo, obrigada en virtude da Directiva de Servizos (Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de decembro de 2006 (LCEur 2006, 3520), a cal foi trasposta precisamente polas xa citadas leis 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, e 25/2009, do 22 de decembro, polas que se reforman diversas leis para a súa adaptación á anterior. Pois ben, a citada directiva condiciona en termos xerais a posible supeditación do acceso a unha actividade de servizos e o seu exercicio a un réxime de autorización a determinadas condicións, en concreto que o réxime non sexa discriminatorio para o prestador, que a necesidade da súa autorización estea xustificada por unha razón imperiosa de interese xeral e que o obxectivo perseguido non se poida conseguir mediante unha medida menos restritiva, como o sería un control a posteriori (artigo 9). Estas limitacións foron recollidas no artigo 5 da Lei 17/2009 e, no que respecta ao ámbito industrial, proxéctanse no apartado 5 do artigo 4 da Lei de industria, que establece que unicamente se pode requirir autorización administrativa previa para a prestación de servizos “cando resulte obrigado para o cumprimento de obrigas do Estado derivadas da normativa comunitaria ou de tratados e convenios internacionais”.*

*Todo o anterior leva á conclusión ineludible de que, se o Estado español quere establecer un réxime de autorización previa, deberá xustificar a concorrencia dunha razón imperiosa de interese xeral ou, en concreto, que resulte obrigado para o cumprimento das súas obrigas comunitarias ou internacionais. Xustificación que podería estar nunha lei ou, no seu defecto e sempre que a correspondente lei sectorial o admita, nun regulamento aprobado pola Administración.*

*Pois ben, no suposto que se discute, o artigo 15 da Lei de industria, tras a súa reforma pola referida Lei 25/2009, mantén en xeral a exigencia de autorización para os organismos de control. Pero en virtude do establecido no artigo 9 da Directiva de servizos e en consideración ao principio de primacía do dereito comunitario, así como en atención ao disposto no artigo 5 da Lei 17/2009 e no artigo 4 da Lei de industria, esa exigencia legal só se pode aplicar, tal como se indicou, cando o Estado xustifique mediante lei ou regulamento a concorrencia dunha razón imperiosa de interese xeral ou que resulte obrigado para o cumprimento das súas obrigas comunitarias ou internacionais.*

*Non obstante, nin a propia Lei de industria, cuxo artigo 15 se limita a prever a regra xeral de necesidade de autorización, nin o regulamento modificado polo real decreto que se impugna, fan referencia ningunha a esta xustificación, o que obriga a declarar a inaplicación da exigencia xeral de autorización para os organismos de control, salvo nos casos en que se acredítase tal necesidade de autorización segundo os criterios antes sinalados. Isto supón que, en defecto de autorización, e á marxe da obrigatoriedade de acreditación, os organismos de control quedarían en cambio obrigados a efectuar a comunicación ou declaración responsable prevista no artigo 4 da Lei de industria e nos termos previstos no dito precepto».*

Esta sentenza, sorprendente e arriscada, segundo a doutrina<sup>47</sup> vén declarar a inaplicación da exigencia xeral de autorización para as entidades privadas colaboradoras da Administración.

En consecuencia, abondaría con que a entidade lle comunique á Administración que cumpre cos requisitos que esta lle exige para o seu exercicio para que poida iniciar a súa actividade. O título habilitante sería a comunicación ou declaración presentada, normalmente asociada a un rexistro.<sup>48</sup>

## 10 Control e responsabilidade da súa actividade

A Administración que habilita a entidade conta coas potestades de supervisión e control sobre esta. En todos os supostos de colaboración de entidades privadas deben cumprirse os requisitos legalmente exixidos para obter a habilitación, o que trae como consecuencia que a Administración conserva as facultades de comprobación do cumprimento de tales requisitos. A Administración comprobará ademais a actividade desempeñada pola entidade e, se non actúa conforme a legalidade, poderá perder o seu título habilitante ou será sancionada; e, se causa un dano, deberá responder deste.

47 CANALS I AMETLLER, D., “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”, *cit.*, p. 618.

48 CARBONELL PORRAS, E., “El control sobre la actividad de las entidades colaboradoras de la Administración”, Galán Galán, A. e Prieto Romero, C. (coords.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010, pp. 58 e ss. A autora sinala que son varios os títulos xurídicos que habilitan a colaborar coa Administración. A encomenda de xestión, o convenio de colaboración, as fórmulas contractuais, a autorización administrativa e a acreditación.

Correspóndelle á normativa sectorial regular a responsabilidade en que poden incorrer as entidades colaboradoras como consecuencia da súa actuación. Como sinala GALÁN GALÁN<sup>49</sup>, as entidades privadas colaboradoras exercen as funcións públicas baixo a súa propia responsabilidade, polo que responden dos danos e perdas causados pola súa actuación. Trátase dun traslado da responsabilidade da Administración á entidade que constituiría a consecuencia de que esta poida colaborar con aquela con autonomía. A función leva aparellada a responsabilidade e por iso a normativa exige a constitución dunha garantía, xeralmente un seguro en contía suficiente para garantir as responsabilidades que puidesen derivar e constitúe un requisito para a obtención do título habilitante necesario para o exercicio da actividade.

Formúlase na doutrina que tipo de responsabilidade é a que asume a entidade, se o réxime de responsabilidade civil propio das persoas xurídico-privadas ou ben o réxime de responsabilidade administrativa, específico das administracións públicas. E a cuestión non é pacífica e dista moito de estar pechada.

Son argumentos a favor do réxime de responsabilidade civil, a natureza xurídico-privada da entidade, a obrigatoriedade de subscribir un seguro para cubrir as responsabilidades *cívís* e a regulación na LRPAC da responsabilidade patrimonial e o concepto restritivo de Administración pública, limitada ás administracións públicas territoriais e os organismos públicos delas dependentes. Por outra banda, está no propio fundamento do sistema de entidades colaboradoras o desprazamento de funcións e responsabilidades do ámbito público ao ámbito xurídico-privado que ten o seu propio réxime de responsabilidade civil por culpa, distinto da responsabilidade obxectiva patrimonial da Administración.

Pola contra, o carácter xurídico-público das súas funcións e a posibilidade de que esas mesmas funcións poidan ser exercidas directamente pola Administración serían argumentos que pesarían a favor de manter que nos achamos ante unha responsabilidade administrativa. De feito, entre as decisións tomadas pola entidade privada, algunhas ou son asumidas pola Administración ou se lle imputan a esta.

Sexa dunha ou outro xeito, como sinala PADRÓS REIG<sup>50</sup>, estamos ante un réxime xurídico a medio camiño entre o completamente público e o completamente privado, e o certo é que a Administración poderá responder conxuntamente coa entidade por non ter exercido correctamente as súas obrigas de control ou por non adoptar medidas para evitar o dano. Nestes casos poderá responder solidaria ou subsidiariamente e, en todo caso, tería unha acción de regreso contra a entidade privada colaboradora<sup>51</sup>.

---

49 GALÁN GALÁN, A., "La responsabilidad por los daños causados por la actuación de las entidades privadas colaboradoras de la Administración", Galán Galán, A. e Prieto Romero, C. (coords.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010, p. 88.

50 PADRÓS REIG, C., *La Administración invisible: panorama general y ejemplos prácticos de las entidades colaboradoras de la Administración pública*, cit., p. 62.

51 GALÁN GALÁN, A., "La responsabilidad por los daños causados por la actuación de las entidades privadas colaboradoras de la Administración", cit., p. 124, sinala as diversas formas de articulación das responsabilidades da Administración e da entidade privada colaboradora e a concorrencia de ambas as dúas. O autor entende que se trata de aplicar á relación entre Administración e entidade privada colaboradora un réxime de responsabilidade moi similar ao previsto legalmente para autoridades e funcionarios públicos.

## 11 As entidades de control e conformidade municipal (ECCOM)

### 11.1 A regulación das entidades de certificación de conformidade municipal

A xeneralización da comunicación previa como medio de intervención administrativa supón a eliminación da autorización previa á implantación e ao exercicio de actividades económicas e despraza da Administración ao particular a decisión sobre o inicio da actividade e con ela a responsabilidade en caso de incumprimento. A certeza que proporciona a autorización administrativa desaparece na procura da celeridade e a eliminación de trabas administrativas, e nesa dinámica as ECCOM representan o importante papel de lles proporcionar aos interesados unha verificación independente por un organismo regulado da conformidade coa normativa urbanística. Ademais, a intervención das ECCOM despraza, á súa vez, a responsabilidade dos interesados á propia entidade, xa que serán as únicas responsables fronte ás administracións públicas do contido das súas certificacións, verificacións, inspeccións e controis da conformidade, substituíndo a súa actuación a responsabilidade dos demais interesados.

A lei configura as ECCOM como entidades privadas colaboradoras da Administración pero non lles atribúe funcións públicas e tampouco substitúen a actividade da Administración, sendo a súa intervención voluntaria para o particular.

Teñen por obxecto realizar a avaliación de conformidade coa normativa de aplicación no ámbito municipal para que a instalación, implantación ou exercicio de calquera actividade económica, empresarial, profesional, industrial ou comercial se poida realizar no menor tempo posible axilizando os procedementos de control, tal como sinala a propia exposición de motivos da lei.

A intervención das entidades de certificación de conformidade municipal será facultativa e non substituirán en ningún caso as potestades de comprobación, inspección ou calquera outra da Administración, pero serán as responsables fronte a ela dos extremos obxecto de certificación.

Tendo en conta que o labor das entidades de certificación da conformidade debe levarse a cabo cun elevado nivel de calidade e de profesionalidade, que deben rexerse conforme os principios de imparcialidade, confidencialidade e independencia, que o seu labor terá efectos administrativos para os cidadáns e que o seu funcionamento e actos estarán baixo o control da Administración, está xustificada que por razóns de interese xeral a súa actividade estea sometida a autorización administrativa previa nas condicións consideradas no artigo 5 da Lei 17/2009, de 23 de novembro, establecéndose para iso requisitos obxectivos que garantan a non discriminación e a proporcionalidade.

As ECCOM rexeranse polos principios de imparcialidade, confidencialidade e independencia, e as súas funcións non substituirán as potestades de comprobación, inspección ou calquera outra da Administración. A súa autorización e rexistro corresponderanlle á consellaría competente en materia de seguridade industrial, remitíndose o seu posterior desenvolvemento regulamentario ás normas necesarias para iso, así como as súas obrigas e os requisitos exixibles para o desenvolvemento das súas actividades e a súa acreditación.

Regap



ESTUDOS

As entidades de certificación de conformidade municipal estarán obrigadas, como requisito previo á efectividade da autorización, a subscribir pólizas de seguro que cubran os riscos da súa responsabilidade na contía que se estableza, sen que esta limite a dita responsabilidade.

As ECCOM certificarán, verificarán, inspeccionarán ou controlarán se a instalación, implantación ou exercicio de calquera actividade, económica, empresarial, profesional, industrial ou comercial, é conforme coa normativa sectorial e coa aplicable no municipio onde se realicen ou pretendan realizar, e cos campos e normas de actuación que se establezan regulamentariamente para este efecto.

Nas súas actuacións, as ECCOM poderán emitir certificados, actas, informes e ditames, que poderán ser asumidos pola Administración pública competente sen prexuízo das súas competencias.

No exercicio das súas funcións, as ECCOM e o persoal dependente delas desenvolverán as súas funcións con independencia, establecéndose regulamentariamente as disposicións en materia de incompatibilidades.

As entidades de certificación de conformidade municipal e os seus actos estarán sometidos ao control e inspección da Administración local e da consellaría competente en materia de seguridade industrial. A súa actividade non é obrigatoria para o particular. Os particulares interesados poderán contratar ou non os servizos das ECCOM, pero, se o fan, prodúcese a importante consecuencia do desprazamento da responsabilidade á entidade. Desa forma, equilibrase dalgún xeito a inicial perda de seguridade xurídica que, a prol da simplificación e a celeridade, se produce ao substituír a licenza coa comunicación previa.

## 11.2 Infraccións e sancións

A LECEG dedícalles un capítulo ao réxime sancionador, de forma que todas as infraccións en materia de espectáculos públicos, apertura de establecementos e as derivadas da actividade das ECCOM se regulan conxuntamente. Referirémonos agora ás infraccións específicas relativas a estas entidades, xa que tanto as sancións como o réxime de responsabilidade é o mesmo.

### 11.2.1 Moi graves

Son infraccións moi graves, a teor da lei:

A expedición de certificados, actas, informes ou ditames cuxo contido non se axuste á realidade dos feitos.

A realización de certificacións, verificacións, inspeccións e controis propios das entidades de certificación sen posuír a correspondente autorización en vigor para iso.

As infraccións moi graves poderán ser sancionadas alternativa ou acumulativamente nos termos previstos, salvo que resultasen incompatibles. Establécense as seguintes sancións:

a) Multa de 30.050,62 ata 601.012,1 euros.

- b) Clausura do local ou establecemento por un período máximo de tres anos.
- c) Suspensión ou prohibición da actividade ata tres anos.
- d) Retirada da autorización de entidade de certificación de conformidade municipal por un período máximo de tres anos.

### 11.2.2 Graves

Serán infraccións graves as seguintes:

- a) As certificacións, verificacións, inspeccións e controis efectuados polas entidades de certificación de conformidade municipal de forma incompleta ou con resultados inexactos por unha insuficiente constatación dos feitos ou a deficiente aplicación de normas técnicas ou regulamentarias.
- b) O incumprimento das obrigas establecidas regulamentariamente ás entidades de certificación de conformidade municipal.
- c) A acreditación de entidades de certificación de conformidade municipal por parte das entidades de acreditación cando se efectuase sen verificar totalmente as condicións e requisitos técnicos exixidos para o funcionamento daqueles ou mediante valoración tecnicamente inadecuada.
- d) Ocultar datos ou alterar os xa achegados á entidade de certificación de conformidade municipal.
- e) Incurrir as entidades de certificación de conformidade municipal en demora inustificada en remitirles ao órgano ou órganos da Administración, e no prazo establecido regulamentariamente, os certificados, actas, informes ou ditames que fosen resultado da súa actuación.

As infraccións graves poderán ser sancionadas alternativa ou acumulativamente nos termos previstos salvo que resultasen incompatibles con:

- a) Multa de 300,52 a 30.050,61 euros.
- b) Suspensión ou prohibición da actividade por un período máximo dun ano.
- c) Clausura do local ou establecemento por un período máximo dun ano.
- d) Retirada da autorización de entidade de certificación de conformidade municipal por un período máximo dun ano.

### 11.2.3 Infraccións leves

Considerarase infracción leve o incumprimento das prescricións ditadas pola autoridade competente ás entidades de certificación de conformidade municipal conforme o desenvolvemento das súas funcións.

As infraccións leves serán sancionadas con multa de ata 300,51 euros.

regap



ESTUDIOS

## 11.2.4 Responsables

Cando unha entidade de certificación de conformidade municipal participe na tramitación administrativa, será a responsable das infraccións reguladas nesta lei no que concirne ao obxecto da dita tramitación. Esta responsabilidade substituirá o resto de suxeitos intervinientes e que sinalamos no apartado 6.1.4.

## 12 Conclusións

A transposición da Directiva de servizos introduciu no noso dereito administrativo novas técnicas de control que relegaron a autorización administrativa previa á prestación de servizos e ao exercicio de actividades a un plano excepcional, obrigando os estados a xustificar a súa imposición, a motivar que o réxime de autorización non sexa discriminatorio para o prestador de que se trata, a invocar que a necesidade dun réxime de autorización está xustificada por unha razón imperiosa de interese xeral e a determinar que o obxectivo perseguido non se poida conseguir mediante unha medida menos restritiva.

A nova regulación, en realidade un cambio de paradigma, inicialmente circunscrito pola directiva á prestación de determinados servizos, xeneralizouse para o exercicio de todo tipo de actividades económicas e supuxo tamén unha modificación dos sistemas de intervención urbanística, posto que a implantación de calquera actividade implica necesariamente un acto de uso do solo. Nese sentido, ás leis xerais que se ditaron en aplicación da directiva uníronse as comunidades autónomas modificando os seus respectivos ordenamentos, entre elas Galicia, que a través da Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia (LECEG), levou a cabo unha regulación integral do exercicio de actividades que parte da comunicación previa como o réxime ordinario de intervención administrativa tamén no ámbito urbanístico.

Por outro lado, paralelamente á substitución de controis previos por controis *ex post*, as entidades colaboradoras da Administración configuráronse como persoas xurídico-privadas que realizan tarefas administrativas, chegando a exercer funcións públicas, actuacións que se expandiron ata alcanzar ámbitos tradicionalmente vedados aos particulares, como é a tramitación de licenzas urbanísticas. A progresiva eliminación de autorizacións e a súa substitución por comunicacións previas ou declaracións responsables están a converter tales entidades en instrumentos para descargar a Administración de tarefas técnicas e, á vez, darlles seguridade xurídica aos prestadores de servizos que comezan a súa actividade sen a certeza que lles proporcionaba unha autorización administrativa.

As entidades de certificación de conformidade municipal (ECCOM) que prevé a LECEG serán as entidades privadas colaboradoras da Administración que, de forma voluntaria para o prestador do servizo, dotarán de seguridade xurídica e certeza a comunicación previa mediante a realización de actuacións de certificación, verificación, inspección e control da conformidade de instalacións, establecementos e actividades coa normativa de aplicación no ámbito municipal.



## 13 Addenda

Notas sobre a incidencia da nova Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia.

Entregado xa o artigo para a súa publicación, publícase no *Diario Oficial de Galicia* n.º 34, do 19 de febreiro de 2016, a nova Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia (LSG), que derroga e substitúe integramente a Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia. A lei entrou en vigor o 19 de marzo de 2016, ao mes da súa publicación.

O réxime das licenzas municipais e comunicacións previas mantense igual que na norma derogada. A comunicación previa é o medio xeral de control administrativo dos actos de edificación e uso de solo e a licenza urbanística sería a excepción para determinados supostos taxados que non varían respecto á antiga lei. Mantense tamén o prazo de quince días hábiles entre a presentación da comunicación previa e o inicio da obra. Achegamos un cadro coa táboa de concordancias entre unha e outra norma.

Si introduce a lei unha importante reforma ao eliminar a distinción entre obras maiores e menores que, como vimos, supuñan unha distorsión para os efectos de delimitar a diferenza entre os actos de uso de solo que precisaban licenza e os que non, debido ás diferenzas entre a Lei de ordenación da edificación e a antiga LOUGA ao regular a necesidade de proxecto de edificación (máis restritiva a primeira).

Coa redacción actual da Lei do solo de Galicia, todas as obras que precisen proxecto de edificación conforme a LOE necesitarán licenza urbanística e as que non serán obxecto de comunicación previa. Certo é que o artigo 146.1.a) mantén entre a documentación que cómpre achegar coa comunicación previa a descrición técnica das características do acto de que se trate “ou, se é o caso, proxecto técnico legalmente exixible”, o que parece indicar que poderían existir comunicacións previas de obras necesitadas de proxecto técnico. Non obstante, ao eliminarse a definición que de obra menor nos indicaba a LOUGA, os únicos supostos de obras de edificación nos que se pode exixir proxecto son os previstos na LOE que, como indica o propio artigo 142.2 a) LSG, precisan de licenza municipal. En consecuencia, a expresión proxecto técnico legalmente exixible debe entenderse como unha transposición da antiga LOUGA que si prevía a comunicación previa de obras maiores, e tamén como unha cláusula residual ou de peche para os casos da normativas sectoriais ou específicas que manteña a necesidade dun proxecto de obras en supostos en que a LOE non o exixa.

TÁBOA DE CONCORDANCIAS	
LEI 9/2002, do 30 de decembro	LEI 2/2016, do 10 de febreiro
194.1	142.1
194.2	142.2
194.3	142.4
194.4	142.3
194.5	146.1
194.6	146.2
194.7	—

regap



ESTUDIOS

TÁBOA DE CONCORDANCIAS	
LEI 9/2002, do 30 de decembro	LEI 2/2016, do 10 de febreiro
194.8	142.3
195	143
196	144
197	145
198	147

## 14 Bibliografía

AGUADO I CUDOLÁ, V. e NOGUERA DE LA MUELA, B.; *El impacto de la Directiva de servicios en las administraciones públicas*, Atelier, Barcelona, 2012.

ÁLVAREZ GARCÍA, V.; "El control de la aplicación de la normativa técnica: acreditación, certificación y marcas de conformidad", Muñoz Machado, S. (coord.), *Derecho de la Regulación Económica, tomo VII, Industria*, Iustel, Madrid, 2010.

CANALS I AMETLLER, D.; "El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración", Galán Galán, A. e Prieto Romero, C. (coords.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010.

CANALS I AMETLLER, D.; "Las entidades colaboradoras de las administraciones públicas catalanas: rasgos definitorios, actuación y régimen de la intervención administrativa", Tornos Mas, J. (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*, Iustel, Madrid, 2012.

CARBONELL PORRAS, E.; "El control sobre la actividad de las entidades colaboradoras de la administración", Galán Galán, A. e Prieto Romero, C. (coords.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010.

CUBERO MARCOS, J. I.; *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

DESCALZO GONZÁLEZ, A.; "Las licencias en los espectáculos públicos y las actividades recreativas", Parejo Alfonso, L. (dir.), *Autorizaciones y licencias, Hoy. Un análisis sectorial tras la Directiva de servicios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GALÁN GALÁN, A.; "La responsabilidad por los daños causados por la actuación de las entidades privadas colaboradoras de la Administración", Galán Galán, A. e Prieto Romero, C. (coords.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010.

GALÁN GALÁN, A. e PRIETO ROMERO, C.; *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ, T. R.; *Curso de derecho administrativo, tomo II*, 7ª ed.; Civitas, Madrid, 2010.
- GÓNZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, J. J.; *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, tomo I*, 4ª ed.; Thomson Civitas, Madrid, 2013.
- MUÑOZ MACHADO, S.; *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, tomo II: El ordenamiento jurídico*, Iustel, Madrid, 2009.
- MUÑOZ MACHADO, S.; *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, tomo IV: La actividad administrativa*, Iustel, Madrid, 2009.
- PADRÓS REIG, C.; *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Tecnos, Madrid, 2001.
- PADRÓS REIG, C.; *La administración invisible: panorama general y ejemplos prácticos de las entidades colaboradoras de la Administración pública*, Dykinson S. L.; Madrid, 2010.
- PAREJO ALFONSO, L.; *Autorizaciones y licencias, hoy. Un análisis sectorial tras la Directiva de servicios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- PRIETO ROMERO, C.; "Comentarios a la ordenanza por la que se establece el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades", Galán Galán, A. e Prieto Romero, C. (coords.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010.
- REBOLLO PUIG, M.; "La actividad de limitación", Cano Campos, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, vol. 3, tomo II, (La actividad de las administraciones públicas: el contenido), Iustel, Madrid, 2009.
- SANTIAGO IGLESIAS, D.; "La incidencia de la Directiva de servicios y de sus normas de transposición en el régimen jurídico del silencio administrativo", Almeida Cerredá, M. (coord.), *La termita Bolkenstein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Thomsom-Reuters, Madrid, 2012.
- TORNOS MAS, J.; "La licencia comercial específica y el régimen de autorizaciones en la Directiva de servicios", Villarejo Galende, H. (coord.), *La directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Comares, Granada, 2009.

Regap



ESTUDIOS



# A incidencia da Lei de garantía da unidade de mercado no modelo de urbanismo comercial sustentable

La incidencia de la Ley de garantía de la unidad de mercado en el modelo de urbanismo comercial sostenible

The impact of the national law of the single market in the model sustainable commercial urban planning

51 Regap

MARINA RODRÍGUEZ BEAS

Persoal investigador de acceso ao SECTI  
*Universidade Rovira i Virgili* (Cataluña, España)  
marina.rodriguez@urv.cat

Recibido: 28/12/2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** Neste traballo analizamos en que medida a necesaria adaptación da lexislación en materia de ordenación dos equipamentos comerciais ás exigencias derivadas da Directiva de servizo foi aproveitada, nun primeiro momento, polo lexislador estatal e os autonómicos para facer da ordenación do territorio e a protección do medio ambiente as razóns imperiosas de interese xeral que amparaban e xustificaban a súa intervención. Pero cos últimos cambios lexislativos, esta intervención administrativa foi perdendo forza de acordo coas correntes neoliberais que inspiran as sucesivas modificacións da normativa estatal na materia, como a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado. Isto marca unhas diferenzas importantes, afectando á posibilidade de recuperar un modelo de cidade comercial cun desenvolvemento urbano sustentable.

**Palabras clave:** urbanismo comercial, liberdade de establecemento, unidade de mercado, licenza, proporcionalidade, oportunidade, protección ambiental, competencias, sustentable.

**Resumen:** En este trabajo analizamos en qué medida, la necesaria adaptación de la legislación en materia de ordenación de los equipamientos comerciales a las exigencias derivadas de la Directiva de Servicio fue aprovechada, en un primer momento, por el legislador estatal y los autonómicos para hacer de la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente las razones imperiosas de interés general que amparaban y justificaban su intervención. Pero con los últimos cambios legislativos, esta intervención administrativa ha ido perdiendo fuerza de acuerdo con las corrientes neoliberales que inspiran las sucesivas modificaciones de la normativa estatal en la materia, como la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Esto marca unas diferencias importantes, afectando a la posibilidad de recuperar un modelo de ciudad comercial con un desarrollo urbano sostenible.

**Palabras clave:** urbanismo comercial, libertad de establecimiento, unidad de mercado, licencia, proporcionalidad, oportunidad, protección medioambiental, competencias, sostenible.

**Abstract:** This paper analyses to what extent the necessary adaptation of the legislation on management of commercial facilities to the requirements under Directive Service was exploited, at first, by the state legislature and autonomous for ordination the territory and environmental protection of the overriding reasons of general interest that

were supported and justified their intervention. But with recent legislative changes this administrative intervention has been losing strength in accordance with neoliberal currents that inspire successive changes of state regulation in the field such as Law 20/2013, of December 9, guarantee market unity. This marks a significant difference, affecting the ability to recover a model of market town with sustainable urban development.

**Key words:** commercial development, freedom of establishment, market unit, license, proportionality, timeliness, environmental protection, competition, sustainable.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 Principio de liberdade de establecemento: liberalización ou desregulación? 3 A incidencia da Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado sobre o urbanismo comercial. 3.1 O principio de eficacia das actuacións das autoridades competentes en todo o territorio nacional. 4 Razóns imperiosas de interese xeral: protección ambiental e de ordenación territorial e urbanística. 4.1 Criterio de oportunidade e de proporcionalidade: interpretación das razóns imperiosas de interese xeral. 5 Consideracións finais: o novo modelo de urbanismo comercial "sustentable". 6 Bibliografía.

## 1 Introducción

O comercio incidiu no nacemento e na evolución da cidade, xa que, como ben sabemos, desde unha perspectiva histórica, entre os termos cidade e comercio produciuse certa simbiose. Así, o desenvolvemento do comercio mantivo un vínculo constante coa transformación urbana, xerando estreitas e intrínsecas relacións de interdependencia, non sempre pacíficas.

O comercio é unha actividade económica con capacidade para influír nun determinado modelo de desenvolvemento territorial, é dicir, en configurar a cidade en difusa ou compacta. Pero, xunto a esta dimensión territorial e ambiental, o comercio suscita un intenso conflito social e económico co enfrontamento entre o comercio tradicional e as grandes superficies, con claras implicacións para os xestores públicos<sup>1</sup>.

A concorrencia destes problemas sociais, económicos, territoriais e ambientais altera as relacións entre cidade e comercio, dando lugar á aparición do problema da integración da ordenación espacial do comercio, o que constitúe o obxecto do que se vén denominado como urbanismo comercial<sup>2</sup>. Este fenómeno enténdese, en todo caso, como o conxunto de instrumentos e medidas encamiñadas a lograr unha evolución racional e sustentable do comercio, tendo en conta tanto a súa dimensión territorial como urbanística ou ambiental.

Ante estes conflitos, os poderes públicos interviñeron aprobando unha normativa reguladora da ordenación espacial dos equipamentos comerciais co fin de conseguir un equilibrio entre os intereses das grandes superficies comerciais e o comercio tradicional. O lexislador regulou a ordenación espacial do equipamento comercial mediante, principalmente, dous tipos de instrumentos: os plans de equipamentos comerciais e as licenzas ou autorizacións comerciais.

Non obstante, na actualidade continúan producíndose, feito que demostra a necesidade dunha nova forma de planificación que analice os impactos ambientais e territoriais asociados ao desenvolvemento de certos proxectos de equipamentos comerciais.

O comercio interior está baixo un proceso de transformación que, fundamentalmente, é consecuencia da Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de

1 PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., "Urbanismo comercial y medio ambiente: el reto de un modelo urbano sostenible", Sanz Larruga, F. J., García Pérez, M. e Pernas García, J. J. (dirs.), *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, INAP, Madrid, 2013, p. 255.

2 RODRÍGUEZ BEAS, M., *El comercio en el ordenamiento jurídico español. El urbanismo comercial y la sostenibilidad urbana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior (DS), a cal comportou unha profunda revisión do marco xurídico do sector servizos, e aínda permanece no centro da Estratexia Europa 2020 como marco de referencia para os programas nacionais de reformas estruturais de fomento da competitividade e o crecemento a longo prazo.

A citada directiva aposta pola liberalización da prestación dos servizos, aínda que, como afirma LÓPEZ PÉREZ, nos deixa a porta aberta para a imposición de restricións á liberdade de establecemento, baixo uns requisitos, coa finalidade de protexer o ámbito urbano como unha das razóns que ampararían a existencia dun réxime de intervención administrativa<sup>3</sup>. Polo tanto, estamos ante a posibilidade de recuperar un modelo de cidade comercial, ordenando a localización das grandes superficies e deseñando un modelo de cidade compacta cun desenvolvemento urbano sustentable.

Non obstante, a intervención administrativa vai perdendo forza na actualidade, de acordo coas correntes neoliberais que inspiran as sucesivas modificacións da normativa estatal na materia, como a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado (LGUM)<sup>4</sup>.

## 2 Principio de liberdade de establecemento: liberalización ou desregulación?

O principio de liberdade de establecemento recóllese no artigo 6.1 da Lei 1/2010, do 1 de marzo, de reforma da Lei 7/1996, do 15 de xaneiro, de ordenación do comercio polo miúdo (en diante, LOCM) cando expresa que, “con carácter xeral, a instalación de establecementos comerciais non estará suxeita a réxime de autorización comercial”. En consecuencia, o establecemento dun réxime de autorización comercial terá o carácter de excepcional e deberá axustarse ao principio de proporcionalidade, segundo o establecido no artigo 5.c) da Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, ao principio de non discriminación e se concorren razóns imperiosas de interese xeral relacionadas coa distribución comercial, de acordo co que se establece no artigo 6.2 de LOCM e así se motive suficientemente na lei que estableza o dito réxime<sup>5</sup>.

Non obstante, o precepto citado anteriormente déixalles unha marxe de liberdade ás comunidades autónomas para que, no exercicio das competencias que teñan recoñecidas, impoñan ou non a existencia de autorización para a instalación de establecemento comercial, sempre que concorran de xeito claro e inequívoco razóns imperiosas de interese xeral relacionadas coa distribución comercial. Á súa vez, prohíbese que o outorgamento da autorización se supedite a criterios de natureza económica, e única e exclusivamente deben respectarse os criterios de proporcionalidade, non discriminación, claros e inequívocos, obxectivos, feitos públicos con antelación, predicibles, transparentes e accesibles (artigo 6.3 de LOCM).

Dado o contexto económico, o Estado considerou necesario reducir as cargas administrativas que dificultaban o comercio e así conseguir dinamizar o sector, malia as reformas anterio-

3 LÓPEZ PÉREZ F., *El impacto de la directiva de servicios sobre el urbanismo comercial*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 22.

4 *Vid.* GIFREU I FONT, J., “La impronta de la Directiva de servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 98, xaneiro-abril 2014, p. 169-213.

5 Artigos 9 e 10 da Directiva de servizos.

res. Con este obxectivo, aprobouse o Real decreto lei 19/2012, do 25 de maio, de medidas urxentes de liberalización do comercio e de determinados servizos.

Este instrumento xurídico cambia o panorama legislativo de carácter básico en materia de comercio interior, converténdose así na primeira pedra dunha nova tendencia liberalizadora ou desreguladora deste sector.

Este real decreto lei, como se afirma na súa exposición de motivos, dá un paso máis no reto de eliminar todos os supostos de autorización ou licenza municipal previa, motivados na protección do medio ambiente, a seguridade ou a saúde pública. Así, o seu obxectivo é o impulso e dinamización da actividade comercial polo miúdo mediante a eliminación de cargas e restricións administrativas que afecten ao inicio e exercicio da actividade comercial.

Nesta liña, o artigo 3 do real decreto lei citado determina a inexistencia da licenza para o inicio e o desenvolvemento das actividades comerciais, situadas en calquera parte do territorio nacional, cunha superficie de exposición e venda ao público inferior aos 300 m<sup>2</sup>. Deste xeito, permítese a execución de obras e instalacións e o exercicio da actividade comercial coa presentación dunha declaración responsable ou comunicación previa. O lexislador xustifica esta posición na exposición de motivos, manifestando que, despois de realizar o xuízo de necesidade e proporcionalidade, non son necesarios controis previos por tratarse de actividades que, pola súa natureza, as instalacións que requiren non teñen un impacto susceptible de control a través da técnica autorizatoria, a cal se substitúe por un réxime de control *ex post*.

Por conseguinte, as licenzas que citabamos substitúense por declaración responsable ou por comunicación previa, de conformidade co establecido no artigo 71 *bis* da Lei 30/1992. Ademais, o propio lexislador determina a aplicación do réxime sancionador en materia de comercio interior, ordenación do solo e urbanismo, protección da saúde, medio ambiente e do patrimonio histórico-artístico para que este mecanismo non supoña unha deterioración das garantías na prestación do servizo nin as obrigas de cumprimento da normativa sectorial autonómica ou municipal aplicable. A pesar disto, pomos en dúbida que non se produza un verdadeiro detrimento dos intereses xerais.

Aínda así, como especifica o artigo 5, a presentación da declaración de responsable ou da comunicación previa “non prexulgará en ningún modo a situación e efectivo acomodo das condicións do establecemento á normativa aplicable, nin limitará o exercicio das potestades administrativas, de comprobación, inspección, sanción e, en xeral, de control que á Administración en calquera orde –estatal, autonómica ou local– lle estean atribuídas polo ordenamento sectorial aplicable en cada caso”.

Polo tanto, con este real decreto lei fíxose un limiar para eximir de licenza ou autorización previa, e, por conseguinte, redúcese a marxe de actuación do lexislador autonómico nesta materia, ao contrario do que sucedía coa Lei 1/2010, como especificamos anteriormente. Deste xeito, pásase dun control *ex ante* a través da autorización a un réxime de control *ex post*, fundamentado nunha declaración responsable<sup>6</sup>.

Pero o real decreto lei contiña tamén dúas importantes previsións en relación co limiar de superficie por debaixo do cal as entidades locais poderían eximir licenzas comerciais. A pri-

---

6 Vid. VILLAREJO GALENDE, H., “Licencias comerciales: su persistencia tras la Directiva de servicios”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, n.º 868, 2012, p. 99.



meira era unha habilitación ao Goberno para modificar á alza o dito limiar, dependendo das “circunstancias do mercado e a conxuntura económica”<sup>7</sup>. E a segunda era o recoñecemento tamén ás comunidades autónomas da facultade de ampliar ese limiar se así o estimasen conveniente no ámbito das súas competencias<sup>8</sup>.

O citado real decreto lei, tras a súa validación polo Congreso, o 14 de xuño de 2012, foi substituído pola Lei 12/2012, do 26 de decembro, de medidas urxentes de liberalización do comercio e de determinados servizos. Na mesma liña, xustifícase na exposición de motivos a modificación pola necesidade de reactivar a economía, establecendo un mínimo común denominador para todo o Estado que lles garanta ás empresas un marco de seguridade xurídica e de unidade normativa en todo o territorio, pero sen prexuízo de que as comunidades autónomas, no ámbito das súas competencias, poidan regular un réxime de maior alcance na eliminación de calquera tipo de control previo.

Polo tanto, continuábase coa inexixencia de licenza ou autorización para o inicio e desenvolvemento de actividades comerciais, situadas en calquera parte do territorio nacional, cunha superficie de exposición e venda ao público inferior a 300 m<sup>2</sup>.

Non obstante, pouco tempo despois, o limiar de 300 m<sup>2</sup> ampliouse a 500 m<sup>2</sup> de superficie máxima dos establecementos que están exentos de licenza a través da Lei 14/2013, do 27 de setembro, de soporte aos emprendedores e a súa internacionalización. Ademais, esta lei tamén ampliou a 43 actividades adicionais o anexo da Lei 12/2012, o cal prevé unha lista de actividades exentas de solicitar licenza municipal.

Pero esta tendencia de ir aumentando progresivamente os metros cadrados que eximen de solicitar licenza para o inicio e desenvolvemento de actividades comerciais non quedou aquí, e deu un paso adiante coa Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado, ampliando o limiar de superficie útil de exposición e venda ao público a 750 metros cadrados<sup>9</sup>. A argumentación destas medidas xira arredor do impulso económico e da eliminación de barreiras no mercado, pero detrás disto apreciamos unha política desreguladora e unificadora dos réximes xurídicos de cada Comunidade Autónoma, o que presenta graves problemas xurídicos.

### 3 A incidencia da Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado sobre o urbanismo comercial

As últimas modificacións da Lei 1/2010, do 1 de marzo, de reforma da Lei 7/1996, do 15 de xaneiro, de ordenación do comercio polo miúdo (LOCM), xa preconizaran<sup>10</sup>, en certo modo, o que agora a LGUM prevé con carácter xeral para todos os servizos.

7 Disposición derradeira sétima.

8 Disposición derradeira oitava.

9 Disposición derradeira terceira da Lei de garantía da unidade de mercado.

10 Dado o contexto económico, o Estado considerou necesario reducir as cargas administrativas que dificultaban o comercio e así conseguir dinamizar o sector mediante unha serie de reformas: Real decreto lei 19/2012, do 25 de maio, de medidas urxentes de liberalización do comercio e de determinados servizos; Lei 12/2012, do 26 de decembro, de medidas urxentes de liberalización do comercio e de determinados sectores; e a Lei 14/2013, do 27 de setembro, de soporte aos emprendedores e a súa internalización.

A LGUM ten por obxecto “facer efectivo o principio de unidade de mercado no territorio nacional (...) e garantir a integridade da orde económica”.

En canto ao réxime das licenzas municipais para a apertura de establecementos comerciais, a disposición derradeira 3.<sup>a</sup> da LGUM incrementa a superficie mínima para a prohibición de autorización respecto á Lei 12/2012, do 26 de decembro, situándoa en 750 m<sup>2</sup>.

O *Consell de Garanties Estatutàries* pronunciouse acerca da incidencia desta medida sobre as competencias da Generalitat de Catalunya, remitíndose ao Ditame 20/2013, do 19 de decembro, sobre a Proposición de lei do Parlamento de Catalunya de horarios comerciais e determinadas actividades de promoción. Nese ditame examinouse a ampliación da superficie útil de exposición e venda a 300 m<sup>2</sup>, establecida polo Real decreto lei 20/2012, do 22 de agosto, de medidas para garantir a estabilidade orzamentaria e de fomento da competitividade: “(...) A ampliación a 300 m<sup>2</sup> significa a afectación de case a totalidade do comercio, o que deixa unha marxe de actuación á Generalitat irrisoria neste aspecto, xa que disporían de liberdade horaria o 90% dos establecementos de comercio polo miúdo, polo que temos que concluír, como tamén o fixo o Consello Consultivo en dous supostos similares (DCC núm. 219, do 14 de xullo de 2000, F IV.4.E, e DCC núm. 267, do 7 de febreiro de 2005, F V.4), que a esta prescrición no se lle pode atribuír o carácter de base, non porque formal e aparentemente non lle dea marxe ao lexislador autonómico (marca un limiar máximo de superficie), senón porque materialmente non permite desenvolver unha política propia e singularizada en materia de horarios comerciais (artigo 121.1 c Estatuto de autonomía de Catalunya), xa que a pretendida base afecta a case todos os comercios polo miúdo. Agora ben, mentres o Tribunal Constitucional non se pronuncie expresamente, sería necesario que o lexislador catalán, no preámbulo da proposición, achegase as razóns que xustifican separarse dunha norma declarada básica”. En consecuencia, considera que esta regulación non ten amparo legal no artigo 149.1.3 CE e vulnera as competencias da Generalitat relativas ao comercio do artigo 121 EAC.

Sobre a base destas disposicións, as comunidades autónomas mantiveron adaptada a este novo marco a exigencia de autorización para a instalación de grandes establecementos comerciais. Non obstante, non é infrecuente que no réxime destas autorizacións o lexislador autonómico deixe caer algúns criterios que poden resultar contrarios, ademais de á Directiva de servizos e ás súas normas de transposición, ao que agora dispón o artigo 18.2 LGUM. Deste modo, cando o lexislador autonómico contempla criterios de política económica ou comercial coa finalidade de favorecer os pequenos comerciantes, está a incorrer agora na conduta prohibida no artigo 18.2 g) LGUM, consistente na adopción de “actos, disposicións e medios de intervención (...) que conteñan ou apliquen requisitos de natureza económica ou intervención directa ou indirecta de competidores na concesión de autorizacións, nos termos establecidos nas letras e) e f) do artigo 10 da Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio”.

### 3.1 O principio de eficacia das actuacións das autoridades competentes en todo o territorio nacional

O artigo 6 da LGUM incorpora o novo principio de eficacia das actuacións das autoridades competentes en todo o territorio nacional. Isto constitúe a principal novidade que a LGUM

achega ao ordenamento xurídico español<sup>11</sup>. A operatividade deste principio atópase no artigo 19, o cal, baixo o título “libre iniciativa económica en todo o territorio nacional”, dispón que: “desde o momento en que un operador económico estea legalmente establecido nun lugar do territorio español poderá exercer a súa actividade económica en todo o territorio, mediante establecemento físico ou sen el, sempre que cumpra os requisitos de acceso á actividade do lugar de orixe, mesmo cando a actividade económica non estea sometida a requisitos do dito lugar”.

Os efectos deste principio son verdadeiramente contundentes<sup>12</sup>, xa que, se o desenvolvemento dunha actividade económica nunha determinada Comunidade Autónoma queda suxeito a uns requisitos concretos que difiren dos exixidos para a mesma actividade noutra Comunidade Autónoma, bastará o cumprimento dos exixidos na Comunidade Autónoma en que se estea establecido para que se poida realizar a actividade en todo o territorio nacional, sen ter que cumprir os requisitos que outras comunidades autónomas puideran establecer para o desenvolvemento desa actividade realizada polos operadores establecidos nos seus respectivos ámbitos territoriais.

O artigo 20 LGUM, baixo o título “eficacia en todo o territorio nacional das actuacións administrativas”, volve repetir o mesmo principio de eficacia territorial, especificando algúns supostos. Así, con carácter xeral, establece que “terán plena eficacia en todo o territorio nacional, sen necesidade de que o operador económico realice ningún trámite adicional ou cumpran novos requisitos, todos os medios de intervención das autoridades competentes que permitan o acceso a unha actividade económica ou o seu exercicio, ou acrediten o cumprimento de certas calidades, cualificacións ou circunstancias”<sup>13</sup>.

Deste xeito, a LGUM non establece unhas normas comúns básicas para os operadores para exerceren as súas actividades económicas, senón que remite a súa concreción á regulación que se estableza desde o lugar de orixe do operador. Así, o que verdadeiramente se produce a través da LGUM é a implantación da chamada “licenza comercial única”<sup>14</sup>, porque, aínda que o lexislador non emprega esta expresión, no apartado 3 do artigo 19 establécese que, “cando conforme a normativa do lugar de destino se exixan requisitos, cualificacións, controis previos ou garantías aos operadores económicos ou aos bens, distintos dos exixidos ou obtidos ao abeiro da normativa do lugar de orixe, a autoridade de destino asumirá a plena validez destes últimos, aínda que difiran no seu alcance ou contía. Así mesmo, o libre exercicio operará mesmo cando na normativa do lugar de orixe non se exixa ningún requisito, control, cualificación ou garantía”.

11 Vid. RODRÍGUEZ BEAS, M., *El comercio en el ordenamiento jurídico español. El urbanismo comercial y la sostenibilidad urbana*, cit., pp. 131 e ss.

12 FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 163, 2014, p. 124.

13 Como afirma FERNÁNDEZ FARRERES, a previsión non deixa de ser redundante: «baste ter en conta que, se a intervención da autoridade competente de orixe conforme a súa normativa propia habilita o operador económico para actuar en todo o territorio nacional e o correspondente produto para circular libremente e poder ofertarse e venderse en calquera punto dese territorio, a posibilidade de exixir novos requisitos ou acreditacións engadidos por outras autoridades –polas autoridades de destino– viría negar a referida habilitación xeral», vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, cit., p. 135.

14 Neste sentido pronúnciase o *Consell de Garanties Estatutàries* no Ditame 5/2014, do 14 de febreiro, sobre a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado, p. 50.

Polo tanto, o lexislador, seguindo a súa liña desreguladora, establece un principio xeral de eficacia da regulación procedente da autoridade de orixe en todo o territorio do Estado. Así, favorécese a Comunidade Autónoma que fixe un réxime menos intervencionista ou máis flexible, posibilitándolle estender a súa eficacia en todo o territorio e, á súa vez, desprazar as regulacións das outras comunidades autónomas. Con este sistema, está claro que se tende á homoxeneización<sup>15</sup> e á competencia entre os lexisladores autonómicos, motivo polo cal se cualificou este principio como de *dumping* regulatorio<sup>16</sup>.

O Consello Económico e Social, no seu Ditame 5/2013, do 18 de abril de 2013, sobre o anteproxecto de LGUM, posicionouse contrario a esta regulación do principio de eficacia en todo o territorio estatal, advertindo que "(...) a posibilidade de ir cara a un proceso de homoxeneización normativa pode producir a converxencia cara a unha normativa de mínimos ou ausencia de norma e (...) que, ao establecer o principio de territorio de orixe, se pode introducir un incentivo á localización empresarial nos territorios con menor regulación ou con aquela máis favorable para a súa actividade"<sup>17</sup>.

Ademais, este novo principio provoca un efecto discriminatorio para as empresas radicadas no territorio da Comunidade Autónoma, xa que estas serán as únicas ás que se aplicará a normativa autonómica concreta de territorio<sup>18</sup>.

O contido e alcance deste principio de eficacia en todo o territorio nacional incide decisiivamente nas competencias das comunidades autónomas, xa que se produce un baleiro de contido das competencias autonómicas, porque, aínda que formalmente se respectan, materialmente quedan afectadas por razón do efecto extraterritorial que se lle recoñece ao exercicio de idéntica competencia por calquera doutras comunidades autónomas<sup>19</sup>.

Sobre esta cuestión, o *Consell de Garanties Estatutàries*, considerando a doutrina xurisprudencial do Tribunal Constitucional, determinou que resulta contrario que unha norma ordinaria, como é a LGUM, poida contradicir o artigo 115 EAC, fixando unha regra xeral que lles atribúa uns efectos extraterritoriais a todas as actuacións administrativas, que desprazan as previsións estatutarias. Entende, xa que logo, que o Estado non pode ampararse no título competencial do artigo 149.1.13 CE para regular a unidade de mercado nestes termos e cos efectos tan restritivos para as competencias da Generalitat. En consecuencia, conclúe que os artigos 19 e 20 da LGUM comportan un baleirado do contido das materias estatutarias

---

15 GÍFREU I FONT, J., "La impronta de la Directiva de servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado", *cit.* pp. 203 e ss.

16 Neste sentido, TORNOS MAS afirma que «todos os lexisladores autonómicos poden competir en rebaixas intervencionistas para atraer a instalación dos operadores ao seu territorio, para que desde este poidan estender a súa actividade en todo o Estado xa libres de todo control ulterior». TORNOS MAS, J., "La Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: una reforma discutible", *Blog de l'Institut de Dret Públic*, 17 de decembro de 2013 [http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2013\\_12\\_01\\_archive.html](http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2013_12_01_archive.html) (Data última consulta: 23 novembro de 2015). Nun sentido similar pronúnciase o *Consell de Garanties Estatutàries* no Ditame 5/2014, do 14 de febreiro, sobre a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado, p. 51.

17 Aínda que este ditame analiza o Anteproxecto da LGUM, as súas críticas poden verse no propio articulado da LGUM, porque o seu contido non variou no esencial.

18 O *Consell de Garanties Estatutàries* considera que a LGUM xera un "efecto negativo" para as empresas do territorio autonómico. *Vid.* Ditame 5/2014, do 14 de febreiro, sobre a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado, p. 52.

19 Sobre o efecto extraterritorial, a xurisprudencia é clara ao respecto, sinalando de forma reiterada que as competencias autonómicas poden ter efectos supraterritoriais como consecuencia da "unidade política, xurídica, económica e social de España que impide a súa división en compartimentos estancos", motivo polo cal «(...) a privación ás comunidades autónomas da posibilidade de actuar cando os seus actos puidesen orixinar consecuencias máis alá dos seus límites territoriais equivalería necesariamente a privarlas, pura e simplemente, de toda capacidade de actuación». *Vid.* SSTC 37/1981, do 16 de novembro; 44/1984, do 27 de marzo; 291/2005, do 10 de novembro, entre outras

relacionadas con varios ámbitos económicos, como o comercio interior, e vulneran o artigo 115.1 EAC, relativo ao alcance territorial e os efectos destas competencias<sup>20</sup>.

Finalmente, non podemos esquecer que o principio de eficacia en todo o territorio estatal pode xerar unha indefinición na normativa aplicable, creando un escenario de inseguridade xurídica e vulnerando así os artigos 9.3 e 103 CE.

## 4 Razóns imperiosas de interese xeral: protección ambiental e de ordenación territorial e urbanística

A Directiva de servizos, no artigo 4.8, considera o concepto de razón imperiosa de interese xeral seguindo a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea e establece unha longa lista *numerus apertus*, da que destacamos a protección do medio ambiente e do ámbito urbano, e, como manifesta o considerando 40, inclúese a planificación urbana e rural.

A normativa reguladora da ordenación do comercio trasponse no artigo 6.2 da LOCM, cando dispón que os requisitos que se establezan para a instalación de establecementos comerciais atenderán conxuntamente a criterios baseados en razóns imperiosas de interese xeral relacionadas coa distribución comercial, como a protección do medio ambiente e do contorno urbano, a ordenación do territorio e a conservación do patrimonio histórico e artístico<sup>21</sup>.

Polo tanto, só é posible establecer un réxime de autorización comercial cando este se fundamente nalgunha das citadas razóns imperiosas de interese xeral e que os requisitos que se establezan para obter a autorización ou emitir o informe estean igualmente amparados por estas razóns. Ademais, os instrumentos de ordenación do territorio e urbanísticos poden tratar a ordenación dos equipamentos comerciais se teñen por obxecto a efectiva protección do medio ambiente e do ámbito urbano ou mesmo para resolver os problemas territoriais e urbanísticos que orixinan un tipo de formato de distribución comercial<sup>22</sup>.

Non obstante, as razóns imperiosas de interese xeral, o medio ambiente e a ordenación do territorio, as que aquí nos interesan, deben interpretarse de forma restritiva<sup>23</sup>. Esta interpretación restritiva significa que a mera invocación da razón imperiosa non xustifica a imposición de calquera control ou restrición<sup>24</sup>, e deben responder a criterios de oportunidade e propor-

20 Ditame 5/2014, do 14 de febreiro, sobre a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado, pp. 55-59.

21 A protección do medio ambiente e do ámbito urbano converteuse na clave de bóveda do novo réxime de autorización autonómica dos grandes equipamentos comerciais, xa que vinculan criterios de concesión da licenza ou informe comercial ás determinacións da ordenación territorial ou do planeamento urbanístico con outros criterios de tutela do medio ambiente como a mobilidade, o impacto paisaxístico, a incidencia ambiental e a eficiencia enerxética.

22 Neste sentido, LÓPEZ PÉREZ, F., *El impacto de la Directiva de servicios sobre el urbanismo comercial*, cit., p. 40.

23 Seguindo o criterio xurisprudencial do Tribunal de Xustiza, é de suma importancia realizar esta interpretación restritiva. Neste sentido, a Sentenza do 24 de marzo de 2011, as. C-400/08, "*Comisión Europea contra Reino de España*" (Rec. p. I-01915), na que o Tribunal analiza a Lei catalá 18/2005, do 27 de decembro, de equipamentos comerciais, e afirma que, aínda que as restricións relativas á localización e ao tamaño dos grandes establecementos comerciais son medios axeitados para alcanzar os obxectivos de ordenación do territorio e de protección do medio ambiente, para que poidan xustificar unha excepción ao principio da liberdade de establecemento, "deben ir acompañadas dunha análise da oportunidade e da proporcionalidade da medida restritiva adoptada polo dito Estado membro, así como dos datos precisos que permitan corroborar a súa argumentación". E, nese caso axuizado, o tribunal rexeita as medidas de intervención adoptadas polo lexislador catalán só pola súa falta de argumentación, non pola natureza das propias medidas.

24 *Vid.* LINDE PANIAGUA, E., "Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior", *Revista de Derecho de la Unión Europea: La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva Bolkestein)*, n.º 14, 2008, p. 91.

cionalidade, é dicir, xustificar que son as medidas máis axeitadas para alcanzar o obxectivo pretendido, como, por exemplo, a defensa dun modelo de cidade compacta.

#### 4.1 Criterio de oportunidade e de proporcionalidade: interpretación das razóns imperiosas de interese xeral

O artigo 5 LGUM obriga a que calquera normativa que estableza límites ao acceso ou exercicio dunha actividade económica motive a súa necesidade na “salvagarda dalgunha razón imperiosa de interese xeral de entre as comprendidas no artigo 3.11 da Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio. E, ademais, dispón que calquera requisito que impoña un límite a esa liberdade deberá ser proporcionado á correspondente razón imperiosa de interese xeral, de maneira que só procederá cando “non exista outro medio non menos restritivo ou distorsionador para a actividade económica”.

Este principio de necesidade e proporcionalidade recollido na LGUM marca unhas diferenzas importantes coa Directiva de servizos e a Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio<sup>25</sup>. En primeiro lugar, a nova regulación adopta un criterio distinto en canto ao seu ámbito de aplicación, xa que alcanza a calquera actividade económica e non só aos servizos.

En segundo lugar, a LGUM restrinxe moito máis o catálogo de razóns imperiosas de interese xeral. Así, a exigencia de autorización aos operadores económicos só poderá considerarse necesaria e proporcional cando estea xustificada “por razóns de orde pública, seguridade pública, saúde pública ou protección do medio ambiente no lugar concreto onde se realiza a actividade, e estas razóns non poden salvagardarse mediante a presentación dunha declaración responsable ou dunha comunicación”. E igualmente, en relación coa autorización no caso de “instalacións ou infraestruturas físicas necesarias para o exercicio de actividades económicas”, a súa exixibilidade unicamente se considerará necesaria e proporcional cando esas instalacións e infraestruturas físicas “sexan susceptibles de xerar danos sobre o medio ambiente e o contorno urbano, a seguridade ou a saúde pública e o patrimonio histórico-artístico, e estas razóns non se poidan salvagardar mediante a presentación dunha declaración responsable ou dunha comunicación”.

Obsévese, pois, que para suxeitar o acceso á actividade, así como a implantación das instalacións que a dita actividade requira, á obtención previa dunha autorización non basta con que concorran calquera das razóns imperiosas de interese xeral que enumera o artigo 3.11 da Lei 17/2009, senón que estas quedan circunscritas a razóns de orde pública, seguridade pública, saúde pública, protección do medio ambiente no lugar concreto onde se realiza a actividade e do contorno urbano ou protección do patrimonio histórico-artístico. Ningunha outra razón imperiosa de interese xeral, como a protección dos dereitos dos consumidores, pode aducirse como título habilitante para condicionar a liberdade de empresa á obtención dunha autorización administrativa previa.

Ademais, non abonda con que concorran algunha das referidas razóns, senón que a necesidade de exixir unha autorización deba fundarse nun estrito xuízo de proporcionalidade. Deste

---

25 *Vid.* PERNAS GARCÍA, J. J., “El principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de garantía de la Unidad de mercado”, Alonso Mas, M. J. (dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 417-468.

xeito, debe acreditarse que non é suficiente a presentación dunha declaración responsable ou unha comunicación para salvagardar a correspondente razón imperiosa de interese xeral.

Así, o cambio que introduciu a LGUM é verdadeiramente notable en relación co exixido pola normativa anterior<sup>26</sup>.

Este cambio potencia, sen lugar a dúbidas, a liberdade de empresa, pero suscita serias dúbidas de se se adecua á orde constitucional de distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas. Sobre esta cuestión, o Consello de Estado, no seu Ditame 631/2013, do 26 de xuño de 2013, referido ao anteproxecto de lei, afirmou que «non pode reconstituír ou reorganizar todo o sistema autorizador das autoridades competentes en materia de actividades económicas: pode e debe exixir simplemente a estas que, como di o artigo 5.1 que diseña o principio que o artigo 17 desenvolve, cando “establezan límites ao acceso dunha actividade económica ou ao seu exercicio ou exixan o cumprimento de requisitos para unha actividade”, as autoridades competentes deban motivar a súa necesidade e a proporcionalidade do medio elixido, considerándose razóns para a existencia dunha autorización as que se enumeran no artigo 17». E ademais apostila que «as razóns que este último establece son insuficientes, debendo expresamente remitir ás máis amplas que sinala o artigo 5»<sup>27</sup>. Polo tanto, determina que vai máis alá do que impón o dereito da Unión Europea e remata por afectar ás competencias das comunidades autónomas<sup>28</sup>.

De forma similar, o *Consell de Garanties Estatutàries* de Cataluña, no seu informe 5/2014, mantén que os cambios que incorpora a LGUM “limitan de forma notoria a posibilidade das administracións autonómicas e locais para decidir se resulta proporcionado ou non prohibir ou someter a autorización as actividades que sexan contrarias aos bens xurídicos vinculados ás competencias das que son titulares”, o que supón un menoscabo das competencias

26 Así o apuntaron REBOLLO PUIG, M., “La unidad de mercado y su ordenación”, *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Las reformas generales*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 24 e ss.; e FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *cit.*, p. 127.

27 O Consello de Estado analizou o anteproxecto de lei da LGUM, pero o contido dos artigos sinalados é en todo coincidente co articulado actual da LGUM.

28 Obxección que aínda se pon de manifesto en termos máis explícitos no voto particular que ao referido ditame se formula, no cal se afirma que: «(...) o citado artigo 17, no seu apartado 1, a diferenza do que fai o artigo 5, que axusta o seu contido –por remisión ao artigo 3.11 da Lei 17/2009– a unha visión correcta do que é o marco regulador da unidade dos mercados na Unión Europea, non obstante, opta por romper ese sistema, impondo outro modelo moi afastado do modelo interno europeo e que, do xeito en que está xuridicamente armado no anteproxecto, atenta moi gravemente tanto contra a autonomía constitucional das comunidades autónomas como contra a lóxica da protección de múltiples bens constitucionais que outras leis e regulamentos estatais perfilaron cuidadosamente». Ademais insiste en que «(...) sen a máis mínima xustificación, e sen examinar nin remitir a decisións caso por caso ou sector por sector (...)», a través da análise reposada de se teñen ou non sentido e é proporcional ao fin de interese xeral perseguido manter as actuais ou futuras prohibicións ou polo menos sometelas a autorización, o artigo 17.1 proposto levanta miles de prohibicións que se conteñen na lexislación estatal básica ou xeral (segundo cal sexa o alcance que o Estado teña das competencias nesa materia) e en todas as leis e regulamentos autonómicos e ordenanzas municipais (...). Conclúe «se na UE os Estados entenden que, por moito que haxa mercado interior, eles en principio, en uso da súa soberanía, poden, para a defensa deses intereses xerais, prohibir ou someter a control proporcional actividades concretas e por iso o dereito da Unión cede ante eles (salvo que por *quorum* moi reforzado os Estados decidan aproximar, caso por caso, as súas lexislacións), iso implica que, non existíndoo o dereito da Unión, esas potestades do Estado, Comunidades Autónomas e entes locais, só se poden limitar aplicando a Constitución e será o Estado caso por caso, e desde logo as Comunidades Autónomas ou as entidades locais cando a Constitución e as leis lles atribúen a competencia de defensa deses intereses xerais, os que teñan que decidir se é proporcionado ou non prohibir, ou someter a autorización as actividades contrarias a estes de que se trate (...) en suma, ao autorizar en abstracto, e sen examinar se o Estado ten ou non competencias, centos de actividades actualmente prohibidas ou sometidas a autorización como mecanismo social e democrático de defensa deses intereses xerais e ao entender derogado, e prohibir tamén en abstracto e de xeito xeneralizado, que as comunidades autónomas poidan someter no futuro a control consistente en exixir autorización a cantas actividades actualmente ou no futuro pretendan salvagardar un deses doce intereses xerais se teñen competencia na materia, o anteproxecto incorre en inconstitucionalidade manifesta (...)».

estatutarias relacionadas cos diversos ámbitos económicos sen contar con habilitación competencial suficiente para facelo<sup>29</sup>.

En definitiva, aínda que haberá que esperar ao que o Tribunal Constitucional<sup>30</sup> considere, parece máis que dubidoso que a LGUM se axuste á orde constitucional de distribución de competencias, xa que, segundo a repartición nas diversas materias, como no caso que aquí nos afecta, o comercio interior, corresponde ás comunidades autónomas e non ao Estado decidir sobre se as actividades quedan ou non suxeitas a autorización. E, non obstante, esa decisión queda amplamente condicionada polo artigo 17.1 a) da LGUM, ao restrinxirse de xeito anticipado as causas de necesidade que poden lexitar ou habilitar esa decisión, restrición que, como afirma FERNÁNDEZ FARRERES, carecendo de cobertura no dereito da Unión Europea, tampouco parece que poida ampararse nas competencias do Estado das cláusulas 1, 6, 13 e 18 do artigo 149.1 da Constitución<sup>31</sup>.

## 5 Consideracións finais: o novo modelo de urbanismo comercial “sustentable”

O chamado urbanismo comercial evolucionou cara á incorporación progresiva do factor ambiental na ordenación dos equipamentos comerciais, xa que, a pesar da súa denominación, nas súas orixes só trataban cuestións de política comercial e económica, mediante a utilización de instrumentos de ordenación territorial e urbanismo<sup>32</sup>.

A partir da transposición da Directiva de servizos no noso ordenamento xurídico, en concreto á lexislación sobre distribución comercial, púidose observar como o lexislador estatal e os autonómicos utilizaron a tutela ambiental e a ordenación do territorio como razón imperiosa de interese xeral e así xustificar a súa intervención, dado que nas regulacións anteriores á Directiva, como sinalaba VILLAREJO GALENDE, «se fixera un uso enganoso do urbanismo, da ordenación do territorio e da protección do medio ambiente (...)», e destaca que «a preocupación ambiental non operaba máis que como unha mera coartada ideolóxica para uns lexisladores que, acomplexados polas súas incisivas políticas comerciais, se escudaban nos custos externos xerados polos grandes establecementos»<sup>33</sup>.

O novo modelo de urbanismo comercial “sustentable” aséntase sobre dous piares: a protección do medio ambiente e a ordenación territorial e urbanística. Estes configuráronse como as razóns imperiosas de interese xeral que xustifican a intervención das administracións

---

29 Vid. Ditame do *Consell de Garanties Estatutàries* 5/2014, do 14 de febreiro, sobre a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado, p. 46-47.

30 O Pleno do Tribunal Constitucional, por providencia do 8 de abril actual, acordou admitir a trámite o recurso de inconstitucionalidade núm. 1454-2014, promovido polo Consello de Goberno de Andalucía contra os artigos 6; 14.2; 17, último inciso do parágrafo primeiro e letras a) a d); 18.2, letras b) a f); 19; 20; 21.2 y 3; 23.2; 26; 27; disposición adicional décima e disposicións derradeiras primeira, segunda e cuarta da Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía de unidade de mercado. O Pleno do Tribunal Constitucional, por providencia do 8 de abril actual, acordou admitir a trámite o recurso de inconstitucionalidade número 1397-2014, promovido polo Parlamento de Cataluña, contra os artigos 14.2 e, por conexión, 23.2; 16; 17; 18 e, por conexión, 5 e disposición derradeira segunda; 19; 20; 26.5; 27 en relación coa disposición derradeira primeira, apartado tres; apartado un e, por conexión, dous da disposición derradeira terceira e disposición derradeira cuarta a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía de unidade de mercado.

31 FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación en la Ley 20/2013, del 9 de diciembre”, *cit.*, p. 128.

32 Neste sentido, RODRÍGUEZ VELARDE, B., *El urbanismo comercial*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 40.

33 VILLAREJO GALENDE H., *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, Comares, Granada, 2008, pp. 106-124.



públicas e permite estipular controis *ex ante*, autorización ou informe comercial, conforme a Directiva de servizos.

Todas as comunidades autónomas aprobaron xa as súas reformas da normativa comercial, o que implica que xa se produciu o cambio de modelo que requiría a Directiva de servizos. Malia o esforzo de adaptación do lexislador estatal e os autonómicos, aínda queda camiño por percorrer<sup>34</sup>. Da análise das reformas autonómicas obsérvanse algúns problemas, entre eles os derivados da discrecionalidade no outorgamento das autorizacións e informes comerciais e o cumprimento do principio de proporcionalidade que estipula a Directiva de servizos. Este último é un reto para os lexisladores autonómicos, xa que deben xustificar que as medidas adoptadas son apropiadas para conseguir os obxectivos perseguidos, sen ir máis alá do necesario. Así, débese axustar aos criterios xa consolidados que resultan da doutrina do Tribunal Constitucional e do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, como son adecuación, necesidade e proporcionalidade, para alcanzar o fin perseguido<sup>35</sup>.

Na ordenación dos equipamentos comerciais considérase conveniente utilizar os instrumentos propios da ordenación do territorio para así adecuarse aos parámetros marcados pola Directiva de servizos, evitar conflitos como o posible solapamento de controis e, ante todo, asegurar a efectiva e real tutela ambiental.

Deste xeito, o urbanismo comercial, como consecuencia da Directiva de servizos, xa iniciou un cambio de rumbo, instaurando un novo modelo de desenvolvemento urbano sustentable mediante as técnicas da ordenación do territorio<sup>36</sup>.

Pero, como se analizou, a LGUM incide no urbanismo comercial, creando unha nova fronte de polémica e disputa coas comunidades autónomas. Esta disposición ataca o ámbito competencial das comunidades autónomas e os entes locais, fortalecendo a unidade de mercado. Pódese apreciar como o lexislador intenta uniformizar os ordenamentos xurídicos, malia a atribución de competencias autonómicas recoñecidas no bloque de constitucionalidade.

Esta lei é a proba de que o Goberno do Estado está a aproveitar a crise económica para implementar políticas de recentralización e de desregulación. A desregulación é palpable na licenza única, o que provocará un evidente proceso de “*dumping* desregulador” entre as comunidades autónomas e unha estratexia de selección adversa de riscos por parte dos axentes económicos no momento de decidir onde localizar a súa instalación de orixe no territorio español.

Por iso, producirase unha harmonización competitiva sobre a base dunha normativa de mínimos. Neste tipo de normativas predominará a atracción de intereses económicos en detrimento do interese xeral, provocando unha diminución de garantías en materias como a seguridade, a saúde pública, o medio ambiente e os dereitos dos consumidores. Deste

34 Esta é unha das principais conclusións dos resultados do proceso de avaliación da Directiva de servizos pola Comisión Europea. Informe da Comisión Europea: “Cara a un mellor funcionamento do mercado único de servizos, partindo dos resultados do proceso de avaliación recíproco da Directiva de servizos”, Bruxelas, 27 de xaneiro de 2011, COM (2011), p. 3.

35 Neste sentido, resulta interesante a STXUE do 24 de marzo de 2011, as. C-400/08, “Comisión Europea contra Reino de España” (Rec. P. I-01915), na que o tribunal analiza a Lei catalá 18/2005, do 27 de decembro, de equipamentos comerciais. Tamén cabe destacar a recente sentenza do Tribunal Constitucional do 30 de outubro de 2015, a cal analiza o Decreto 211/2012, do 25 de outubro, polo que se regula o procedemento para obter a autorización comercial autonómica.

36 A doutrina presaxia unha nova era do urbanismo comercial español. *Vid.* VILLAREJO GALENDE, H., “Licenzas comerciales: su persistencia tras la Directiva de servicios”, *cit.*, p. 110.

modo, vese perigar o chamado urbanismo comercial “sustentable”, xa que se produce unha rebaixa de nivel de protección ambiental. Apréciase un retroceso na protección ambiental, xa que a Directiva de servizos e a súa normativa de transposición supuxeron unha elevación clara, constante e permanente do nivel de protección ambiental<sup>37</sup>.

Resúltanos sorprendente ver como se ignora nesta lei un principio básico como é o de prevención ou precaución, recollido no artigo 191 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea. Este principio, que actúa especialmente en materia de medio ambiente, debe recoñecerse como inspirador de calquera disposición e como elemento clave na interpretación da simplificación administrativa.

En definitiva, a LGUM ten graves implicacións no ámbito competencial das comunidades autónomas, cuxo exercicio queda indirecta pero intensamente condicionado, e en especial en Cataluña, afectando ao seu propio modelo de comercio de proximidade.

## 6 Bibliografía

FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 163, 2014.

GIFREU I FONT, J., “La impronta de la Directiva de servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 98, xaneiro-abril 2014.

LINDE PANIGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, *Revista de Derecho de la Unión Europea: La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva Bolkestein)*, n.º 14, 2008.

LÓPEZ PÉREZ, F., *El impacto de la directiva de servicios sobre el urbanismo comercial*, Atelier, Barcelona, 2009.

PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., “Urbanismo comercial y medio ambiente: el reto de un modelo urbano sostenible”, Sanz Larruga, F. J., García Pérez, M. y Pernas García, J. J. (dirs.), *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, INAP, Madrid, 2013.

PERNAS GARCÍA, J. J., “El principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de garantía de la Unidad de mercado”, Alonso Mas, M. J. (dir.), *El nuevo marco jurídico dela unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014.

REBOLLO PUIG, M., “La unidad de mercado y su ordenación”, *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Las reformas generales*, La Ley, Madrid, 2013.

---

37 Sobre a consideración constitucional do principio de non regresión ambiental ou cláusula *stand still*, véxase a recente STC do 5 de novembro de 2015.

RODRÍGUEZ BEAS, M., *El comercio en el ordenamiento jurídico español. El urbanismo comercial y la sostenibilidad urbana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RODRÍGUEZ VELARDE, B., *El urbanismo comercial*, Dykinson, Madrid, 2000.

TORNOS MAS, J., "La Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: una reforma discutible", *Blog de l'Institut de Dret Públic*, 17 de decembro de 2013 [http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2013\\_12\\_01\\_archive.html](http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2013_12_01_archive.html) (Data última consulta: 23 de novembro de 2015).

VILLAREJO GALENDE, H., *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, Comares, Granada, 2008.

VILLAREJO GALENDE, H., "Licencias comerciales: su persistencia tras la Directiva de servicios", *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n.º 868, 2012.

Regap



ESTUDIOS



A culpabilidade nas sancións das autoridades administrativas independentes

## La colpevolezza nelle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti

The culpability element and the punishment power of independent administrative authorities



FEDERICO DINELLI

Ricercatore di Diritto Amministrativo  
Università di Roma Tre (Italia)  
federico.dinelli@uniroma3.it

Recibido: 08/01/2016 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



ESTUDOS

**Resumo:** O elemento da culpabilidade pertence á estrutura da infracción, tanto administrativa como penal. Moitas das autoridades administrativas independentes están chamadas a aplicar sancións, cuxo grao de punibilidade a miúdo resulta extremadamente elevado. É interesante, polo tanto, analizar en que casos e cando existe a posibilidade de evitar a aplicación dunha sanción asumindo que o suxeito que incorreu nela debe ser considerado non culpable. Este traballo, tras unha reconstrución teórica do concepto de culpa, analiza os distintos casos en que o elemento da (non) culpabilidade foi valorado pola xurisprudencia italiana e europea como un factor que exclúe a posibilidade de sancionar unha conduta ilícita desde o punto de vista material.

**Palabras clave:** culpabilidade, infracción administrativa, sancións, autoridades administrativas independentes.

**Riassunto:** L'elemento della colpevolezza appartiene alla struttura dell'illecito amministrativo, non meno di quanto appartenga a quella dell'illecito penale. Molte delle autorità amministrative indipendenti sono chiamate ad applicare sanzioni, il cui grado di afflittività risulta spesso estremamente elevato. Risulta interessante, dunque, capire se e quando vi sia la possibilità di evitare l'applicazione di una sanzione assumendo che il soggetto che l'ha realizzata debba ritenersi non colpevole. Il contributo che segue, dopo una ricostruzione teorica del profilo della colpa, analizza le diverse fattispecie nelle quali l'elemento della (non) colpevolezza è stato valorizzato dalla giurisprudenza italiana ed europea in funzione escludente della possibilità di sanzionare una condotta illecita sul piano materiale.

**Parole chiave:** colpevolezza, illecito amministrativo, sanzioni, autorità amministrative indipendenti.

**Abstract:** The element of guilt belongs to the structure of the administrative offense, no less than it belongs to the criminal one. Many of the agencies apply sanctions, which are often extremely severe. It is interesting, therefore, to understand if and when there is the possibility of avoiding the application of a sanction assuming that the person who committed the offense must be considered not guilty. The following work, after a theoretical reconstruction of the concept of guilt, analyzes the different situations in which the element of (not) guilty has been enhanced by the Italian and European Judge as exclusion factor of a sanction.

**Key words:** culpability, administrative offense, punishment, independent administrative authorities.

**Sommario:** 1 Introduzione. 2 La colpevolezza nella l. n. 689/1981 e nel diritto penale. 3 La personalità della responsabilità e la responsabilità solidale della persona giuridica. 4 La presunzione di colpevolezza nell'interpretazione giurisprudenziale. 5 La colpevolezza come mera consapevolezza della offensività della condotta. 6 L'esimente della buona fede e la relativa prova nella casistica giurisprudenziale. 7 La presunzione di colpevolezza e la personalità della responsabilità nella sentenza del Tribunale di primo grado dell'U.E., sez. I, 13 luglio 2011, n. 39/07. 8 Conclusioni. 9 Bibliografia.

## 1 Introduzione

Il presente contributo indaga una tematica che, ancorché non sia stata adeguatamente approfondita da parte della dottrina amministrativistica, presenta profili di indubbio interesse, e ciò sia per l'Italia, sia per gli altri Paesi, come la Spagna, nei quali operano autorità amministrative indipendenti dotate di potere sanzionatorio. Il requisito della colpevolezza, infatti, assume la stessa rilevanza, ai fini dell'applicazione delle sanzioni di queste autorità, della oggettiva realizzazione della fattispecie di illecito prevista dalla disciplina legale; tuttavia, la scarsa abitudine degli amministrativisti a confrontarsi con gli aspetti "psicologici" che assumono rilevanza per il diritto ha fatto sì che siano mancati, fin ad ora, contributi specificamente dedicati al tema qui affrontato. Sebbene il lavoro che segue sia basato principalmente sul caso italiano, esso non è privo, come si vedrà, di riferimenti alla giurisprudenza europea. Il che fornisce ulteriore dimostrazione del fatto che si tratta di un tema di teoria generale, poco condizionato dalla disciplina di diritto positivo che si rinviene all'interno dei singoli ordinamenti nazionali.

## 2 La colpevolezza nella l. n. 689/1981 e nel diritto penale

La struttura dell'illecito amministrativo – secondo la dottrina più autorevole<sup>1</sup> – è quella di un illecito tipico, antigiusdittico e colpevole. Si tratta di caratteristiche del tutto analoghe a quelle dell'illecito penale, tanto è vero che una ampia parte degli illeciti amministrativi deriva, come è noto, da ipotesi di c.d. depenalizzazione.

Proprio della depenalizzazione si occupa, del resto, la legge di riferimento in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, i cui principi sono costantemente richiamati dalla giurisprudenza amministrativa in materia di sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti: si allude, ovviamente, alla legge n. 689 del 1981, che, nel suo articolo 3, in ordine all'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo, stabilisce quanto segue: «Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. (...) Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa».

Questa disposizione riprende, pressoché pedissequamente, quella di cui all'art. 42, c. 4, del codice penale, secondo cui: «Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa».

---

1 Cfr. PALIERO, C.E. e TRAVI, A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988; CASSETTA, E., "Illecito amministrativo", *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet, Torino, 1993, pp. 10 e ss. Importanti, in materia, sono anche le opere di SANDULLI, M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedurali*, Jovene, Napoli, 1983; TRAVI, A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983; ZANOBINI, G., *Le sanzioni amministrative*, Utet, Torino, 1924.

Tale ultima norma deve, a sua volta, essere interpretata alla luce del primo comma dell'art. 42 c.p., comma 1, secondo cui «Nessuno può essere punito per una azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà».

L'interpretazione di questa disposizione ha impegnato notevolmente la dottrina penalistica. L'affermazione secondo cui la condotta deve essere cosciente e volontaria, infatti, rischia di ingenerare equivoci su cosa il legislatore abbia realmente voluto intendere. Ciò in quanto, nel linguaggio di uso comune, per condotta cosciente e volontaria si è soliti intendere una condotta che il soggetto agente ha consapevolmente tenuto e, per l'appunto, voluto.

Se così fosse, però, la condotta cosciente e volontaria finirebbe per coincidere con il dolo, il che, evidentemente, non può essere.

La migliore dottrina penalistica<sup>2</sup>, pertanto, ha ricostruito questo concetto in termini di *suitas*, cioè nel senso di comportamento che è suscettibile di essere dominato da un impulso della volontà: in questo modo divengono sanzionabili anche condotte che non sono state poste in essere volontariamente dal soggetto, ma che egli avrebbe potuto evitare mantenendo più alta la soglia dell'attenzione.

Quanto al dolo e alla colpa, pure richiamati dall'art. 3 della legge n. 689/1981, essi consistono, come è noto, il primo nella circostanza per cui il soggetto ha preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione la condotta sanzionabile; la seconda, nell'aver agito con negligenza, imprudenza o imperizia (c.d. colpa generica), ovvero nell'aver violato leggi, regolamenti, ordini o discipline (c.d. colpa specifica).

Poste queste basi, deve ora cercarsi una risposta ad alcuni interrogativi che introducono direttamente al tema qui affrontato, cioè quello della colpevolezza nella commissione degli illeciti amministrativi sanzionabili ad opera delle Autorità amministrative indipendenti<sup>3</sup>.

### 3 La personalità della colpa e la responsabilità solidale della persona giuridica

Il primo interrogativo sorge dalla constatazione per cui, normalmente, le sanzioni erogate dalle Autorità amministrative indipendenti hanno come destinatarie persone giuridiche, rappresentate, per lo più, da società di capitali: ci si domanda, conseguentemente, come possa essere ascritta una condotta connotata in termini di coscienza e volontà, dolosa o colposa, a soggetti impersonali, sprovvisti di una psiche alla quale ricondurre simili atteggiamenti.

La legge n. 689 del 1981, all'art. 6, si fa in qualche modo carico di affrontare il problema, prevedendo che «Se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o

<sup>2</sup> V., ad esempio, ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 340 e ss.; MANTOVANI, F., "Colpa", *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, Utet, Torino, 1988, p. 3.

<sup>3</sup> Sul tema del potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti cfr. BANI, E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000. Con specifico riguardo all'Autorità Antitrust, cfr. POLICE, A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007.

l'imprenditore è obbligata in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta».

Questa disposizione, che secondo autorevole dottrina<sup>4</sup> prevede certamente una ipotesi di responsabilità oggettiva, è senz'altro applicabile – almeno teoricamente – anche a tutti gli illeciti suscettibili di sanzione ad opera delle Autorità amministrative indipendenti: ciò è stato confermato anche dal Consiglio di Stato<sup>5</sup>, secondo cui «il Codice del consumo, in relazione alle pratiche commerciali scorrette, configura per questa materia la diretta – e non solidale con chi ha materialmente agito per suo conto: art. 6, terzo comma, l. n. 689 del 1981 – responsabilità della persona giuridica per l'illecito amministrativo. È un'ipotesi eccezionale, perché normalmente si assume che il sistema sanzionatorio di questo genere di illecito, analogamente a quello penale, non ammette una diretta responsabilità della persona giuridica (es. Cass., 30 ottobre 1986, n. 6369; 5 luglio 1997, n. 6055; 30 maggio 2001, n. 7351; 6 luglio 2004, n. 12321; 28 aprile 2006, n. 9880; 13 maggio 2010, n. 11643)».

Dopo questa premessa, il Consiglio di Stato tiene a precisare che «ad evitare indebite disparità di trattamento occorre adattare il riferimento che il ricordato art. 11 (e per riflesso, l'art. 23, undicesimo comma), l. n. 689 del 1981, fa alla personalità dell'autore dell'illecito ai fini della quantificazione della sanzione amministrativa pecuniaria: e questo riferimento, ragionevolmente, consiste anzitutto nel comportamento generale, specie pregresso, dell'impresa in relazione al tipo di illeciti di cui si verte nell'episodio, o analoghi».

Nonostante queste acquisizioni, occorre tuttavia rilevare che, in realtà, è assai raro che la giurisprudenza si ponga nell'ottica di distinguere fra chi ha agito in nome e per conto della società e la società medesima. L'elemento della colpevolezza, come si vedrà, risulta prevalentemente incentrato sulla condotta dell'impresa complessivamente considerata, non su quella di chi ha agito nel suo interesse. Del resto, la stessa giurisprudenza costituzionale ha, in più occasioni, ribadito che «il principio della personalità della pena non ha alcuna attinenza con le sanzioni amministrative»<sup>6</sup>, e comunque la Corte di Cassazione (sez. I, 6 maggio 1991, n. 4995) ha rilevato che la responsabilità solidale dell'ente o dell'impresa resta ferma anche nel caso in cui non sia stato individuato l'autore materiale dell'illecito, non avendo rilevanza l'impossibilità di esperire un'azione di regresso nei confronti di quest'ultimo<sup>7</sup>.

Inoltre, la giurisprudenza ha affermato anche (cfr. Cons. Stato sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 306) che «nella materia delle sanzioni amministrative, deve ritenersi che la previsione in ordine alla responsabilità solidale della persona giuridica, nel caso di violazione commessa da loro rappresentanti o dipendenti (art. 6 comma 3, l. n. 689 del 1981), includa non soltanto i soggetti legati alla persona giuridica o all'ente da un formale rapporto organico ovvero da un rapporto di lavoro subordinato, ma anche tutti i casi in cui i rapporti siano caratterizzati in termini di affidamento o di avvalimento (inteso come attività di cui il committente si giova), a condizione che l'attività dal cui esercizio sia scaturita la condotta sanzionabile sia

---

4 Cfr. CASSETTA, E., "Illecito amministrativo", *cit.*, pp. 10 e ss.

5 Cfr. sentenza della Sez. VI, 27 ottobre 2011, n. 5785.

6 Così Corte cost., sent. n. 159 del 1994 e sent. n. 363 del 1995. Critici, sul punto, si mostrano RIONDATO, S. e ZANCANI, S., "Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative", Cavaleri, P., Dalle, Vedove G. e Duret, P. (dirs.), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Cedam, Padova, 2003, pp. 129 e ss.

7 CERBO, P., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 76 e ss.



comprovatamente riconducibile all’iniziativa del beneficiario nella sua veste di committente (arg. ex Cass., sez. II, 21 dicembre 2009, n. 26927)».

In questi casi, però, più che una ipotesi di responsabilità solidale, dovrebbe esservi, a ben vedere, un’ipotesi di concorso nell’illecito, con conseguente punibilità di tutti coloro che vi hanno preso parte contribuendo alla sua realizzazione, ai sensi dell’art. 5 della l. n. 689/1981.

## 4 La presunzione di colpevolezza nell’interpretazione della giurisprudenza

Per quanto riguarda l’accertamento in sede giurisdizionale della colpa o del dolo, la giurisprudenza è granitica – sebbene, in passato, non siano mancate delle oscillazioni<sup>8</sup> – nell’affermare che la legge n. 689 del 1981 pone una presunzione *juris tantum* in ordine alla sussistenza della colpevolezza una volta che sia stata realizzata la condotta materiale corrispondente alla fattispecie sanzionatoria. Ciò con la conseguenza per cui è il soggetto che impugna la sanzione a dover dimostrare l’assenza dell’elemento soggettivo, allegando circostanze che valgano a provare la sussistenza di un errore scusabile o almeno della buona fede<sup>9</sup>.

In altri termini, la sola realizzazione dell’elemento materiale dell’illecito fa scattare una presunzione di colpevolezza suscettibile di prova contraria.

In particolare, secondo il **Consiglio di Stato**<sup>10</sup>, «in tema di sanzioni amministrative è necessaria e al tempo stesso sufficiente la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa. Ne deriva che l’esimente della buona fede, applicabile anche all’illecito amministrativo disciplinato dalla legge n. 689 del 1981, rileva come causa di esclusione della responsabilità amministrativa solo quando sussistano elementi positivi idonei a ingenerare nell’autore della violazione il convincimento della liceità della sua condotta e risulti che il trasgressore abbia fatto tutto quanto possibile per conformarsi al precetto di legge, onde nessun rimprovero possa essergli mosso».

## 5 La colpevolezza come mera consapevolezza della offensività della condotta

La questione della buona fede, e quindi dell’ignoranza di aver agito in violazione di una regola, torna anche in altre pronunce, ove si afferma che per la realizzazione di un illecito concorrenziale non è necessario aver agito con la consapevolezza di violare le regole, essendo piuttosto sufficiente la consapevolezza circa la idoneità del proprio comportamento a determinare una restrizione del libero gioco della concorrenza<sup>11</sup>. È sufficiente, in altri termini,

8 Cfr. Cass. civ., Sez. I, 23 aprile 1992, n. 4900.

9 Assai critici, al riguardo, appaiono PALIERO, C.E. e TRAVI, A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, cit.

10 V. Sez. VI, 21 giugno 2011, n. 3719.

11 Così CGCE, 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82 e 110/82, IAZ, nonché, a livello di giurisprudenza nazionale, Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

la consapevolezza della offensività del fatto, non già della sua antiggiuridicità<sup>12</sup>. I principi ora esposti trovano conferma nell'interpretazione degli organi della giustizia comunitaria.

È stato più volte affermato dal Tribunale di primo grado dell'U.E., infatti, che «affinché una violazione delle regole di concorrenza possa considerarsi intenzionalmente commessa, non è necessario che l'impresa abbia avuto consapevolezza di contravvenire a dette regole; piuttosto, dimostrandosi sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva per oggetto di restringere la concorrenza nel mercato comune»<sup>13</sup>.

Ora, è evidente che – se si pone mente alla gran parte delle sanzioni erogate dalle Autorità amministrative indipendenti – prima fra tutte l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, le fattispecie materiali della condotta illecita appaiono sovente molto poco tipizzate: prova ne sia che si utilizzano concetti giuridici indeterminati quali «intesa restrittiva della concorrenza», «abuso di posizione dominante», «pubblicità ingannevole», «pratica commerciale scorretta». Sono tutte ipotesi in cui la condotta materiale dell'illecito può assumere le forme più disparate: in un simile contesto, forse l'elemento soggettivo potrebbe effettivamente essere valorizzato come valvola di sicurezza, per recuperare quello che, in termini di garanzia, si perde sul piano della indeterminatezza della fattispecie.

Questo però non sembra avvenire se non in casi eccezionali, dove effettivamente l'impresa sottoposta a sanzione è riuscita a dimostrare la propria incolpevolezza e ad evitare, così, di essere sanzionata.

## 6 L'esimente della buona fede e la relativa prova nella casistica giurisprudenziale

Occorre premettere che la regola della buona fede viene interpretata dalla giurisprudenza nel senso che, per potervi essere errore sulla liceità della condotta, non è sufficiente una mera percezione in tal senso dell'agente, ma occorre un elemento positivo, estraneo all'autore dell'infrazione, che sia stato idoneo ad ingenerare in lui la convinzione della liceità della sua condotta.

Ciò è accaduto, ad esempio, in un caso molto importante, quello risolto dalla nota sentenza Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2006, n. 1271, che ha riguardato plurime fattispecie di abuso di posizione dominante imputate a Telecom Italia, con conseguente applicazione di una sanzione da 76 milioni di euro a carico di tale società.

In questa sentenza è stato affrontato il problema del riparto di competenze fra Autorità garante delle comunicazioni e Autorità garante della concorrenza e del mercato in relazione al mercato dei servizi di telefonia, il quale è sottoposto alla potestà regolatoria dell'Agcom.

Il Consiglio di Stato ha affermato che la circostanza per cui tale mercato è sottoposto alla vigilanza e alla regolazione dell'Agcom non esclude la competenza generale dell'Agcm, ma,

---

12 Cfr. GIOVAGNOLI, R. e FRATINI, M., *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrina e giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 67 e ss., e pp. 1193 e ss.

13 Cfr. sentenze del Tribunale 2 luglio 1992, causa T-61/89, *Dansk Pelsdyravlterforening*/Commissione, punto 157 e 14 maggio 1998, causa T-347/94, *Mayr-Melnhof*/Commissione, punto 375).

in base al diritto positivo, implica soltanto che l'Agcm, quando vi interviene, debba acquisire il parere, obbligatorio ma non vincolante, dell'Agcom.

Ad ogni modo, fra i vari abusi contestati a Telecom vi era quello di aver inserito all'interno delle offerte contrattuali indirizzate alla clientela *business* delle clausole abusive, in quanto finalizzate ad escludere altri operatori e a fidelizzare la clientela.

Queste clausole, di cui il Consiglio di Stato ha accertato, confermando la valutazione dell'Agcm, il carattere abusivo, erano state tuttavia autorizzate, nell'esercizio della propria funzione di vigilanza e di regolazione, dall'Agcom.

Ebbene, mentre l'Agcm non aveva riconosciuto alcuna importanza a questa circostanza, il Consiglio di Stato, al contrario, l'ha ampiamente valorizzata, riconoscendo che «l'Agcm doveva considerare l'incidenza dell'autorizzazione in ordine all'elemento soggettivo dell'abuso e alla gravità di esso. Pertanto, avrebbe dovuto ritenere che l'intervenuta autorizzazione escludesse il carattere doloso della condotta e la gravità di essa, e dunque comminare solo la sanzione della diffida, e non anche quella pecuniaria».

Nell'ambito di questa sentenza ne viene citata un'altra molto significativa, quella della Corte di Giustizia 9 settembre 2003, C-198/2001, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Agcm*, la quale non è sfuggita all'attenzione della dottrina<sup>14</sup>. In essa il giudice comunitario ha affermato che, in presenza di una normativa nazionale che impone alle imprese comportamenti anticoncorrenziali – nella fattispecie si trattava della normativa italiana che aveva istituito una forma di monopolio nel settore della produzione dei fiammiferi, con la creazione di un Consorzio al quale dovevano obbligatoriamente aderire le imprese produttrici, le quali si ripartivano poi le quote della produzione –, che si pongono in contrasto con gli articoli 81 e ss. del Trattato, l'Autorità per la concorrenza nazionale, se, da un lato, è tenuta a disapplicare questa normativa per contrasto con il diritto comunitario, tuttavia, dall'altro, non può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi; può infliggere sanzioni alle imprese interessate solo per i loro comportamenti successivi alla decisione di disapplicare tale normativa nazionale, una volta che quella decisione sia diventata definitiva nei loro confronti; ancora, può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati da quella normativa nazionale, pur tenendo in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito.

In sostanza, dunque, quando la normativa nazionale abbia imposto una condotta anticoncorrenziale, non possono essere inflitte sanzioni alle imprese che hanno tenuto una simile condotta, per esigenze legate alla certezza del diritto e alla necessità di evitare forme di responsabilità oggettiva delle imprese medesime.

Si badi che queste affermazioni della Corte di Giustizia si inscrivono all'interno di una cornice giurisprudenziale che non sembra del tutto chiara in ordine ai profili della colpevolezza nell'applicazione delle sanzioni amministrative: si consideri, in particolare, che nella sentenza 11 luglio 2002, C-210/00, la Corte ha affermato che solo alle sanzioni penali è applicabile il principio «*Nulla poena sine culpa*» codificato nell'art. 6, par. 2, della Convenzione europea

14 Ne sono prova i commenti di CASSESE, S., "Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11, 2003, pp. 1132 e ss.; LIBERTINI, M., "La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11, 2003, pp. 1135 e ss.; e NAPOLITANO, G., "Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11, 2003, pp. 1138 e ss.

dei diritti dell'uomo. Tuttavia, per sanzioni penali la Corte di Giustizia non intende quelle che all'interno del nostro ordinamento si considerano tali: è noto che in Italia si adotta un criterio formale per distinguere le sanzioni penali, giacché esse sono rappresentate dalla reclusione, dalla multa, dall'arresto e dall'ammenda. Il concetto di sanzione penale adottato dalla Corte di Giustizia guarda, invece, allo scopo della sanzione stessa: se lo scopo è quello di reprimere una condotta rispetto alla quale deve essere espresso un giudizio di biasimo etico-sociale, quella è una sanzione penale.

Ad ogni modo, la Corte si preoccupa di precisare che una sanzione, anche di carattere non penale, può essere inflitta solo qualora abbia un fondamento giuridico chiaro ed inequivocabile. Peraltro, secondo giurisprudenza costante, le disposizioni di diritto comunitario devono essere conformi al principio di proporzionalità.

Una pronuncia interessante, nella quale è stata esclusa la colpevolezza dell'impresa sanzionata, è anche quella del Consiglio di Stato, sez. VI, 9 maggio 2011, n. 2742, nella quale il giudice amministrativo si è trovato ad esaminare una ipotesi di ritardo nella dismissione di un ramo d'azienda prescritta dall'Antitrust come condizione per autorizzare una concentrazione.

In questo caso, il giudice amministrativo, dopo aver ricordato che, in linea di diritto, in tema di sanzioni amministrative pecuniarie irrogate ex art. 19, l. 10 ottobre 1990, n. 287 – per operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'art. 18, c. 1, o per inottemperanza alle prescrizioni adottate dall'Agcm ai sensi dell'art. 18, c. 3, necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva e a eliminare gli effetti distorsivi –, la disposizione normativa di cui al citato art. 19, individuando delle fattispecie tipizzate incentrate sulla mera condotta secondo un criterio di agire o di omettere doveroso, ancora il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, con la conseguenza che, una volta integrata e provata dall'Autorità la fattispecie tipica dell'illecito, graverà sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa che permea il sistema della responsabilità da illecito amministrativo, l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza, afferma che «[t]ale regola di distribuzione dell'onere probatorio resta avvalorata, sul piano sistematico, sia dall'applicazione dei principi in tema di ricostruzione/analisi degli elementi (costitutivi, impeditivi, modificativi e/o estintivi) della fattispecie di diritto sostanziale dedotta in giudizio (integrando, invero, la scusante escludente la colpevolezza un fatto impeditivo della pretesa sanzionatoria dell'Autorità), sia dall'applicazione del criterio della vicinanza della prova alla parte che ne è onerata (rientrando, di norma, gli elementi di fatto fondanti l'esimente in esame, unitamente alle relative fonti di prova, nella sfera di conoscenza/disponibilità dello stesso trasgressore)».

Alla luce di questi principi, in caso di ritardo nell'adempimento alle prescrizioni dell'Autorità, l'impresa imputata dell'illecito antitrust dovrà, in particolare, provare in modo pieno e rigoroso: *i)* di aver adottato tutte le misure esigibili secondo la miglior scienza ed esperienza da un operatore di mercato del settore, idonee ad ottemperare, nel termine prefissato, alla prescrizione dell'Autorità medesima; *ii)* di non aver potuto prevenire, secondo lo stesso metro di giudizio, il ritardo nell'adempimento, imputabile a fattori imprevedibili e inevitabili estranei alla sua sfera di responsabilità (ad es., imprevedibili sviluppi del mercato, comportamenti di terzi, ecc.).

Ciò posto, osserva il Consiglio di Stato che «qualora la prescrizione dell'Autorità abbia ad oggetto la dismissione di un ramo d'azienda o di un'impresa intera [...] entro un termine

prestabilito, a condizioni economiche tali che permettano la continuazione dell'esercizio dell'impresa (da dismettere) in condizioni concorrenziali, l'eventuale violazione del termine dovrà essere valutata *cum grano salis* e con una certa flessibilità, in quanto la sua pendenza può fungere essa stessa da elemento incidente in senso distorsivo sui rapporti di forza contrattuale intercorrenti tra impresa tenuta alla dismissione e potenziali acquirenti, i quali, in prossimità della scadenza del termine, saranno portati *naturaliter* a speculare sullo "stato di soggezione" in cui si trova ad agire l'impresa obbligata alla cessione, onde dettare, da una tendenziale posizione di forza contrattuale, condizioni d'acquisto a sé favorevoli».

In questa fattispecie, il Consiglio di Stato ha effettivamente escluso la colpevolezza dell'impresa, avendo essa dimostrato che il ritardo di circa sei mesi nell'adempimento delle prescrizioni imposte dall'Autorità era stato determinato da circostanze imprevedibili e ad essa estranee, rispetto alle quali non poteva muoversi nei suoi confronti alcun tipo di rimprovero. Tali sono state considerate, tra le altre, la difficoltà di reperire acquirenti a motivo delle criticità connotanti l'assetto economico-finanziario dell'impresa; l'esigenza di provvedere al rifinanziamento/ripianamento/ristrutturazione dell'assetto finanziario/economico/aziendale dell'impresa stessa, con esborso di notevoli mezzi finanziari; il fallimento delle trattative contrattuali avviate con terzi interessati all'acquisizione, nell'imminenza della scadenza del termine stabilito dall'Autorità, a motivo della formulazione di condizioni contrattuali inaccettabili ad opera dei potenziali acquirenti; l'imprevedibile sviluppo del mercato delle materie prime proprio nelle fasi più delicate di negoziazione, caratterizzato da un aumento anomalo dei prezzi cui conseguiva un correlativo abbattimento della redditività e del margine di profitto delle imprese attive nel settore.

Questa sentenza dimostra come le decisioni dell'Autorità *antitrust* – pur teleologicamente orientate ad evitare o a sanzionare alterazioni della concorrenza – possano costituire esse stesse fonte di una distorsione del mercato, nella misura in cui si mostrano idonee ad incidere sui rapporti di forza intercorrenti fra le imprese che vi operano. Il principio di colpevolezza, in questi casi, può essere utilizzato come un fattore di riequilibrio dell'alterazione determinata, ponendo l'impresa al riparo dalle indebite pressioni che su di essa possono essere esercitate dalle sue concorrenti.

## 7 La presunzione di colpevolezza e la personalità della responsabilità nella sentenza del Tribunale di primo grado dell'U.E., Sez. I, 13 luglio 2011, n. 39/07

Molto interessante, per i principi che vengono affermati in ordine alla personalità e alla colpevolezza della responsabilità delle imprese che si rendono responsabili di condotte lesive della concorrenza, è anche la sentenza del Tribunale di primo grado dell'U.E. Sez. I, Sent., 13-07-2011, n. 39/07, nella quale il giudice comunitario ha affrontato la problematica dell'applicazione delle sanzioni con riferimento ai gruppi di impresa, nella fattispecie ENI s.p.a. ed una sua controllata al 100 per cento. In particolare, il nodo centrale della questione esaminata è se la società controllante possa essere ritenuta solidalmente responsabile per gli illeciti concorrenziali imputabili all'impresa controllata.

Secondo la difesa di ENI, non esisterebbe una presunzione secondo cui una società controllante la totalità del capitale della sua controllata eserciti un'influenza determinante sul suo

Regap



ESTUDOS

comportamento. Il Tribunale di primo grado, però, smentisce questa affermazione, rilevando che il diritto comunitario in materia di concorrenza riguarda le attività delle imprese e che «la nozione di impresa abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico del soggetto stesso e dalle sue modalità di finanziamento». In altri termini, la nozione di impresa deve essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche.

Corollario di ciò – secondo il Tribunale – è che «il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche. Infatti, ciò si verifica perché, in tale situazione, la società controllante e la propria controllata fanno parte di una stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa». Così, prosegue il giudice europeo, «il fatto che una società controllante e la propria controllata costituiscano una sola impresa consente alla Commissione di emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante, senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima nell'infrazione».

Per questi motivi, riguardo al caso particolare in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata che abbia infranto le norme comunitarie in materia di concorrenza, «esiste una presunzione relativa secondo cui detta società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata». Alla luce di queste considerazioni, il Tribunale ritiene sufficiente che la Commissione provi che l'intero capitale di una controllata sia detenuto dalla controllante per poter presumere che quest'ultima eserciti un'influenza determinante sulla politica commerciale della controllata. La Commissione potrà poi ritenere la società controllante solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla propria controllata, a meno che tale società controllante, cui incombe l'onere di confutare tale presunzione, «non fornisca sufficienti elementi di prova idonei a dimostrare che la propria controllata si comporta in maniera autonoma sul mercato».

La conclusione del Tribunale di primo grado, dunque, è nel senso che esiste, contrariamente a quanto affermato dall'ENI, una presunzione relativa secondo cui una società controllante che detenga il 100% del capitale della propria controllata esercita un'influenza determinante sul suo comportamento.

## 8 Conclusioni

L'analisi sin qui svolta dimostra come l'elemento della colpevolezza possa svolgere un ruolo determinante nell'ambito del procedimento sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti. Anche se normalmente la realizzazione della fattispecie materiale di un illecito risulta sufficiente ad integrare i presupposti per l'applicazione della relativa sanzione, tuttavia l'operatore economico può dimostrare che la commissione di quella condotta non gli può essere rimproverata, ostandovi la sussistenza di elementi "scusanti". Tra questi, può esservi un quadro normativo particolarmente complesso o contraddittorio, ovvero l'affidamento riposto su indicazioni provenienti da altre amministrazioni, nonché, ancora, l'inesigibilità di

una condotta diversa, ricollegabile a situazioni di forza maggiore. La giurisprudenza nazionale italiana ha applicato con estrema parsimonia le cause di esclusione della colpevolezza, mentre la giurisprudenza europea ha chiarito che la sussistenza della colpa risiede nella mera consapevolezza della offensività della condotta, senza che sia necessaria anche la conoscenza della sua anti giuridicità. Fedele al suo approccio sostanzialistico, inoltre, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha anche chiarito che la condotta illecita di una società interamente controllata è, in linea di principio, imputabile anche alla sfera soggettiva della controllante, salva la prova contraria in ordine al reale grado di autonomia con la quale la prima opera sul mercato.

Ne emerge un quadro nel quale l'elemento della colpevolezza viene relegato a "valvola di sicurezza" del sistema, da impiegare in tutti quei casi in cui l'applicazione della sanzione risulterebbe caratterizzata da sostanziale ingiustizia. Non è quindi azzardato sostenere che il principio della non colpevolezza, tipico elemento di carattere soggettivo, finisca per tradursi in una sorta di clausola generale di equità, rilevante sul piano oggettivo del rapporto tra azione e sanzione.

## 9 Bibliografia

- ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003.
- BANI, E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000.
- CASSETTA, E., "Illecito amministrativo", *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet, Torino, 1993.
- CASSESE, S., "Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11, 2003.
- CERBO, P., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1999.
- GIOVAGNOLI, R. e FRATINI, M., *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrina e giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2009.
- LIBERTINI, M., "La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11, 2003.
- MANTOVANI, F., "Colpa", *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, Utet, Torino, 1988.
- NAPOLITANO, G., "Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11, 2003.
- PALIERO, C.E. e TRAVI, A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988.
- POLICE, A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007.
- RIONDATO, S. e ZANCANI, S., "Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative", Cavaleri, P., Dalle, Vedove G. e Duret, P. (dirs), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Cedam, Padova, 2003.

SANDULLI, M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedimentali*, Jovene, Napoli, 1983.

TRAVI, A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983.

ZANOBINI, G., *Le sanzioni amministrative*, Utet, Torino, 1924



# Regap

Notas

2



# O principio de seguridade xurídica e a aplicación retroactiva da xurisprudencia contencioso-administrativa

El principio de seguridad jurídica y la aplicación retroactiva de la jurisprudencia contencioso-administrativa

The principle of legal certainty and the retroactive application of contentious-administrative case-law

51 Regap

CARLOS ABAL LOURIDO

Avogado (Galicia, España)

carlos.abal@abalabogados.com

Recibido: 09/12/2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



NOTAS

**Resumo:** Fronte ao principio xeral de que os cambios de criterio xurisprudencial sobre a interpretación das normas son aplicables a todas as situacións xurídicas que se produzan durante a súa vixencia, mesmo ás nadas con anterioridade aos ditos cambios, debería admitirse que existen supostos en que a eficacia das sentenzas debe ser unicamente prospectiva, singularmente cando versan sobre o exercicio de potestades sancionadoras, desfavorables para os cidadáns ou restritivas de dereitos individuais.

**Palabras clave:** xurisprudencia, seguridade xurídica, retroactividade.

**Resumen:** Frente al principio general de que los cambios de criterio xurisprudencial sobre la interpretación de las normas son aplicables a todas las situaciones jurídicas que se produzcan durante su vigencia, incluso a las nacidas con anterioridad a dichos cambios, debería admitirse que existen supuestos en que la eficacia de las sentencias debe ser únicamente prospectiva, singularmente cuando versan sobre el ejercicio de potestades sancionadoras, desfavorables para los ciudadanos o restrictivas de derechos individuales.

**Palabras clave:** jurisprudencia, seguridad jurídica, retroactividad.

**Abstract:** Facing the general principle that changes in the criterion laid down in the case-law regarding the interpretation of legal norms, are applicable to all legal situations occurring during their validity, including those originated prior to such changes, it is conceded that there are cases where the effect given to the judgments should be prospective only, particularly when dealing with the exercise of powers to impose sanctions, unfavourable for citizens, or limit individual rights.

**Key words:** case-law, legal certainty, retroactivity.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 O principio de seguridade xurídica. 3 A unificación da xurisprudencia a través do recurso de casación. 4 Os cambios de criterio xurisprudenciais. 5 A aplicación retroactiva dos cambios de criterio na xurisprudencia. 6 O interesante caso da Sentenza do Pleno do TC 7/2015 do 22 de xaneiro. 7 Conclusións. 8 Bibliografía.

## 1 Introducción

A maioría das situacións xurídicas encerran un conflito entre os principios de seguridade xurídica e de xustiza.

Nas solucións que o ordenamento xurídico dá para a resolución dos ditos conflitos unhas veces primanse as exixencias do primeiro e outras as do segundo. O ideal sería acadar un razoable equilibrio entre ambos os dous, aínda que a miúdo non é doado decantarse pola primacía dun ou outro.

Pero unha das materias en que a seguridade xurídica constitúe un factor clave é a relativa á aplicación dos criterios xurisprudenciais de interpretación das normas: para os cidadáns resulta esencial ter a certeza de que as regras de xogo non se van cambiar a metade de litixio, a menos, claro está, que lle resulten máis favorables. Isto é unha exixencia básica do principio de seguridade xurídica.

Acontece, non obstante, que con frecuencia os tribunais cambian de criterio neste aspecto, moitas veces a peor –polo menos desde a perspectiva do cidadán– e aplican os novos criterios, de forma retroactiva, a situacións xurdidas ao abeiro de criterios anteriores máis favorables.

Na medida en que a xurisprudencia non ten eficacia normativa, non é unha fonte do dereito, senón que só o complementa; veuse negando tradicionalmente por parte da xurisprudencia a imposibilidade de evitar que os cambios de criterio poidan deixar de ser aplicados a situacións xurídicas nadas ou consolidadas ao abeiro das interpretacións xudiciais anteriores sobre as normas aplicables.

Non obstante, e fronte a tal principio xeral, algúns autores avogan por entender que en determinados supostos, e precisamente a prol do principio de seguridade xurídica, a xurisprudencia debe ter exclusivamente eficacia prospectiva, sen que poidan aplicarse cambios de criterio xurisprudencial *in peius*.

Un dos supostos en que con máis intensidade se percibe esta necesidade é, sen dúbida, cando o que está en xogo é a aplicación de potestades sancionadoras ou susceptibles de lles produciren efectos desfavorables aos cidadáns. Nestes casos os cambios de criterio na xurisprudencia non deberían ter carácter retroactivo, senón só prospectivo, a menos, claro está, que fosen máis favorables ao cidadán. Este artigo trata, precisamente, de abundar nesta idea.

## 2 O principio de seguridade xurídica

Os principios xerais do dereito –en expresión célebre, acuñada en diversas sentenzas do Tribunal Supremo dos anos 90, das que foi relator don Javier Delgado Barrio– “son a atmosfera en que se desenvolve a vida xurídica, o oxíxeno que respiran as normas”<sup>1</sup>.

E de entre estes principios xerais destaca o de seguridade xurídica, que adoita definirse como a certeza do dereito, tanto no ámbito da súa publicidade como na súa aplicación, que expresa a seguridade de que se coñeza, ou poida coñecerse, o previsto como prohibido, ordenado ou permitido polo poder público.

---

1 Entre moitas outras, Sentenza do Tribunal Supremo do 16 de maio de 1990 (EDX 1990/5139).

É un principio xeral que en España foi elevado a rango constitucional no artigo 9.3 da Constitución, e do que, nunha data tan temperá como 1981, o Tribunal Constitucional chegou a dicir que constitúe a suma equilibrada do resto dos principios que se enumeran nese mesmo artigo (“certeza e legalidade, xerarquía e publicidade normativa, irretroactividade do non favorable, interdicción da arbitrariedade”) que permite promover, na orde xurídica, a xustiza e a igualdade en liberdade<sup>2</sup>.

Máis recentemente, o Tribunal Constitucional, na súa STC 234/2012, do 13 de decembro, con cita da STC 136/2011, do 13 de setembro, sinalou que o principio de seguridade xurídica debe entenderse como «a certeza sobre o ordenamento xurídico aplicable e os intereses xuridicamente tutelados (STC 15/1986, do 31 de xaneiro) e como a expectativa razoablemente fundada do cidadán en cal debe ser a actuación na aplicación do dereito (STC 37/1991, do 14 de febreiro)<sup>3</sup>».

En relación coa actividade xurisdiccional, o principio de seguridade xurídica descansa, en xeral, sobre a base da vinculación dos xuíces e tribunais cos precedentes conformados polas decisións adoptadas á hora de resolver casos análogos, que é, precisamente, o que coñecemos como xurisprudencia.

A lei non enumera a xurisprudencia entre as fontes do dereito, aínda que si sinala que ten por misión complementar o ordenamento xurídico (artigo 1 Cc).

A aplicación práctica do principio de seguridade xurídica na actividade xurisdiccional alcanza a súa máxima expresión na institución da cousa xulgada, recollida no artigo 222 da LAC, que exclúe un ulterior proceso cuxo obxecto sexa idéntico ao do proceso en que aquela se produciu (cfr. artigo 222.1 LAC) e que vincula os tribunais ao xa resolto con forza de cousa xulgada nas sentenzas firmes que puxeran fin a procesos anteriores que constituía un antecedente lóxico do que sexa o seu obxecto, e sempre que os litigantes de ambos os dous procesos sexan os mesmos ou a cousa xulgada se estenda a eles por disposición legal (cfr. artigo 222.4 LAC).

O principio de seguridade xurídica na aplicación do dereito exige que, ante a formulación de problemas semellantes, as respostas xudiciais sexan igualmente parecidas. A dificultade que existe para iso é que, debido ao principio de independencia xudicial (artigo 117.1 da Constitución), os diferentes órganos da Administración de Xustiza, unipersoais e colexiados, despregados ao longo e ancho do territorio nacional, non actúan de forma coordinada, e polo tanto poden ter, e de feito teñen na práctica, respostas non coincidentes sobre as mesmas cuestións.

Ademais, os mesmos xulgados e tribunais poden ir cambiando de criterio ao longo do tempo, e é lóxico e mesmo desexable que así sexa: dun lado, porque os tribunais non teñen por que conformarse con asumir os postulados establecidos por outros, senón que poden apartarse deles razoándoo debidamente; e doutro porque a xurisprudencia debe ser algo vivo e debe evolucionar xunto coa realidade social –o propio artigo 3.1. Cc di que as normas se deben interpretar de acordo coa realidade social do tempo en que han de ser aplicadas–, buscando

<sup>2</sup> STC 27/1981, do 20 de xullo.

<sup>3</sup> STC 37/91, do 14 febreiro, fundamento xurídico 5 (EDX 1991/1563).

en todo momento a interpretación da norma que resulte máis xusta. E non cabe evolución, como é lóxico, sen a ruptura cos precedentes xurisprudenciais, tanto propios como alleos.

E aquí está o conflito, que latexa case sempre en calquera situación xurídica, entre o principio de xustiza, que os xulgados e tribunais deben intentar satisfacer ao resolver as concretas controversias xurídicas que se lles formulan, e o principio de seguridade xurídica que exige, en principio, esa identidade de respostas xudiciais ante as mesmas situacións.

De aí que sexa necesario, a prol do principio de seguridade xurídica, uniformizar os criterios aplicables por xulgados e tribunais.

### 3 A unificación da xurisprudencia a través do recurso de casación

A tarefa de uniformizar a xurisprudencia correspóndelle, precisamente, ao Tribunal Supremo, a través do recurso de casación, que ten por finalidade revisar a aplicación do dereito, tanto substantivo como procesual, que realizan os tribunais de inferior grao, e depurar os criterios interpretativos das normas, establecendo, se é o caso, a interpretación que resulte correcta.

A vixente lei da xurisdición contencioso-administrativa de 1998, que, a pesar de ser derrogada neste aspecto pola Lei orgánica 7/2015, pero que aínda estará en vigor ata o 22 de xullo de 2016<sup>4</sup>, recolle a modalidade do recurso de casación en interese da lei, como xa o facía a súa antecesora, a Lei do 27 de decembro de 1956<sup>5</sup>, e tamén o recurso de casación para a unificación de doutrina.

Ambos os dous recursos responden a supostos diversos pero, aínda baixo criterios e circunstancias distintas, teñen por obxecto en último termo a busca desa necesaria uniformidade da xurisprudencia que demandan as exixencias do principio de seguridade xurídica.

E así di a lei aínda vixente que a sentenza que se dite nos recursos de casación en interese da lei, “cando sexa estimatoria fixará na decisión a doutrina legal. Neste caso publicarase no *Boletín Oficial del Estado* e a partir da súa inserción nel vinculará todos os xuíces e tribunais inferiores en grao desta orde xurisdicional” (cfr. artigo 100.7 LXCA).

A reforma operada pola Lei orgánica 7/2015<sup>6</sup> suprime tanto a modalidade do recurso de casación en interese da lei como tamén o recurso de casación para unificación de doutrina que, dalgún xeito, vén subsumir na única modalidade unificada que se crea de recurso de casación, e que cabe só por infraccións do ordenamento xurídico, iso si, tanto por motivos procesuais como substantivos, sempre que exista, a xuízo do tribunal ao que lle corresponde coñecer deste recurso, interese casacional, que é o elemento que se erixe no presuposto básico de admisibilidade do recurso e que se presume que concorre, entre

---

4 Véxase a disposición derradeira décima da LO 7/2015.

5 Véxase o artigo 101 da derrogada Lei do 27 de decembro de 1956, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (BOE do 28 de decembro de 1956).

6 Lei orgánica 7/2015, do 21 de xullo, pola que se modifica a Lei orgánica 6/85, do 1 de xullo, do poder xudicial.

outros supostos, cando a sentenza se aparta deliberadamente da xurisprudencia existente para casos similares.

E ademais, o recurso de casación caberá non só, como ata agora, contra as sentenzas ditadas en única instancia polos tribunais superiores de xustiza e a Audiencia Nacional, senón mesmo contra sentenzas ditadas en única instancia polos xulgados do contencioso-administrativo<sup>7</sup> e polas que resolvan os recursos de apelación, o que resulta moi positivo, xa que vai permitir que o Tribunal Supremo realice o seu labor hermenéutico tamén en relación con asuntos que ata agora estaban excluídos do seu coñecemento.

E, aínda que a nova regulación do recurso de casación non define a creación da doutrina legal nos mesmos termos en que o fai a lei aínda vixente, isto é, coas exixencias de publicidade e vinculación dos xuíces e tribunais inferiores, si establece que a sentenza que se dite ao resolver os recursos de casación deberá fixar a interpretación da norma que proceda, e que a dita interpretación poderá ser alegada como fundamento de posteriores recursos de casación cando se aparten dela as resolucións xudiciais que diten os xulgados e tribunais de inferior grao.

No anteproxecto de reforma da LOPX prevíase (disposición derradeira cuarta) a creación dun recurso extraordinario de casación para unificación de doutrina, co que se mantivo moi crítico o CXPX no seu informe a ese anteproxecto, e que finalmente foi abandonado, polo menos de momento<sup>8</sup>.

Suponse que a reforma legal recentemente aprobada pretende facilitar a formación de xurisprudencia aplicable en todo o territorio nacional e reforzar o recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar a uniformidade na aplicación xudicial do dereito. Iso, polo menos, é o que expresa o propio preámbulo da lei.

Por iso, aínda que a regulación da LO 7/2015 sexa distinta, os principios que a orientan, no que se refire á reserva da tarefa hermenéutica ao Tribunal Supremo, son os mesmos que na lexislación que se derroga.

E en relación con ela dicía don Gonzalo Moliner Tamborero, presidente do Tribunal Supremo e do CXPX, nun coñecido artigo<sup>9</sup>, que a doutrina legal establecida nos recursos de casación en interese da lei ten un carácter cuasi-lexislativo, xa que vén encher unha lagoa do ordenamento, a súa eficacia pende da súa publicación no *Boletín Oficial del Estado*, e resulta vinculante para os xuíces e tribunais de inferior grao, como expresamente sinala o artigo 100.7 LXCA.

Engadía ademais que, en canto que calquera sentenza aplicativa dunha norma constitúe en si mesma unha “pequena novidade adherida a aquela” ou “unha determinada interpretación desta”, ha de converterse en que estas sentenzas teñen un carácter “quasi normativo”, pois complementan o texto da norma, pasando, dalgún xeito, a formar parte dela.

Outros autores –algúns moi críticos, por certo, coa regulación do recurso de casación en interese da lei– defenderon, mesmo, que a doutrina legal definida polo Tribunal Supremo a

7 As de contía inferior a 30.000 euros.

8 Pode consultarse o texto do informe do CXPX ao anteproxecto na páxina web do Consello ([www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)).

9 MOLINER TAMBORERO, G., “Fuerza vinculante de las sentencias de casación. Referencia especial a las dictadas en unificación de doctrina”, maxistrado presidente da Sala Cuarta do Tribunal Supremo. *Revista del Poder Judicial*, n.º 93, decembro 2012.

través destes recursos ten un carácter claramente normativo, como é o caso do catedrático de dereito administrativo da Universidade Complutense de Madrid D. Juan Alfonso Santamaría Pastor, cando sinala que «o lexislador lle confire ao Tribunal Supremo un auténtico poder normativo, ao permitirlle declarar, con carácter vinculante, cál sexa a única interpretación correcta dunha norma; e tal declaración, véxase como se vexa, constitúe unha auténtica norma xurídica, que complementa o texto literal da disposición obxecto do proceso»<sup>10</sup>. Tamén pode citarse entre eles o profesor de dereito administrativo da Universidade de Valencia Dr. D. Gabriel Doménech Pascual<sup>11</sup>.

E certamente así é, xa que estas sentenzas que crean doutrina legal posúen a mesma forza de lei que a norma interpretada ten recoñecida, e en tal sentido a vinculación que nelas se establece é máxima, xa que unha vez publicadas pasan a ter o recoñecemento máis intenso que en materia de seguridade xurídica se pode ofrecer, en canto que os demais xuíces e tribunais da mesma orde xurisdiccional só se poderán afastar delas cun planeamento previo da cuestión de inconstitucionalidade –aínda que, está claro, non contra a sentenza, senón contra a norma que interpreta, como dixo o TC na súa Sentenza 37/12 (BOE 12.04.12)–, que é, precisamente, o mesmo réxime que o ordenamento xurídico ten establecido para que os xulgados e tribunais poidan deixar de aplicar unha norma legal, conforme as previsións contidas nos artigos 163 CE, artigos 35 e 36 LOTC e artigo 5.2 LOPX.

Xa non acontecerá o mesmo, no futuro, co recurso de casación que se regula na reforma operada pola Lei orgánica 7/2015, xa que nin existirá o recurso de casación en interese da lei, nin as sentenzas resolutorias de recursos de casación deben ser publicadas no BOE, nin se di expresamente que resulten vinculantes para os xuíces e tribunais de inferior grao, o que probablemente sexa considerado como algo positivo polos que vían en tal regulación do artigo 100.7 LXCA un ataque ao principio de independencia xudicial consagrado no artigo 117.1 da Constitución, que non obstante fora xa descartada polo Tribunal Constitucional<sup>12</sup>.

## 4 Os cambios de criterio xurisprudenciais

Aínda que, como antes se dixo, a partir de agora os xulgados e tribunais da orde xurisdiccional contencioso-administrativa non estean obrigados a seguir a doutrina legal establecida polo Tribunal Supremo, senón que poderán apartarse dela, razoándoo debidamente, nótese que o que motiva obxectivamente o recurso de casación non é o mero afastamento polos xuíces e maxistrados da doutrina do Tribunal Supremo –por ignorancia, equivocación ou despiste–, senón o afastamento deliberado e consciente por considerar errónea a súa doutrina<sup>13</sup>. A ningún lle escapa que na inmensa maioría das ocasións, á hora de ditar sentenza, os xulgados e tribunais asumirán case sempre os postulados establecidos polo Tribunal Supremo de forma acrítica, maquina e automática, e probablemente serán moi poucas as ocasións en que terán o tempo, os argumentos, a motivación e, por que non dicilo, a valentía suficiente como para

10 SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Iustel, Madrid, 2010.

11 Paga a pena ler o excelente traballo de DOMÉNECH PASCUAL, G., “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley”, ([www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/262229/349413](http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/262229/349413)).

12 Véxase a Sentenza TC 37/12, na que se rexeita a inconstitucionalidade formulada por un Xulgado de Elxe en relación co artigo 100.7 LXCA, por entendela contraria ao principio de independencia xudicial.

13 Véxase o artigo 88.3.b LXCA, na redacción dada pola Lei orgánica 7/2015.



razoar unha determinada postura contraria á interpretación establecida polo dito tribunal. Tamén, hai que recoñecelo, pola especial *auctoritas* de que goza a súa xurisprudencia.

Acontece, non obstante, que a xurisprudencia –incluída a do Tribunal Supremo– non sempre é uniforme e, unhas veces, tras anos de interpretacións asumidas polos diferentes tribunais, o Tribunal Supremo acaba establecendo un criterio específico en sentido distinto ao establecido por tribunais de inferior grao. Outras veces, o propio Tribunal Supremo cambia bruscamente de criterio e rectifica a súa propia doutrina.

En todas estas situacións, especialmente nas segundas, como logo se verá, formúlanse conflitos entre os principios de seguridade xurídica e de xustiza.

Existen numerosos exemplos dunhas e outras.

Así aconteceu, por exemplo, en relación cos efectos do silencio administrativo na solicitude de licenzas. Tras a diversidade de opinións e pronunciamentos xudiciais ao respecto, o Tribunal Supremo acabou fixando doutrina legal na súa Sentenza do 28 de xaneiro de 2009 (BOE 30.03.09), establecendo que non poden entenderse adquiridas por silencio licenzas en contra da ordenación territorial ou urbanística<sup>14</sup>. Pero ata ese momento non foran poucos os xulgados e tribunais que sostiveran que o mero transcurso do prazo para resolver, sen ter recibido notificación ningunha, levaba consigo a automática obtención da licenza de acordo co proxecto que se presentase para iso, mesmo nos casos en que o seu contido contradixese a normativa ou o planeamento urbanístico, sen prexuízo, por suposto, da posibilidade da Administración de proceder á súa revisión, aínda que, iso si, coas correspondentes consecuencias indemnizatorias.

Algo parecido aconteceu cando o Tribunal Supremo, rectificando o criterio establecido polo TSX da Comunidade Valenciana, estableceu como doutrina legal na súa Sentenza do 19 de novembro de 2012 que a Administración tributaria pode reiterar os actos de xestión tributaria anulados xurisdicionalmente, tanto se o foran por motivos de forma como de fondo.

Pero mesmo, como dicimos, o Tribunal Supremo modificou os seus criterios. Baste citar, entre outras, a Sentenza da Sala III do Tribunal Supremo do 28 de febreiro de 2014 (Recurso de Casación 2314/02), que declarou, sen establecer doutrina legal, que os plans de ordenación de recursos humanos non teñen a consideración de disposicións de carácter xeral, rectificando expresamente a doutrina que anteriormente establecera en sentido contrario nas sentenzas do 9 de abril de 2013 (Casación 209/2012), do 8 de xaneiro de 2013 (Casación 1635/2012), 23 de setembro de 2013 (Casación 2655/2012) e do 5 de marzo de 2012 (Casación 6439/2010).

Pero, sen dúbida, o caso máis célebre e polémico de rectificación de criterios deuse en relación coa Sentenza do Tribunal Supremo do 3 de decembro de 2012<sup>15</sup>, que modificou por completo o criterio sobre a forma en que se debe acreditar o intento de notificación do artigo 58.4 da Lei 30/92, que o propio tribunal establecera dez anos antes na anterior Sentenza do 17 de novembro de 2003<sup>16</sup>.

14 Esta sentenza recibiu innumerables críticas polos que entenden que baleira por completo o sentido da institución do silencio administrativo.

15 BOE do 10 de xaneiro de 2014.

16 BOE do 5 de xaneiro de 2004.

Nesa anterior sentenza do ano 2003, en efecto, fixérase como doutrina legal que, para os efectos de ter por cumprida a obriga de notificar a que se refire o artigo 58.4 de Lei 30/92<sup>17</sup>, o intento de notificación efectuado pola Administración queda culminado co momento en que o órgano administrativo en cuestión recibe a devolución do envío e debíase acreditar mediante o rexistro de entrada no órgano administrativo dentro do prazo máximo de duración do procedemento, o que revestía unha indubidable transcendencia práctica nos procedementos con efectos desfavorables para o cidadán, xa que a caducidade, que a Lei 30/92 vincula ao transcurso do prazo máximo, entendíase producida se, dentro do prazo máximo fixado pola norma, non constaba que tivese entrada, a través do rexistro do órgano administrativo concreto, a acreditación do intento de notificación, normalmente a devolución do servizo de Correos.

Esta doutrina propiciou, todo hai que dicilo, manobras de todas clases tendentes a dilatar a recollida das notificacións, co fin de provocar a caducidade do procedemento, en bastantes casos con éxito.

Pero, máis alá do anecdótico, o importante é que, ao abeiro desa doutrina legal do ano 2003, formárase un corpo de xurisprudencia absolutamente consolidada nos tribunais superiores de xustiza sobre o cómputo do *dies ad quem* do prazo de caducidade nos procedementos con efectos desfavorables para os cidadáns, tales como os expedientes de reposición da legalidade urbanística, expedientes sancionadores, etc.

Segundo esa xurisprudencia, para que puidese entenderse cumprida no prazo procedente a obriga de notificar a resolución que poña fin ao expediente, non era suficiente con que a notificación se producise dentro do prazo máximo establecido na norma, senón que tamén se exixía que a acreditación desta tivese entrada no rexistro do órgano administrativo antes da finalización daquel.

Non obstante, na súa Sentenza do Tribunal Supremo do 3 de decembro de 2013, rectificábase a anterior doutrina e xa non se exige, para os efectos de ter por cumprida a obriga de notificar, que o intento de notificación teña entrada no órgano administrativo dentro do prazo máximo fixado pola norma, senón que pasa a entenderse que é suficiente con que dentro dese prazo se leve a cabo o intento de notificación, con independencia de que a entrada no rexistro do órgano administrativo teña lugar máis tarde.

Outras veces os cambios de criterio non veñen pola vía da fixación de doutrina legal sobre a interpretación de certas normas, senón polo establecemento de criterios sobre requisitos procesuais de admisibilidade dos recursos, como por exemplo aconteceu co célebre Auto do Tribunal Supremo do 10 de febreiro de 2011, que puxo fin aos escritos de preparación do recurso de casación meramente formularios e pasou a exixir unha maior concreción e anticipación na explicación dos motivos de casación, as normas estatais vulneradas e a súa relevancia na resolución.

Algo semellante aconteceu en materia de erro xudicial cando, a partir da súa Sentenza do 23 de setembro de 2013<sup>18</sup>, o Tribunal Supremo comezou a exixir, como requisito formal

---

17 "Sen prexuízo do establecido no apartado anterior, e para os únicos efectos de entender cumprida a obriga de notificar dentro do prazo máximo de duración dos procedementos, será suficiente a notificación que conteña, cando menos, o texto íntegro da resolución, así como o intento de notificación debidamente acreditado".

18 Procedemento de erro xudicial n.º 9/2013 (EDX 2013/197263).

de admisibilidade da demanda de erro, a formulación previa do incidente de nulidade de actuacións do artigo 241 LOPX, criterio, por certo, máis que discutible, posto que hai determinados erros de dereito das sentenzas, cando derivan de posicións xuridicamente razoadas, aínda que erróneas, que non poden ser combatidos pola vía do incidente de nulidade de actuacións, que só procede cando a sentenza incorra en arbitrariedade, incongruencia, etc.

En suma, en todos estes supostos o Tribunal Supremo cambiou o seu criterio sobre a interpretación de normas concretas e, normalmente, para establecer interpretacións máis estritas e desfavorables para os cidadáns. E a cuestión que se formula, e que se verá no seguinte apartado, é en que medida tales cambios de criterio poden aplicarse a litixios en curso que se iniciasen baixo a vixencia dos criterios anteriores.

Como antes se viu, a misión da xurisprudencia é complementar o ordenamento xurídico, pero non completalo, expresión esta última da que o lexislador quixo fuxir expresamente. A fronteira entre “complementar” e “completar” é moi difusa, pero que dúbida cabe de que en ocasións é doado que se invada, en certo modo, a actividade do lexislador, dando un paso atrás na protección do cidadán en materia de seguridade xurídica, como sen dúbida aconteceu co cambio de criterio en materia de caducidade dos procedementos.

E non poderíamos rematar esta análise sen facer mención aos casos en que o tribunal definiu doutrina legal manifestamente ilegal e errónea, como aconteceu na Sentenza do TS do 24 de abril de 1999<sup>19</sup>, na que sinalou que o exceso no prazo de duración máxima do procedemento administrativo non leva consigo a súa caducidade, descoñecendo o que expresamente dispuña xa daquela o artigo da Lei 30/92 ao respecto. Curiosamente, os xulgados e tribunais de inferior grao optaron, directamente, por non aplicar esta doutrina, á vista da súa patente e flagrante incorrección.

Algo parecido aconteceu cando na Sentenza do Tribunal Supremo do 12 de xullo de 2003 se descoñeceu directamente o ordenamento comunitario en materia de IVE.

## 5 A aplicación retroactiva dos cambios de criterio na xurisprudencia

Se os cambios de criterio na xurisprudencia son lóxicos e desexables, acontece que en moitas ocasións tales cambios provocan situacións problemáticas cando se aplican a litixios que se atopan en curso e que se formularan ao abeiro da xurisprudencia existente ao tempo en que se inician.

Así acontece cando, despois de se formularen litixios con base nunha determinada doutrina do Tribunal Supremo, vixente no momento de aconteceren os feitos e iniciarse o preito, se dá logo a circunstancia de que, antes de que se dite sentenza, o Tribunal Supremo cambia de criterio –case sempre con interpretacións máis estritas e menos favorables aos particulares– e o xulgado ou tribunal que está a coñecer do asunto decide aplicar entón o novo criterio para resolver o litixio, deixando por completo desprevidas as partes afectadas por tales cambios.

<sup>19</sup> EDX 1999/11618.

Esta situación deuse, por exemplo, en todos os procedementos en que se formulaba a caducidade do procedemento administrativo sobre a base da doutrina legal fixada na STS do 17 de novembro de 2003, e nos que non se ditara sentenza no momento; o Tribunal Supremo rectificou esa doutrina na súa Sentenza do 3 de decembro de 2013. Neles, os tribunais ante os que pendían os ditos recursos aplicaron a nova doutrina legal, sen consideración ningunha á súa posible aplicación retroactiva.

A cuestión que se suscitaba, entón, e nos formulamos agora, é se ese novo criterio, ou esa nova doutrina legal, resultaba aplicable para resolver litixios que se atopaban en curso cando se cambiou o criterio. Ou se o principio de seguridade xurídica debería ter evitado a aplicación retroactiva do novo criterio xurisprudencial a situacións xurdidas con anterioridade á súa formulación.

Nalgúns deses casos acudiuse en amparo ao Tribunal Constitucional, que normalmente esquivou a cuestión co argumento de que se trataba de “asuntos de legalidade ordinaria”.

A interpretación oficial e ortodoxa neses supostos pasaba e pasa por entender que aos cambios de criterio xurisprudencial non lles resulta aplicable o principio xeral de irretroactividade que si se establece no artigo 2.3 Cc só para as normas, e iso na medida en que a xurisprudencia non ten a condición de norma, que as sentenzas non crean dereito, senón que simplemente o aplican, que os criterios asumidos como doutrina legal ou xurisprudencial non teñen carácter normativo, senón que unicamente interpretan a lei, facéndolle dicir o que xa está no seu texto e, en último termo, que os xuíces e tribunais poden cambiar de criterio en calquera momento sobre calquera interpretación das normas, sempre que o razoen debidamente.

A Sala IV do TS analizou esta cuestión en varias sentenzas, do 30 de abril, 13, 18 e 26 de xuño de 2002, nas que recolle a tese que se acaba de sinalar e, polo tanto, nega que se poida falar sequera de aplicación retroactiva da xurisprudencia, xa que esta non ten o carácter de norma xurídica nin de fonte do dereito<sup>20</sup>.

E o TSX de Galicia, na súa Sentenza do 14 de novembro de 2008 (EDX 2008/324259), sinala que “un último punto sobre o que queremos incidir é o relativo ao efecto retroactivo da

---

20 A doutrina común a todas estas sentenzas condénsase así: “O problema que agora se suscita consiste en esclarecer se a doutrina sentada na Sentenza desta Sala do 29 de outubro de 1997, á que acabamos de facer referencia, debe ser aplicable a feitos que se produciran antes da data indicada –tese da resolución combatida–, ou se, como sostén a de contraste, soamente a partir da dita data debe aplicarse a aludida doutrina, de tal maneira que unicamente desde ese momento podería acordarse a alta no RETA daqueles subaxentes aos cales esta dedicación lles reportase ingresos na contía xa aludida, mesmo cando o inicio da actividade tivese lugar con anterioridade. A sentenza recorrida entende que a aludida doutrina, en canto meramente interpreta un precepto legal, debe aplicarse a todas as situacións existentes a partir da vixencia do precepto interpretado, mentres que a referencial lle atribúe á aludida doutrina un carácter “*quasi* normativo”, xa que considera que veu encher unha lagoa do ordenamento, e diso deduce que, tal como sucede, en opinión dos xulgadores, respecto das normas xurídicas, non se lle pode atribuír á repetida Sentenza do 29 de outubro de 1997 (EDX 1997/8174) efecto retroactivo; oitavo.- A regra xeral acerca da irretroactividade de toda norma xurídica (“lei” en sentido lato) que non dispoña o contrario vén expresamente consagrada no artigo 2.3 do Código civil EDL 1889/1, pero esta irretroactividade non pode predicarse tampouco respecto da xurisprudencia, porque esta non ten o carácter de tal norma xurídica, e non constitúe tan sequera unha verdadeira fonte do ordenamento, senón que unicamente “complementa” a este (artigo 1.6 do mesmo código), o que significa que os pronunciamentos xurisprudenciais non son constitutivos, senón meramente declarativos, de tal sorte que o precepto que foi obxecto de interpretación xurisprudencial non se ve de ningún xeito modificado ou alterado por virtude da doutrina que o interpreta, senón que o significado e o alcance do precepto interpretado foi sempre o mesmo desde que a norma legal ou regulamentaria da que aquel forma parte se promulgou, e seguirao sendo mentres non se derroque ou se modifique. As sentenzas só poden ter eficacia constitutiva con carácter xeral cando así veña establecido por excepción, como é o caso do control de constitucionalidade das leis, ou da legalidade dos regulamentos, ou dos convenios colectivos; pero, mesmo nestes casos, non se substitúe a norma anulada, senón que se declara a nulidade desta, de acordo con outra norma (a Constitución ou a lei), e o único que se preserva son os casos anteriores decididos por sentenzas firmes (artigo 40 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional)”.

doutrina xurisprudencial, ao alegar o recorrente que a súa actuación foi a correcta ao adaptarse á vixente no seu momento, sen que lle poida ser aplicable a ditada con posterioridade. Nada máis lonxe da realidade, porque, a diferenza das leis, que normalmente teñen efecto prospectivo, as sentenzas teñen natureza declarativa e retroactiva, por non crearen dereito, senón aplicalo (STS 07/02/02)”.

Non obstante, cabe tamén outra interpretación máis ambiciosa que, aínda que se aparta da liña oficial, debería ser posible defender en certos casos, e da que derivaría a imposibilidade de aplicación da nova doutrina legal e os novos criterios xurisprudenciais aos supostos nados antes da súa entrada en vigor, proxectándose só como unha aplicación a futuro, para os supostos de feito que nazan con posterioridade.

Especialmente cando se trate de litixios relativos ao exercicio de potestades sancionadoras ou susceptibles de produciren efectos desfavorables nos cidadáns, que son, precisamente, os supostos en está constitucionalmente garantida a irretroactividade das normas (cfr. artigo 9 da Constitución).

Cando se trata da definición de doutrina legal ao abeiro do artigo 100.7 LXCA, que como antes se viu ten un carácter cuasi-normativo, polas especiais características que a rodean, a súa publicación no BOE e os efectos vinculantes que a partir da súa publicación produce para os xulgados e tribunais de inferior grao, parece que a tese sobre a imposibilidade de aplicación retroactiva adquire tinguaduras máis relevantes.

Pero, máis alá destes supostos de definición de doutrina legal –chamados por certo a desaparecer coa nova regulación do recurso de casación na LO 7/2015, como antes se viu–, a cuestión pódese expor en termos máis amplos, xa que no futuro, de acordo coa dita reforma, o Tribunal Supremo, ao resolver esta clase de recursos, está obrigado a fixar a interpretación correcta da norma, introducindo con iso esa “novidade adherida á norma” de que antes falabamos, polo que non debería resultar desatinado soste que tal interpretación, no novidoso, viría supor un novo aspecto da norma interpretada que, como tal, debería gozar de irretroactividade, como a propia norma, a menos que se diga o contrario (artigo 2.3 Cc) e iso precisamente en virtude do principio de seguridade xurídica consagrado no artigo 9.3 da Constitución. No dereito anglosaxón existe unha institución específica, denominada *prospective overruling*, que lle permite ao xuíz limitar os efectos dos novos criterios ás decisións que se adopten no futuro. Aínda que no noso ordenamento non está previsto, nada debería impedir que así se acordase caso por caso, en función das circunstancias concorrentes.

A cuestión é, sen dúbida, polémica e moi discutible. De feito, no artigo ao que xa nos referimos unhas cantas veces, do Sr. Moliner Tamborero, despois de realizar unha exposición valente e decidida, pondo o acento nas consecuencias do principio de seguridade xurídica, e facendo presaxiar unha conclusión favorable á eficacia unicamente prospectiva das sentenzas que definen doutrina legal, finalmente decántase por entender que o principio xeral ha de ser a aplicación dos cambios de criterio xurisprudencial a todos os feitos acaecidos durante a vixencia das normas que interpretan, aínda que sexan anteriores ao cambio de criterio, coa única excepción das sentenzas con eficacia constitutiva (por exemplo, sobre o control



de constitucionalidade das leis ou a legalidade dos regulamentos<sup>21</sup>), e sempre co respecto aos límites e exixencias que derivan do principio de cousa xulgada.

Non obstante, hai autores que asumen unha posición máis decidida neste aspecto.

Así, o catedrático de dereito civil da Universidade de Valencia Dr. Blanco Gascó sinala que a eficacia retroactiva dos cambios de criterio xurisprudencial debe ser atemperada nos seguintes supostos: “1. Cando o cambio de criterio introduza un obstáculo ou un requisito procesual ou substantivo non exixido pola doutrina xurisprudencial no momento de presentar a demanda ou de producirse a situación (relación) xurídico-material; 2. Cando o cambio de criterio se refira a relacións xurídicas duradeiras ou de trato sucesivo –para o autor a nova doutrina xurisprudencial non se pode estender ás prestacións e situacións que sexan debidas ou nazan despois do cambio de criterio–; 3. Cando o cambio de criterio supoña unha situación obxectivamente menos beneficiosa para o suxeito no sentido de limitar ou restrinxir un dereito ou facultade que, de acordo co criterio anterior, fora declarado válido e que o novo criterio, sen mediar modificación lexislativa, declara nulo; 4. Cando o cambio de criterio obedeza a unha interpretación dunha norma nacional con base nunha directiva comunitaria aínda non trasposta e en período de selo”<sup>22</sup>.

En todos estes casos, este autor sinala que, ao seu entender, as sentenzas non poden afectar a supostos nados antes de seren ditadas.

Á súa vez, o maxistrado do Tribunal Constitucional D. Juan Antonio Xiol Ríos afirmou «que, cando o cambio de criterio xurisprudencial comporta unha vulneración de principios constitucionais de garantía, produce efectos discriminatorios ou implica a modificación da situación de confianza consolidada en función da cal se puido actuar, deberase ter en conta esta circunstancia non para a non aplicación da nova xurisprudencia, senón para a valoración que a actuación de boa fe apoiada nunha xurisprudencia errónea e despois modificada poida ter para o recoñecemento de efectos derivados dos actos ou condutas correspondentes en aplicación de principios constitucionais como os de garantía, seguridade xurídica, retroactividade da norma posterior máis favorable, prohibición da arbitrariedade (por exemplo, no cumprimento dos requisitos formais para interpor un recurso, eximirse da condena en custas ou realizar validamente un acto procesual ou na aplicación dunha norma penal de acordo con varias etapas na súa interpretación xurisprudencial respectando o principio de certeza da lei penal e o efecto retroactivo da norma penal posterior máis favorable)»<sup>23</sup>.

O propio TXCE admitiu que o principio de seguridade xurídica constitúe un límite á aplicación retroactiva de criterios xurisprudenciais interpretativos das normas a supostos nados

---

21 Véxase, entre outras, a Sentenza do TSX de Andalucía (Granada) do 20 de xullo de 2015 (EDX 2015/196538): «Así como non pode manterse que, mentres outra cousa non se estableza, as decisións de inconstitucionalidade teñen eficacia prospectiva ou de futuro, pois o principio ou regra xeral é a afirmación contraria, como lembra a STS do 2 de xuño de 2010, a salvo sempre os supostos en que o Tribunal Constitucional exerza a facultade que lle corresponde de limitar por exixencias ou por razóns de índole constitucional a natural eficacia retroactiva das ditas decisións, e mesmo a de atribuír á súa declaración de inconstitucionalidade, por iguais exixencias, só unha eficacia prospectiva ou de futuro, tamén os efectos das STS do 13 e 14 de xuño de 2011, á luz do disposto no artigo 73, conducen á mesma conclusión, pois no noso ordenamento xurídico a contravención dunha norma xurídica de superior rango determina para a de rango inferior que a contravén a sanción de nulidade radical ou de pleno dereito; e os efectos desta, deste grao sumo de invalidez, son como regula e en principio efectos *ex tunc*, que se retrotraen ao momento mesmo en que entrou en vigor a norma ilegal (STS do 2 de xuño de 2010)».

22 BLASCO GASCÓ, F. P., *La norma jurisprudencial. Nacimiento, eficacia y cambio*, Tirant lo Blanch, Tratados 2000, Valencia, pp. 99 e ss.

23 FERRERES COMELLA, V. e XIOL RÍOS, J. A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p. 94.

antes da súa declaración. Así o declarou, entre outras, na súa Sentenza do 20 de decembro de 1995 (caso Bosman), na que, tras comezar sentando o principio xeral de aplicación dos criterios interpretativos dunha norma a todas as relacións xurídicas nadas ao seu amparo, aínda que fosen anteriores á sentenza<sup>24</sup>, a continuación exceptúa tal declaración xeral, por exixencias do principio xeral de seguridade xurídica, nos seguintes termos: «Só con carácter excepcional pode o Tribunal de Xustiza, aplicando o principio xeral de seguridade xurídica inherente ao ordenamento xurídico comunitario, verse inducido a limitar a posibilidade de calquera interesado de invocar unha disposición que o tribunal interpretou co fin de cuestionar unhas relacións xurídicas establecidas de boa fe. Tal limitación unicamente pode ser admitida polo Tribunal de Xustiza na mesma sentenza que resolve sobre a interpretación solicitada (véxanse, en especial, as sentenzas Blaizot, antes citada, apartado 28, e Legros e outros, antes citada, apartado 30)».

En todo caso, nestas notas queremos centrarnos nos supostos en que o que está en xogo é o exercicio de potestades sancionadoras, ou susceptibles de produciren efectos desfavorables para o cidadán, xa que en tal caso a prohibición de irretroactividade, como expresión do principio de seguridade xurídica, adquire unhas connotacións moito máis intensas.

Non pode deixar de recordarse que nestes supostos a irretroactividade, en canto se refire á aplicación de novas normas, salvo que sexan máis favorables que as vixentes, se eleva a principio constitucional (artigos 9.3 e 25 da Constitución), e iso en virtude do principio de seguridade xurídica, que está na base das necesarias limitacións que han de aplicarse á aplicación retroactiva dos cambios de criterio xurisprudencial.

Hai autores, como o avogado do Estado en excedencia D. Martín Orozco Muñoz<sup>25</sup>, que sinalaron de forma valente e decidida que, «do mesmo xeito que existe un principio xeral de non retroactividade da lei e unha prohibición da retroactividade *in peius* das disposicións sancionadoras, non favorables ou restritivas dos dereitos fundamentais, tales principios deben ser igualmente aplicables á xurisprudencia e, máis en concreto, aos cambios de criterios xurisprudenciais *in peius*».

A este criterio, tal como está formulado, non se lle poden facer obxeccións. E non só polas razóns que apunta, senón tamén por elementais razóns de seguridade xurídica. Hai que ter en conta, ademais, que a conformidade a dereito de calquera actuación administrativa ten que axuizarse a teor da normativa vixente cando se dita<sup>26</sup>, como non pode ser doutro xeito, dado o carácter revisor da xurisdición contencioso-administrativa, que impide que poidan considerarse no litixio —a menos que previamente se formule ás partes polo trámite do artigo 33.2 LXCA— feitos ou cuestións novas sobre os que non houberse oportunidade de pronunciarse en vía administrativa (cfr. Sentenza do Tribunal Constitucional 8/1992, 160/2001 e 158/2005, así como as sentenzas do Tribunal Supremo do 18 de xuño de 1993, 2 de xullo de 1994, 20 de xaneiro de 1996, 27 de febreiro de 1999 e 25 de maio de 2000). E a publicación

24 Conforme a reiterada xurisprudencia, a interpretación que, no exercicio da competencia que lle confire o artigo 177, fai o Tribunal de Xustiza dunha norma de dereito comunitario aclara e precisa, cando é necesario, o significado e o alcance da dita norma, tal como debe ou debería ser entendida e aplicada desde o momento da súa entrada en vigor. Diso resulta que a norma así interpretada pode e debe ser aplicada polo xuíz mesmo a relacións xurídicas nadas e constituídas antes da sentenza que resolve sobre a petición de interpretación, se ademais se reúnen os requisitos que permiten someter aos órganos xurisdiccionais competentes un litixio relativo á aplicación da dita norma (Sentenza do 2 de febreiro de 1988, caso Blaizot, 24/1986, Rec. p. 379, apartado 27)».

25 OROZCO MUÑOZ, M., *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 245 e ss.

26 Cfr. Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, n.º 763/2008, ditada no P.O. 4222/2006.

no BOE dunha nova doutrina legal, ou a fixación dun criterio interpretativo distinto daquel sobre a base do cal se formulou o litixio, non deixa de ser unha cuestión nova sobre a que non tiveron oportunidade de pronunciarse as partes na vía administrativa previa.

En materia de aplicación retroactiva de normas sancionadoras existe unha copiosa xurisprudencia, tanto do Tribunal Supremo como do Tribunal Constitucional.

A Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Supremo ten declarado reiteradamente, con base no artigo 25 da Constitución, que a norma aplicable a unha infracción administrativa ha de ser a que estea vixente no momento da comisión da infracción, salvo que a posterior resulte máis favorable, téndose positivizado este criterio, para todas as infraccións administrativas, na lexislación ordinaria, no artigo 128 da Lei 30/1992, segundo o cal “serán de aplicación as disposicións sancionadoras vixentes no momento de producirse os feitos que constitúan infracción administrativa, disposicións sancionadoras que non se aplicarán con efecto retroactivo agás cando favorezan o presunto infractor”.

A xurisprudencia do Tribunal Constitucional, razoando *sensu contrario*, a partir da prohibición de irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables, plasmada no artigo 9.3 da Constitución, elaborou o principio da retroactividade das normas sancionadoras posteriores máis favorables, criterio que hoxe se atopa asumido, a nivel xeral, polo artigo 128 da Lei 30/1992, como se dixo.

Abundando no dito, en relación coa cuestión da norma aplicable en materia sancionadora, cómpre lembrar que, no ámbito procesal e procedemental, a sentenza do Tribunal Supremo do 22 de marzo de 1989 resolve de xeito moi sinxelo o vello problema de cal é a norma aplicable, se a vixente no momento de producirse a infracción ou de ditarse a resolución (ou a sentenza), pois desde a perspectiva da retroactividade sempre se aplicará a máis favorable.

Aínda máis, a sentenza do TS do 13 de decembro de 1991 admite a aplicación retroactiva da norma sancionadora favorable mesmo cando o “procedemento sancionador se atope en fase de impugnación xurisdiccional”, “posto que –apostila a do 26 de maio de 1992– posibilita a aplicación da nova normativa sen retroacción de procedemento, sendo ademais aconsellable por razóns de economía procesal, sempre que se faga sen menosprezo do dereito de defensa”.

E a Sentenza do Tribunal Supremo do 22 de xaneiro de 1991, de xeito expreso, declara que a aplicación do principio de retroactividade da norma posterior máis favorable ao inculpado se refire non só á tipificación da infracción e sanción, senón tamén ao novo prazo de prescripción, se resulta ser inferior (favorable ao infractor), sinalando que: «É criterio constante da xurisprudencia do Tribunal Supremo que o dereito administrativo sancionador participa, con certos matices, da mesma natureza e principios do dereito penal, que en canto interesa a este recurso se manifesta en tres aspectos: 1. Aplicación do principio de retroactividade da norma posterior máis favorable ao inculpado, que para as infraccións penais establece expresamente o artigo 24 do Código penal e, co seu carácter xeral, *a sensu contrario*, no artigo 9.3 CE, ao establecer a irretroactividade unicamente para as disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais, aplicación retroactiva da norma posterior máis favorable que implicitamente admite tamén a Sentenza da Sala Primeira do Tribunal Constitucional do 20 de abril de 1989, de forma que a norma posterior máis favorable ao inculpado deberá serlle de aplicación, ben por tipificar o feito como infracción de menor



gravidade, impor unha sanción máis benigna, establecer un prazo inferior de prescrición que o favorece».

Pola súa banda, o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (asunto Regina c. Kirk) sinalou que «o principio de irretroactividade da norma penal é un principio común a todos os ordenamentos xurídicos dos Estados membros, recoñecido como dereito fundamental polo artigo 7 do Convenio de Roma e que forma parte dos principios xerais do dereito, cuxa observancia debe garantir o tribunal».

Por iso, partindo de que, tal como sinalou reiteradamente a xurisprudencia, resultan de aplicación os principios do dereito penal ao dereito administrativo sancionador, deberá converterse en que a doutrina da retroactividade das disposicións sancionadoras favorables ha de referirse a unhas e outras, debéndose recordar a STC do 30 de marzo de 1981, que destaca como o artigo 9.3 da Constitución garante a irretroactividade das normas sancionadoras, dentro de cuxo título han de entenderse incluídas as administrativas sancionadoras, e declara que a norma 9.3 ha de interpretarse tamén *contrario sensu*, entendendo que a Constitución garante a retroactividade da lei penal máis favorable, principio xa consagrado no Código penal. O Tribunal Constitucional recoñece que o principio recoñecido no artigo 9.3 da Constitución non ten cabida no artigo 25.1 da CE, polo que non cabería fundar nel un recurso de amparo. Non obstante, prosperaron recursos de amparo invocando o artigo 17.1 e 24 da Constitución española.

As exixencias do principio de seguridade xurídica deben levar a que todas estas consideracións sobre a retroactividade das normas sancionadoras ou desfavorables sexan igualmente aplicables aos cambios de criterio xurisprudenciais, cando se trate de litixios que versen sobre o exercicio desta clase de potestades. E iso porque, parafraseando de novo o Sr. Moliner<sup>27</sup>, a aplicación dun cambio de criterio a un litixio que se iniciou baixo a vixencia do criterio anterior, converte de feito en retroactiva a aplicación do novo criterio a feitos producidos con anterioridade á súa adopción, o que sen dúbida choca coa seguridade xurídica e infrinxe claramente os seus límites, xa que a nova interpretación permitiría defender que quen actuou na confianza dunha interpretación determinada, que expresamente era tida por correcta, pode verse afectado na súa seguridade xurídica, ou mesmo no dereito a recibir un trato igual ao que foi aplicado aos que actuaron con anterioridade baixo a protección da antiga interpretación. Todo iso referido, claro está, a un auténtico cambio de criterio, entendendo por tal o que se produce sen modificación legislativa e con novos argumentos, como está claramente admitido de acordo coa doutrina constitucional e coa necesaria e permitida evolución xurisprudencial (por todas, SSTC 8/1991, do 30 de marzo, 48/1987, do 22 de abril, 200/1990, do 10 de decembro, 59/1996, do 26 de marzo, 145/1997, do 15 de setembro).

E iso, como dicimos, a prol da seguridade xurídica en canto principio garantido pola Constitución no artigo 9.3, CE, pois non cabe dúbida de que quen está a respectar o sentido dunha norma, de acordo coa interpretación ofrecida pola xurisprudencia, se vai ver afectado no seu dereito por unha interpretación xurisprudencial distinta da que o moveu a actuar dun determinado xeito. E a cuestión vólvese especialmente grave cando quen cre estar a cumprir unha norma, segundo o sentido da xurisprudencia do Tribunal Supremo, se atopa

27 MOLINER TAMBORERO, G., "Fuerza vinculante de las sentencias de casación. Referencia especial a las dictadas en unificación de doctrina", *cit.*

cun cambio de doutrina xurisprudencial que leva a que aquela primeira actuación non se considere ao final axeitada a dereito.

E máis cando a fronteira entre “completar” e “complementar” o ordenamento xurídico é tan difusa.

Volvendo ao caso concreto que antes citabamos, relativo ao cambio de criterio do Tribunal Supremo en materia de acreditación do intento de notificación, non cabe dúbida de que a partir da fixación da nova doutrina legal pola Sentenza do 3.12.14, existe un novo aspecto, definido xudicialmente, que complementa o artigo 58.4 da Lei 30/92, respecto a cando debe entenderse efectuado e acreditado o intento de notificación do acto que pon fin ao procedemento, para os efectos do cómputo do prazo máximo de duración legalmente establecido, determinante da incursión en caducidade do procedemento, que non resulta directamente extraíble do propio texto legal, senón que foi froito do labor de complemento da norma que a xurisprudencia do Tribunal Supremo ten legalmente encomendada.

En tal suposto en concreto, a cuestión presenta uns aspectos que distan de ser claros e que imponen actuar con especial prudencia e rigor, xa que o texto literal da norma nada aclara, e tan razoable resulta a interpretación establecida pola doutrina legal sentada polo TS na súa Sentenza do 17.11.03 como a que acaba de establecer dez anos máis tarde na nova Sentenza do 3.12.13, e non pode negarse que despois de terse asentado en garantía da seguridade xurídica dos cidadáns unha determinada interpretación máis exixente que o que resulta do propio texto legal –como é a obrigaón de que non só se producise o intento de notificación no prazo procedente, senón tamén que quede acreditado no expediente, por rexistro de entrada, dentro do dito prazo–, pasar a dulcificar esta exixencia fixando agora unha doutrina máis laxa e favorable á Administración non parece que poida razoablemente aplicarse con carácter retroactivo, e menos cando se trata de procedementos sancionadores ou restritivos de dereitos individuais.

Nestes casos, non parece razoable que o novo criterio poida aplicarse retroactivamente se prexudica o interesado, pois iso iría directamente en contra do principio constitucional de seguridade xurídica e de irretroactividade das normas –carácter do que en certo modo participa a doutrina legal, como vimos– desfavorables ou restritivas de dereitos individuais, a menos que o novo criterio favorecese o interesado, caso en que a súa aplicación sería obrigada.

O contrario sería tanto como facer depender o acollemento ou non da demanda da eventualidade da maior ou menor duración do proceso ou a maior ou menor présa con que se ditase a sentenza de instancia, pois en función de tales circunstancias pode que cambie o criterio xurisprudencial sobre a cuestión obxecto de debate. E os cidadáns non poden quedar ao azar de que se lles aplique unha ou outra interpretación do dereito de forma diferente en función do tempo de tramitación do litixio.

Non o entender así sería como utilizar a indebida dilación do procedemento como unha arma arreboladiza en contra do cidadán.

A cuestión adquire matices moi interesantes cando se trata de procedementos en que se tramita conxuntamente a reposición da legalidade e a sanción correspondente, como é o caso dos supostos en materia de infraccións á Lei 22/88 de costas. Nestes casos, a diferenza do que acontece cos expedientes de disciplina urbanística, nos que se tramitan separadamente

os expedientes sancionadores e os de reposición da legalidade, o exercicio das potestades relativas ao procedemento sancionador e de reposición da legalidade encádranse nun único procedemento, que está regulado nos artigos 101 e seguintes da Lei de costas e 192 e seguintes do seu regulamento.

Así o lembrou, precisamente, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, entre outras na súa Sentenza 692/2009 do 25 xuño<sup>28</sup>.

E en relación coa duración máxima do procedemento, coa consecuencia de caducidade en caso de exceso, o artigo 102 da Lei 22/88 establece que o prazo para a notificación da resolución dos procedementos sancionadores será de doce meses, transcorrido o cal sen que se produza aquela, dítarase resolución na que se declare a caducidade do procedemento e ordene o arquivo das actuacións, cos efectos previstos na lexislación vixente.

A cuestión é que, para os efectos anteditos, non cabe distinguir entre unha duración máxima do procedemento en canto á súa vertente sancionadora e outra distinta para a súa vertente de reposición das cousas ao seu estado anterior, xa que o lexislador non o decidiu así, e ambos os dous aspectos están equiparados legalmente para os efectos de caducidade, pois o artigo 44.2 da Lei 30/1992 refírese tanto aos procedementos sancionadores como a aqueles en que a Administración exerza potestades susceptibles de produciren efectos desfavorables, como é a relativa á reposición das cousas ao seu estado anterior.

Por iso, neste tipo de supostos non parece equivocado soste que, se cando se comete a infracción, e tamén cando se tramita o procedemento administrativo sancionador, e mesmo o posterior procedemento xurisdiccional, a doutrina legal sobre o *dies ad quem* para o cómputo do prazo establecido de duración máximo do procedemento, era a da Sentenza do Tribunal Supremo do 17.11.03<sup>29</sup>, e dáse a circunstancia de que a devolución do envío frustrado ten entrada no rexistro do órgano administrativo despois de vencido o prazo máximo de duración do procedemento polo que, conforme a dita doutrina, non se pode entender cumprido en prazo o intento de notificación se resulta que durante a pendencia do litixio se produce o cambio de criterio coa publicación no BOE da nova doutrina legal plasmada na Sentenza do TS do 3.12.13, e se dá a circunstancia de que, aínda que, como se dixo, non consta a entrada en prazo da devolución do envío, si consta, aínda que de forma tardía, que o intento de notificación se produciu dentro do prazo máximo, a solución ha de ser, de todos os xeitos, a aplicación do criterio vixente no momento de ocorreren os feitos e, polo tanto, a caducidade do procedemento, en razón a que quen tiña que ter acreditado o intento de notificación antes dunha determinada data non o fixo (cfr. Sentenza da Sala do Contencioso-administrativo, do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 3 de marzo de 2011, recurso de apelación 4281/2010), e sen que poida resolverse a cuestión aplicando o cambio de criterio establecido tras a citada Sentenza do 3.12.13, aplicación que debe entenderse improcedente en función de todas as consideracións que se realizaron sobre o carácter cuase-normativo da doutrina legal, a irretroactividade das disposicións desfavorables e, en último termo, do principio xeral de seguridade xurídica.

28 EDX 2009/172468.

29 Segundo o dito criterio, debíase entender producida a caducidade do procedemento porque o relevante para que se entenda cumprido en prazo o intento de notificación e evitar a caducidade é que quede constancia do “momento en que a Administración reciba a devolución do envío”, o que é coherente coa constante xurisprudencia que preconiza que as notificacións son actos administrativos de trámite que teñen que constar necesariamente no expediente, de maneira que a súa acreditación lle incumbe ao respectivo órgano administrativo, sen que poida facerse cargar aos administrados coa probanza do feito negativo de non practicarse (Sentenza TS do 17.11.97 e 17.11.01).

## 6 O interesante caso da Sentenza do Pleno do TC 7/2015, do 22 de xaneiro

Por último, non podemos pechar estas reflexións sen facer referencia a unha recente sentenza do Tribunal Constitucional que, aínda que referida a cuestións formais e non substantivas, representa un fito en materia de aplicación retroactiva da xurisprudencia.

E é que dentro do panorama cada vez máis sombrío, complexo e exigente para o acceso ao recurso de casación, que chegou a converterse nunha esgotadora carreira de obstáculos, mesmo para o xurista máis avezado que exige, ademais, un adestramento intenso e unha posta ao día constante, brillan fulgores que fan manter viva a esperanza na xustiza material, á marxe de formalismos, e un deles é a recente e positivamente sorprendente Sentenza do Pleno do TC 7/2015<sup>30</sup>, na que, contra todo prognóstico, se veu admitir que, polo menos, cando se trata de cuestións formais derivadas de cambios de criterio en materia de admisibilidade de recursos, cabe a posibilidade de que os defectos en que, segundo eses novos criterios, se puidese incorrer, sexan emendados *a posteriori* cumprindo, aínda que sexa extemporaneamente, os novos requisitos que se exixan de forma sobrevida e que, non obstante, non se exixían cando se iniciou o recurso.

Así o declarou o Tribunal Constitucional na dita sentenza, admitindo a posibilidade de emendar o escrito preparatorio do recurso de casación cando non se axustaba aos criterios de admisibilidade sobrevidos establecidos polo Tribunal Supremo despois da preparación do recurso.

É certo que non é unha postura pacificamente asumida, xa que a sentenza conta co voto particular de catro maxistrados (un deles, por certo, o propio relator, Sr. Xiol Ríos) que advirten que a solución dada ao caso concreto leva consigo “riscos imprevisibles para o tratamento procesual futuro dos recursos de casación en todas as ordes xurisdiccionais (...) pois dela parece seguirse a consecuencia de que os defectos dos escritos de iniciación do recurso de casación son emendables con carácter xeral, en contra da xurisprudencia ordinaria e constitucional seguida ata o momento”.

Pero polo menos ofrece unha vía para remediar, en parte –ben que referida só a requisitos formais– as consecuencias da aplicación retroactiva dos cambios de criterio dos tribunais e eses si que, por desgraza –e non tanto os riscos a que fai referencia o voto particular– son verdadeiramente imprevisibles.

## 7 Conclusión

Nos supostos de cambios de criterio xurisprudencial sobre a interpretación de normas relativas ao exercicio de potestades sancionadoras ou susceptibles de lles causaren efectos desfavorables aos cidadáns, debería impedirse a aplicación retroactiva dos novos criterios a situacións xurdidas ou consolidadas ao abeiro dos criterios anteriores, a menos que fosen máis favorables para o particular.

---

30 EDX 2015/2256.

Nestes casos debería admitirse, polo tanto, como excepción ao principio xeral, que as sentenzas que recollasen cambios de criterio en tales supostos só poderían ter efecto prospectivo, nunca retroactivo, coa única excepción indicada de que o novo criterio resultase máis favorable ao cidadán.

Con iso non se estaría a dotar as sentenzas dun efecto normativo que non posúen, senón simplemente atendendo ás máis elementais exixencias que derivan do principio de seguridade xurídica.

## 8 Bibliografía

BLASCO GASCÓ, F. P., *La norma jurisprudencial. Nacimiento, eficacia y cambio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

DOMÉNECH PASCUAL, G., "Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley" ([www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/262229/349413](http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/262229/349413)).

FERRERES COMELLA, V. e XIOL RÍOS, J. A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.

MOLINER TAMBORERO, G., "Fuerza vinculante de las sentencias de casación. Referencia especial a las dictadas en unificación de doctrina", *magistrado presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Revista del Poder Judicial*, n.º 93, diciembre 2012.

OROZCO MUÑOZ, M., *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Iustel, Madrid, 2010.

Regap



NOTAS



# Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Maxistrado (Galicia, España)  
f.cominges@poderjudicial.es

Regap



NOTAS

**Sumario:** 1 Administración local. 1.1 Modificación do cadro de persoal para amortización de praza cuxo titular se atopa en situación de excedencia ocupando un posto eventual noutra Administración. Requisitos procedementais. 1.2 Negociación colectiva na aprobación dos orzamentos municipais. 1.3 Competencia do alcalde para a recuperación de oficio de bens de dominio público. 2 Bens públicos. 2.1 Natureza pública demanial do solo da illa de Ons. 3 Contratos públicos e subvencións. 3.1 Revisión da concesión do servizo de transporte marítimo na ría de Vigo en réxime de exclusividade por incompatibilidade co dereito da Unión Europea. Dereito do contratista a obter unha indemnización. 3.2 Contratos mixtos. Servizo de xestión integral de espazos dun complexo hospitalario. Posibilidade de licitación nun mesmo contrato dos servizos de subministración enerxética, limpeza, seguridade, etc. 3.3 Reintegración de fondos FEDER. Prazo de prescrición. 3.4 Protección de datos persoais nos procedementos de outorgamento de subvencións. 4 Expropiación forzosa. 4.1 Composición do Xurado de Expropiación Forzosa de Galicia. O vogal técnico representante do concello expropiante debe ter a titulación de arquitecto. 4.2 Insolvencia da entidade beneficiaria da expropiación. Obriga subsidiaria da Administración expropiante de lles pagar o prezo xusto aos propietarios afectados, en substitución da beneficiaria. 5 Persoal. 5.1 Procedementos de selección de persoal. Designación dos membros do tribunal da oposición: acto de trámite cualificado impugnabile coa resolución final. Infracción dos principios de paridade de xénero e de imparcialidade e obxectividade. 5.2 Idade mínima e máxima para poder acceder ás brigadas contra incendios forestais. 5.3 Supresión da paga extra dos funcionarios da Administración autonómica (xustiza). Entrada en vigor respecto da paga adicional do complemento específico. 6 Responsabilidade patrimonial. 6.1 Accidente de circulación por defectuoso estado da calzada (mancha de aceite). Cómputo do prazo de prescrición cando resulta nun principio dubidosa a titularidade da estrada. Requisitos da relación de causalidade. 7 Sancións administrativas. 7.1 Participación en manifestación ilegal. Lei orgánica de protección da seguridade cidadá. 8 Tributos. 8.1 Canon eólico. 8.2 Imposto de construcións, instalacións e obras. Tras a liquidación definitiva, a Administración local xa non pode revisar a base impoñible do imposto. 9 Urbanismo e ordenación do territorio. 9.1 Plan Xeral de Ordenación Municipal. Avaliación ambiental estratéxica. 9.2 Revisión do planeamento xeral. Indemnizacións por vinculacións singulares. 9.3 Xestión urbanística. Sistema de cooperación. Natureza xurídica das cotas de urbanización. Posibilidade de impugnación indi-

recta do proxecto de reparcelación. 9.4 Compatibilidade coa Directiva de servizos do Decreto 211/2012 regulador do procedemento para a obtención da autorización comercial autonómica.

## 1 Administración local

### 1.1 Modificación do cadro de persoal para amortización de praza cuxo titular se atopa en situación de excedencia ocupando un posto eventual noutra Administración. Requisitos procedementais

A sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG) do **15 de xullo de 2015** (rec. 258/2013, relator: Ilmo. Sr. López González) desestimou o recurso interposto contra o acordo plenario dun concello que modificou o cadro de persoal para amortizar unha praza de persoal laboral fixo cuxo titular se atopaba en situación de excedencia por incompatibilidade ao ocupar un posto eventual na deputación provincial. Sinálase o seguinte na sentenza:

*«(...) La demandante parte de una situación equivocada; parece confundir plaza con puesto de trabajo. No puede olvidar que su excedencia supuso una situación de suspensión de su relación laboral y no una ruptura de la misma. Olvida igualmente que la excedencia que disfruta no le comporta, respecto del Ayuntamiento demandado, otro derecho futuro que el de reingresar con preferencia en el puesto vacante igual o similar al que en su día ocupó, pero no en el mismo puesto, toda vez que aquella excedencia no llevaba aneja reserva de plaza. De ahí que no se comprenda cómo puede entender la actora que la amortización operada implica un despido o ruptura de su antigua relación laboral. De acogerse la pretensión de la recurrente, de intentar preservar su hipotético retorno al puesto de origen, tan incierto en el sí como incierto en el cuándo, se le estaría otorgando no solo la situación de privilegio derivada de su excedencia por incompatibilidad, sino también la posibilidad de paralizar, sine die, cualquier acuerdo futuro por parte del municipio en orden a la elaboración de su organigrama y a la gestión de sus propios recursos, poniendo límites a la potestad de autoorganización del ente local. Ignoramos, por tanto, si lo que la demandante defiende en esta litis es su propio y particular interés o si actúa en defensa de la legalidad. Distinto sería que el problema surgiera por la respuesta que, en su momento, diere el Ayuntamiento a raíz de manifestar la recurrente su voluntad de reingreso en el mismo, pero eso supone entrar en el terreno de las hipótesis y por ello escapa del conocimiento actual de este Tribunal.*

*Por otro lado, nadie discute las ventajas que el Deporte conlleva para la población, pero eso no impide destacar que su promoción desde el ámbito municipal no constituye un servicio de carácter obligatorio cuando el Ayuntamiento no excede de los 20.000 habitantes a que aluden los artículos 25.2.l) y 26.1.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, por lo que no es exigible que cuente en su plantilla con un Técnico/Animador Deportivo, pudiendo gestionarlo de modo externalizado, como ya vino haciendo durante los últimos años, incluso con anterioridad a que la demandante solicitase la excedencia. (...) Sea lo que fuere, nada obsta, por tanto, a la posibilidad que tiene, en este caso, la Administración, en uso de sus facultades autoorganizativas, para amortizar una plaza vacante en aras de una mejora en la prestación de sus servicios propios por la vía de liberar una partida presupuestaria para disponer de esos fondos en la gestión de otros servicios públicos. Es un mero reflejo de*



*su potestad discrecional, de su potestas variandi, frente a la cual la actora no puede invocar derecho adquirido alguno.*

*(...) la modificación ha afectado a la plantilla o cuadro de personal y no a la Relación de Puestos de Trabajo. Tiene importancia este detalle toda vez que las plantillas o cuadros de Personal son objeto de aprobación anual con ocasión de los presupuestos municipales, lo que no sucede respecto de las Relaciones de Puestos de Trabajo. De ahí que, del mismo modo que ahora se amortizó la plaza, nada impide que, en un momento posterior, vuelva a incluirse en la plantilla o en el cuadro de personal. Y es obvio que entre los factores que avalan estas modificaciones, el económico juega un papel fundamental, al tener que responder las plantillas a criterios de racionalidad y eficiencia y establecerse conforme a la ordenación general de la economía, al no poder exceder los gastos de personal de los límites fijados con carácter general. Ahora bien, la modificación de la plantilla de personal, durante la vigencia del Presupuesto, requiere, como anexo que es del mismo, el cumplimiento de idénticos trámites a los establecidos para la modificación de éste. En el presente caso, así ha ocurrido, pues se ha convocado y reunido la Mesa de Negociación, ha mediado la existencia de una memoria justificativa de la modificación introducida, ha sido informada por la Intervención y Secretaría municipales, ha sido aprobada inicialmente la modificación, se concedió trámite de alegaciones y audiencia, se resolvieron las alegaciones y se aprobó definitivamente la modificación determinante de la amortización de la plaza que fue objeto de publicación en el BOP correspondiente».*

Regap



NOTAS

## 1.2 Negociación colectiva na aprobación dos orzamentos municipais

Na sentenza do **TSXG** do **3 de xuño de 2015** (rec. 256/2013, relatora: Ilma. Sra. Galindo Gil) anúlase en parte o acordo de aprobación dos orzamentos dun Concello por terse omitido na súa tramitación o requisito da negociación colectiva. Afírmase na sentenza que:

*«(...) el artículo 90.1 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local impone que cada Corporación “apruebe anualmente, a través del Presupuesto, la plantilla, que deberá comprender todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios personal laboral y eventual”, y aunque ello no suplanta la funcionalidad propia de las Relaciones de Puestos de Trabajo (creación de puestos, requisitos y forma de provisión) u otros instrumentos de ordenación de recursos humanos, lo cierto es que el presupuesto aquí examinado incorpora el Anexo de Personal y acompaña decisiones retributivas de cuño propio, incorporando en relación con el personal un Capítulo I de gastos de personal, lo que habilita para que los interesados o sindicatos puedan cuestionar sus determinaciones, dando entrada a su intervención por vía de la negociación colectiva en la Mesa Xeral de Negociación del ente municipal, al tener el Anexo de Personal y el Capítulo I un contenido material previsto en la enumeración del artículo 37.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.*

*Dicho esto, la cuestión litigiosa se centra en determinar si tuvo o no lugar la negociación con el sindicato de tal actuación administrativa. Como expresamente ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2004, en congruencia con las anteriores de 21 de marzo y 8 de noviembre de 2002, los preceptos de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (trasladable a los artículos 33 y siguientes de la Ley 7/2007), son claros en el sentido de exigir la constitución de la Mesa*

de Negociación y la negociación dentro de ella de las cuestiones relativas a retribuciones y puestos de trabajo de los funcionarios, de modo que la falta de negociación, con independencia de que su resultado sea uno u otro, determina la nulidad de pleno derecho del acuerdo administrativo, por lesionar el contenido esencial del derecho de libertad sindical (artículo 62.1.a de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre). En el mismo sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2009 ha declarado que el derecho a la negociación colectiva aparece integrado en el de libertad sindical, reconocido en el artículo 28.1 de la Constitución, como un contenido adicional del mismo.

(...) El examen del expediente y el contraste con el mismo de las alegaciones municipales ponen de manifiesto la ausencia de negociación con el sindicato recurrente. En primer lugar, porque se trata de una mera información unilateral y no de una negociación, pues dicha información además no puede ser calificada de recepticia, ya que no invita a la negociación o a emitir informe alguno, si tenemos en cuenta que la reunión de la Mesa Xeral de Negociación celebrada el día 01/08/2013, fue convocada con un hora de antelación. Consta la queja expresa del sindicato recurrente, que concibe, con buen criterio, que se trata del momento idóneo para dialogar y pactar, convenir o estipular (de eso se trata el proceso negociador), la estructura administrativa del personal del Concello, aprobada el día 27/12/2012, que consta y así fue declarado por esta Sala y Sección, que se hizo de forma unilateral, vulnerando el derecho a la libertad sindical del sindicato recurrente. Y frente a la queja de que para el estudio y negociación de la documentación entregada, es insuficiente la convocatoria con una hora de antelación, el Alcalde contesta con evasivas, pues no de otra forma debe ser calificada la respuesta dada cuando indica que no se está negociando la RPT sino el capítulo I de gastos "e son fabas contadas, xa que vai o persoal funcionario e o persoal laboral fixo e indefinido". En efecto, ya el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20/10/2008 (RC 6078/2004), explica que la aprobación de la plantilla orgánica supone la aprobación de una partida de los presupuestos y aunque no es un instrumento jurídico idóneo para fijar ni el nivel de complemento de destino, ni el complemento específico por ser extremos propios de la RPT, aquella y ésta, si bien son cosas distintas, están interconectadas y son interdependientes, toda vez que la RPT propiciará la existencia de las plazas (pues primero debe hacerse la RPT) y ésta será el indicativo para crear las plazas necesarias en la plantilla orgánica, quedando integradas en ella según las diferentes escalas, subescalas, clases y categorías, declarando, expresamente la sentencia del Tribunal Supremo número 850/2008, de 06/05/2008 (RC 315/2007), al invocar otra previa de 01/02/2002 (RC 743/1997), que la RPT es un prius de la plantilla estructural y previa a la plantilla presupuestaria. (...). En suma, forzosamente ha de estimarse el recurso, ya que se ha conculcado el derecho a la negociación colectiva del sindicato recurrente. Ahora bien, la estimación debe serlo en parte, toda vez que la invalidez apreciada lo es tan solo respecto del Capítulo I y Anexo de Persoal, mas no del Presupuesto General, ya que la vinculación del Concello al principio de obligatoriedad de la negociación colectiva, de conformidad con el artículo 37 del EBEP, lo es tan solo respecto de aquéllos».

### 1.3 Competencia do alcalde para a recuperación de oficio de bens de dominio público

A sentenza do **TSXG** do **30 de abril de 2015** (rec. 4052/2015, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) pronúnciase sobre os requisitos competenciais e substantivos para o exercicio da

potestade municipal de recuperación posesoria de bens de dominio público nos seguintes termos:

«(...) la competencia del alcalde ha sido declarada por esta Sala y confirmada por el Tribunal Supremo (STS de 2-4-08) en estos términos: “La interpretación que la parte recurrente hace del artículo 71.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, como si exigiera acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, no es acertada. Lo que el precepto exige es “acuerdo de la Corporación”, y no pueden asimilarse los conceptos de “Corporación” y “Pleno”. La Corporación es la entidad pública, y así se deduce del artículo 22-2-j) de la Ley de Bases de Régimen Local, cuando dice que corresponderá al Pleno “la defensa de la Corporación en materias de competencia plenaria”, distinguiendo la persona jurídica (la Corporación) y el órgano (el Pleno). Por ello, cuando el Reglamento de Bienes exige “acuerdo previo de la Corporación”, no está atribuyendo la competencia a un órgano concreto dentro de la Corporación, para lo cual haya que acudir a los artículos 21 y 22 de la L.B.R.L., en el primero de los cuales se atribuyen al Alcalde “aquellas competencias que la legislación del Estado (...) asigne al municipio y no atribuya a otros órganos municipales” (artículo 21-1-s). Este es el título de atribución a los Alcaldes de la competencia para ordenar la recuperación de oficio de bienes en vía administrativa, y no el del artículo 21-1-k (“el ejercicio de acciones judiciales y administrativas”); el ejercicio de una acción administrativa es cosa distinta a la recuperación de oficio, pues alude necesariamente a la comparecencia ante otras Administraciones en defensa de intereses municipales, sin lo cual no puede decirse que haya “ejercicio de acción administrativa”, lo que es distinto al puro ejercicio de potestades municipales (v.g. tributaria, de disciplina urbanística, de seguridad vial, expropiatoria, etc.); en todos estos supuestos existe ejercicio de competencias administrativas pero no ejercicio de acciones administrativas”. (...) Para ejercitar las facultades de recuperación de sus bienes atribuida por la normativa antes citada a los entes locales “es absolutamente preciso que el previo uso público y detentación posesoria por parte del Ayuntamiento recurrente haya quedado establecido de modo medianamente convincente, sin necesidad de complicados juicios valorativos, bien porque conste la utilización con ese carácter por una pluralidad de vecinos de manera reiterada y pacífica, bien a través de una actividad de conservación y cuidado del camino por parte del ente público, bien por cualquier otra circunstancia análoga (Sentencias de 4 de junio de 1991, 13 de febrero de 1989, 2 de octubre de 1997, 25 de marzo, 7 de julio y 14 de octubre de 1998, entre varias otras)” (STS de 11-7-2001). Esas circunstancias a las que se refieren las citadas sentencias concurren de forma clara en este caso, especialmente en lo que se refiere al pavimento del espacio litigioso, realizado con el mismo material y sin solución de continuidad con el del resto del pueblo, y al punto del alumbrado público, que, como ocurre de forma normal en pueblos y ciudades con los de ese tipo, está colocado en la fachada de una casa particular. La propia configuración del lugar, por el que tienen su acceso varias viviendas, y los testimonios sobre su uso comunitario, también avalan el uso público. El espacio cuyo uso público se acuerda recuperar está perfectamente identificado y delimitado en los planos unidos a la resolución municipal. Y la perturbación posesoria no solo resulta de las fotografías que obran en el expediente administrativo sino que está reconocida en la demanda al decir que los que se atribuyen el carácter de copropietarios han venido usando y disfrutando desde siempre el espacio litigioso. Por ello tampoco las alegaciones de la apelante que se refieren a la no concurrencia de los supuestos necesarios para la recuperación posesoria pueden tener acogida».

regap



NOTAS

## 2 Bens públicos

### 2.1 Natureza pública demanial do solo da illa de Ons

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (**TS**), na Sentenza do **13 de maio de 2015** (RC 1778/2013, relator: Excmo. Sr. Fernández Valverde), rexeitou o recurso promovido polo Concello de Bueu contra o Decreto 174/2010, do 1 de outubro, do Consello da Xunta de Galicia, que desenvolve o réxime xurídico e regula o procedemento para o outorgamento das concesións da illa de Ons, cos seguintes argumentos:

*«(...) debe tomarse en consideración que el Decreto autonómico impugnado 174/2010 no hace sino desarrollar la Ley 5/2001, de 28 de junio, de Régimen jurídico de las concesiones de la isla de Ons, la cual, como señala la sentencia de instancia, establece que las islas de Ons y Onza son bienes de dominio público de titularidad autonómica; esto es, la norma reglamentaria impugnada se limita a regular las posibles concesiones que pueden concederse por la Junta de Galicia respecto de los bienes inmuebles sitos en las citadas islas, pero, sin lugar a dudas, partiendo de la premisa previa de que los terrenos de las islas –todos ellos, sin exclusión alguna– cuentan con la naturaleza de bienes de dominio público, si bien de titularidad autonómica.*

*Incluso, profundizando en la citada consideración de bienes de dominio público, debe señalarse que cuentan con la citada naturaleza por cuanto los mismos –todos ellos– se encuentran “afectos al uso general o a los servicios públicos” y así ha sido declarado por una Ley, como aquí acontece con la Ley 5/2001, de 28 de junio, de Régimen jurídico de las concesiones de la isla de Ons, declaración que lleva implícita la utilidad pública e interés social de las islas, con la concreta finalidad actual de su preservación para el medio ambiente.*

*Debe recordarse que las islas fueron expropiadas en 1942, quedando entonces afectas a la defensa nacional, siendo luego transferidas sucesivamente al IRYDA y al ICONA con la finalidad de potenciar sus valores naturales, hasta que en 1984 su titularidad –con su naturaleza y afectación– fue transferida a la Junta de Galicia. Con tal naturaleza fueron inscritas en el Registro de la Propiedad de Bueu, sin que conste desafectación alguna, ni siquiera de algunos de sus concretos terrenos, por parte de la Junta de Galicia –pese a las proposiciones de Ley presentadas al respecto–, y sin que –en modo alguno– pudiera entenderse producida una desafectación fáctica o tácita derivada de la ocupación de los mismos por vecinos del municipio de Bueu, siendo, por el contrario, el Decreto impugnado el que, partiendo de la consideración jurídica de bienes de dominio público de todos los terrenos de las islas, viene a regular la utilización de algunos de los mismos mediante la técnica de la concesión administrativa; uso que, según la propia Ley 5/25001, ha de ser compatible con el Plan de Ordenación de Recursos Naturales y con el Plan Director de Uso y Gestión de las islas.*

*Así lo consideró el Dictamen de 15 de septiembre de 2010 del Consejo Consultivo de Galicia, y así lo declaró el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Pontevedra, en el Procedimiento Ordinario 262/2010, seguido a instancia de algunos vecinos que alegaban la prescripción adquisitiva inmemorial prevista en el artículo 1959 del Código Civil, mediante sentencia de 9 de noviembre de 2011; sentencia confirmada en apelación (Recurso 53/2012) por la de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de octubre de 2012.*

(...) Para concluir solo hemos de recordar que, en principio, y salvo deslinde que desconocemos, los terrenos de los vecinos de Bueu no serían bienes de dominio público natural, de los contemplados en el artículo 132 de la Constitución».

### 3 Contratos públicos e subvencións

#### 3.1 Revisión da concesión do servizo de transporte marítimo na ría de Vigo en réxime de exclusividade por incompatibilidade co dereito da Unión Europea. Dereito do contratista a obter unha indemnización

Na sentenza do **TS do 13 de outubro de 2015** (RC 2353/2014, relator: Excmo. Sr. Lucas Murillo de la Cueva) recoñéceselle á antiga concesionaria do servizo público de transporte marítimo regular de viaxeiros na ría de Vigo o dereito a percibir unha indemnización polos prexuízos derivados da perda da exclusividade na prestación do servizo como consecuencia da revisión de oficio da concesión por imperativo do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. O TS toma como punto de partida os seguintes antecedentes:

«(...) la ahora recurrente, (...), obtuvo mediante el correspondiente concurso y en virtud de la resolución del Consejero de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Galicia de 5 de octubre de 1999, la adjudicación, por veinte años, prorrogables por otros diez, de la concesión para prestar el servicio público de transporte marítimo regular de viajeros entre las riberas de la ría de Vigo y el estacional turístico a y desde las islas Cíes. Antes, la Ley del Parlamento de Galicia 4/1999, de 9 de abril, había declarado servicio público de titularidad de la Junta de Galicia el transporte público marítimo de viajeros en la ría de Vigo. Años después, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2006, dictada en el asunto C-323/03, declaró la incompatibilidad de esa Ley con el Reglamento (CEE) 3577/92, del Consejo, de 7 de diciembre, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo). En particular, falló que lo infringía en tanto permitía “conceder los servicios de transporte marítimo de pasajeros en la ría de Vigo a un único operador durante un período de veinte años y que incluye como criterio de adjudicación de dicha concesión la experiencia de transporte en la citada ría; (...) someter a obligaciones de servicio público los servicios de transporte estacionales con las islas o los servicios de transporte regulares entre puertos continentales; (...) [y] nunca fue objeto de consulta con la Comisión de las Comunidades Europeas”. A raíz de este pronunciamiento, el Parlamento de Galicia dictó la Ley 2/2008, de 6 de mayo, por la que se desarrolla la libre prestación de servicios de transporte marítimo de personas en aguas interiores de Galicia. Su preámbulo explica que la mencionada sentencia “determina la necesidad de establecer un marco de libre prestación de servicios de cabotaje”, si bien, después, precisa que la liberalización no puede suponer la desregulación del sector y, por eso, procede a desarrollar el marco general en que se producirá la libre prestación del indicado servicio y su disposición derogatoria única 1 deroga la Ley 4/1999. Antes, el 22 de febrero de 2008, y también como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia, la Administración gallega incoó un procedimiento de revisión de oficio de la concesión, procedimiento que concluyó con la declaración de su nulidad por resolución de 17 de julio de 2008 sin disponer nada sobre las pretensiones indemnizatorias planteadas en sus alegaciones por la concesionaria (...).

regap



NOTAS

E conclúe que a mercantil contratista debeu ser indemnizada, xa que:

*«es un concesionario cuya concesión se ha visto alterada sustancialmente, pues, siendo su objeto la prestación de un servicio de transporte en exclusiva, tras la sentencia del Tribunal de Luxemburgo no puede mantenerse esa exclusividad. Una exclusividad que, en los términos en que se convocó el concurso para adjudicarla y, posteriormente, se adjudicó (...) debía prolongarse por todo el tiempo de la concesión, es decir, por veinte años y, en su caso, de ser prorrogada, por otros diez. De ahí que la oferta de la actora se hiciera con esa perspectiva temporal y, naturalmente, que comprendiera las condiciones de prestación del servicio de transporte marítimo en la ría de Vigo y a las islas Cíes en exclusiva. Y, de igual modo que no es preciso un especial esfuerzo para advertir lo anterior, tampoco es menester de particular explicación para concluir que la privación de dicha exclusividad ha de repercutir negativamente en el concesionario que tendrá la competencia de otras empresas y, por tanto, transportará a menos viajeros. (...) La concesión seguía siendo válida y eficaz si bien no era posible ya su explotación por la variación sustancial que se había producido en la misma, del todo ajena a la concesionaria (...) no tenía ya posibilidades de desenvolverse en las condiciones en que se adjudicó pues, ciertamente, el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo conducía de forma necesaria a la privación de la exclusividad del servicio e impedía, así, la explotación de la concesión. De ahí que lo procedente fuera, no la declaración de nulidad, sino la resolución anticipada de la concesión».*

### 3.2 Contratos mixtos. Servizo de xestión integral de espazos dun Complexo Hospitalario. Posibilidade de licitación nun mesmo contrato dos servizos de subministración enerxético, limpeza, seguridade, etc.

O **TSXG** (Secc. 2ª), na sentenza do **9 de xullo de 2015** (recs. 4180/2014 e 4234/2014, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera), estima o recurso formulado polo SERGAS contra unha resolución do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) que anulara os pregos da licitación do servizo de xestión integral de espazos do Complexo Hospitalario Universitario de Ourense. Considera o Tribunal galego que é posible licitar conxuntamente, nun mesmo contrato, os servizos de limpeza, subministración enerxética, seguridade, mantemento, etc., dun hospital, dado que:

*«(...) sí se da entre las prestaciones integradas en el contrato litigioso la complementariedad y vinculación a la que se refiere el artículo 25.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), así como también la unidad funcional dirigida a la satisfacción de una necesidad y a la consecución de un fin institucional propio del ente contratante, puesto que se trata de un contrato mixto de servicios y suministros destinados al funcionamiento de un hospital público de forma que se dé la respuesta más adecuada en tiempo y forma a las necesidades existentes, tanto de los usuarios como de los profesionales, y al mismo tiempo se obtenga un ahorro económico para la Administración, así desde el punto de vista del consumo de energía como de la simplificación de la estructura organizativa y funcional, con la consiguiente disminución de costes por las sinergias producidas y las economías de escala. (...) Las exigencias del artículo 25.2 de la LCSP deben analizarse en términos jurídicos y no económicos, cuando las Directivas 18/2004 y 2014/24 UE, al hablar de la necesidad de celebrar un único contrato mixto dicen que esa necesidad puede deberse a motivos tanto de carácter técnico como económico. El Real Decreto Ley 6/2010 trata de impulsar en materia de energía los*

contratos que incluyan un conjunto de prestaciones, como inversiones inmateriales, obras y suministros. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Recomendación de 23-7-2009 incluye la limpieza como una de las prestaciones integrantes de un contrato de suministro de energía y gestión energética de edificios públicos. El artículo 11 de la LCSP incluye entre los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado el de gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. El Real Decreto 475/2007 clasifica los servicios integrales a edificios e instalaciones como una de las actividades económicas. (...) III El Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las Pyme a los contratos públicos, redactado para garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en licitaciones públicas, considera que una de las dificultades con las que se encuentran dichas empresas es la relacionada con el tamaño de los contratos; y para superarla propone recurrir a la posibilidad de que los operadores económicos se agrupen, o de que aprovechen su capacidad económica, financiera y técnica de forma conjunta. Esta posibilidad es facilitada en el PCAP del contrato litigioso, ya que en su artículo 5.3.1.f) prevé que para las prestaciones que tengan que ser realizadas por empresas especializadas con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente pueda suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar su ejecución con otros empresarios que dispongan de ella. Y en el mismo artículo hay un epígrafe destinado a las uniones de empresarios, y el 4.2 contiene una remisión al artículo 59 de la LCSP al regular la capacidad para contratar. En consecuencia también tiene que ser considerada como incorrecta la referida apreciación realizada en la resolución impugnada, por lo que, y por lo anteriormente expuesto, procede su anulación y la estimación de los recursos con la declaración de ser conformes a derecho los pliegos litigiosos».

regap



NOTAS

### 3.3 Reintegración de fondos FEDER. Prazo de prescripción

A sentenza do **Tribunal Superior de Xustiza de Madrid** do **30 de setembro de 2015** (rec. 685/2014, relatora: Ilma. Sra. Cadenas Cortina) anula unha resolución da Dirección Xeral de Fondos Comunitarios do Ministerio de Facenda que obrigaba a Deputación Provincial de Ourense a reintegrar uns dez millóns de euros percibidos de subvencións do Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (FEDER) destinadas á construción de infraestruturas de depuración de augas residuais domésticas en pequenos núcleos rurais (proxectos DAREDO e DEPUTRANS do Programa de Iniciativa Comunitaria INTERREG III). A resolución impugnada tiña a súa última causa nas investigacións realizadas pola Oficina Antifraude Europea (OLAF), nas que se detectaran graves irregularidades nos procedementos de licitación das obras. O Tribunal Superior anula a resolución impugnada por apreciar causa de prescripción, sen pronunciarse sobre as irregularidades denunciadas pola OLAF:

«(...) se trata de una subvención financiada con Fondos de la UE. En esta materia, el Reglamento 2988/95 CE, del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, establece en su art. 1. párrafo 2º que: "2. Constituirá irregularidad toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las Comunidades o a los presupuestos administrados por éstas, bien sea mediante la disminución o la supresión de ingresos procedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades, bien mediante un gasto indebido". El art. 3 por su parte en referencia a la prescripción dispone que "1. El

*plazo de prescripción de las diligencias será de cuatro años a partir de la realización de la irregularidad prevista en el apartado 1 del artículo 1. No obstante, las normativas sectoriales podrán establecer un plazo inferior que no podrá ser menor de tres años. Para las irregularidades continuas o reiteradas, el plazo de prescripción se contará a partir del día en que se haya puesto fin a la irregularidad. Para los programas plurianuales, el plazo de prescripción se extenderá en todo caso hasta el cierre definitivo del programa. La prescripción de las diligencias quedará interrumpida por cualquier acto, puesto en conocimiento de la persona en cuestión, que emane de la autoridad competente y destinada a instruir la irregularidad o a ejecutar la acción contra la misma. El plazo de prescripción se contará de nuevo a partir de cada interrupción”.*

*La Administración [del Estado] entiende que no cabe la prescripción alegada porque no se ha aprobado el Cierre de Programa y por tanto no se ha iniciado el plazo de obligación de conservación de la justificación documental a que se refiere el art. 38.6 del Reglamento CE 1260/1999 (que establece disposiciones generales sobre los fondos estructurales) (...). Con esta normativa general y específica ha de examinarse la alegación de prescripción realizada por la recurrente, teniendo en cuenta la prioridad de la normativa comunitaria, dado que se trata de una subvención del FEDER. La Administración considera que el plazo debe computarse desde el cierre definitivo del programa. El Abogado del Estado incide en la previsión del art. 3.1 del Reglamento 2988/1995, que hace referencia a este punto concreto, para los programas plurianuales, y la prescripción se extiende al cierre definitivo que todavía no se ha producido.*

*El tema se centra por tanto en la fecha desde la que ha de iniciarse el cómputo. (...).*

*En este supuesto, consta que la ejecución del proyecto DAREDO concluyó el 31 de diciembre de 2005, y en el programa del mismo se establecía un plazo de 6 meses para la solicitud de pago final acompañándose del informe final del proyecto. El 30 de junio de 2006 finalizaba el plazo de justificación, habiéndose presentado el informe correspondiente, y respecto al proyecto DEPUTRANS el plazo finalizaba el 30 de junio de 2007, dado que concluyó el 31 de diciembre de 2006. constando asimismo el oportuno informe. (...).*

*Aunque se trate de un programa plurianual, la intervención en el mismo de la Diputación Provincial de Ourense se circunscribe a los proyectos descritos finalizando con la presentación de los informes finales. (...). El expediente de reintegro se inicia en fecha 6 de septiembre de 2013, y este acuerdo fue debidamente notificado a la Diputación en su momento. Es cierto que la Diputación había tenido conocimiento de las actuaciones de la OLAF pero estas partieron de una denuncia de un particular, y la fecha de apertura de actuaciones, según consta en los informes, es el 25 de octubre de 2011 y la OLAF remitió una relación de hechos a la Diputación en diciembre de 2012. Por tanto, incluso partiendo de esas actuaciones de investigación, el plazo de cuatro años había transcurrido, de modo que no puede entenderse interrupción alguna cuando no se ha producido actuación en todo el periodo. Debe también destacarse que la investigación se ha centrado en los procedimientos de contratación, teniendo en cuenta que los anuncios se habían publicado en su momento en fechas muy anteriores.*

*(...) Es evidente que la OLAF podía efectuar la investigación que estimara necesaria para la adecuación de los proyectos a la normativa, pero el plazo de prescripción de la acción de reintegro en caso de irregularidades no puede prolongarse todo el tiempo de duración del proyecto cuando se trata de un proyecto general que tiene convocatorias independientes,*



*y los plazos se refieren a cada una de ellas tanto para realizar los proyectos, justificar su finalización y gastos y demás obligaciones, lo que lógicamente lleva a concluir que es desde estos momentos concretos, al finalizar cada proyecto y justificarse la realización del mismo, cuando debe computarse el plazo de prescripción sin que pueda mantenerse sine die hasta una eventual finalización del proyecto general que puede prolongarse, y de hecho se prolonga, varios años, puesto que cada una de las actuaciones se realiza en el marco de una convocatoria concreta. Por lo demás, en este caso las actuaciones parten de una denuncia centrada en los procedimientos de contratación, y parece razonable entender que tales procedimientos pudieron denunciarse en el momento en que se anunció la contratación para cada supuesto y se produjo la adjudicación determinada, datos estos que debían constar en cada una de las convocatorias debidamente publicadas.*

*En definitiva, se considera que ha prescrito la acción para exigir el reintegro. La obligación de tener la documentación a disposición no implica que el plazo de prescripción deba computarse desde que finalice el plazo fijado, sino que debe tenerse en cuenta la norma que regula la prescripción en concreto, que en es el Reglamento 2988/1995, interpretando la misma en el sentido de que cuando se trata de convocatorias específicas ha de estarse a cada una y al periodo de ejecución y comprobación de datos. Y ello teniendo en cuenta el criterio mantenido por el TS y la AN en las Sentencias antes citadas».*

### 3.4 Protección de datos persoais nos procedementos de outorgamento de subvencións

Na sentenza do **Tribunal Supremo** do **9 de marzo de 2015** (RC 3552/2012, relator: Del Riego Valledor) desestímase o recurso interposto pola Xunta de Galicia contra unha resolución da Axencia Española de Protección de Datos (AEPD) que sancionou a Xunta de Galicia por publicar os datos persoais de determinadas persoas discapacitadas perceptoras de axudas do Fondo de Acción Social. Incídese na sentenza en que:

*«(...) a través del buscador Google, era posible acceder a las listas de personas discapacitadas que había publicado la Xunta de Galicia en su página web. (...) Las prescripciones legales que plasman los principios de publicidad, transparencia y concurrencia que rigen la concesión de las subvenciones, esto es, la Ley estatal 38/2003, de Subvenciones, y las normas autonómicas sobre la misma materia, antes citadas, no exigen ni autorizan la publicación de los datos de identidad de las personas discapacitadas en cuya ayuda se concede la subvención, y tampoco casa con un cumplimiento riguroso y diligente de los deberes de cuidado y sigilo, que recaen sobre el responsable de un fichero, que los datos en él contenidos sobre la salud de las personas, que están especialmente protegidos por la LOPD, sean de libre acceso a través de un buscador de Internet, sin medidas eficaces que lo impidan. (...) no era necesario, para la tramitación de las subvenciones, el acceso generalizado a los datos de todas las personas discapacitadas que causaban derecho a las ayudas, y que existían medidas técnicas de protección de los datos de los ficheros, que hacían más difícil ese acceso indiscriminado, que no se adoptaron».*

Regap



NOTAS

## 4 Expropiación forzosa

### 4.1 Composición do Xurado de Expropiación Forzosa de Galicia. O vogal técnico representante do concello expropiante debe ter a titulación de arquitecto

O **TSXG**, na sentenza do **4 de novembro de 2015** (rec. 7346/2011, relator: Ilmo. Sr. Villares Naveira), anulou unha resolución do Xurado de Expropiación Forzosa de Galicia de fixación de xusto prezo tras constatar un defecto substancial na composición do xurado. O concello expropiante enviou como representante (vogal técnico) un avogado de XESTUR (beneficiaria da expropiación). O tribunal insiste en que o vogal da Administración expropiante debe posuír a titulación de arquitecto, tratándose dun requisito esencial por que:

«(...) *Non se trata dun membro calquera do xurado, senón do **vogal técnico**, que é o que traslada ao seo do órgano un maior acervo científico á hora da determinación do xusto prezo, no sentido de que é quen recolle con maior precisión as circunstancias fácticas que permiten valorar as parcelas que serven de testemuña para os cálculos formularios e, ademais, quen manexa as táboas profesionais sobre relación de prezos de construción para determinar con éxito o valor da parcela, con referencia a calquera dos métodos de concreción do prezo xusto. Estas funcións son insubstituíbles dentro do xurado, e unha simple regra de maioría de votos interna non supliría estas carencias, posto que a dimensión volitiva do órgano de taxación non pode agochar a razón de ciencia en que se fundamenta o seu carácter técnico.*

*O segundo elemento é consecuencia do anterior, e xa foi apuntado: precisamente debido á composición técnica do xurado e á súa especialización, a xurisprudencia ten rebaixadas as exixencias de exhaustividade na **motivación da resolución**, porque hai unha confianza intrínseca á natureza e capacidades dos seus membros que fai que na propia resolución, obviándose moitas veces a orixe dos datos en que se basea o cálculo ofrecido na resolución, tense esta como satisfactoriamente xustificada en razón desa cualificación do xurado. E precisamente por isto tamén, tal como recoñece a sentenza antes transcrita, o ascendente do vogal técnico sobre o conxunto do xurado é tan relevante, pola súa formación. (...) Estamos perante o suposto en que un arquitecto superior é substituído por un avogado, o que orixina unha **inidoneidade absoluta** para a responsabilidade que se lle encomenda (...), pois en abstracto non albiscamos de que forma pode un xurista ilustrar o conxunto do xurado sobre a obtención de valores relativos ao produto inmobiliario final ou a atribución de magnitudes económicas a cada un dos elementos construtivos precisos para o cálculo, por poñer algún exemplo».*

### 4.2 Insolvencia da entidade beneficiaria da expropiación. Obriga subsidiaria da Administración expropiante de lles pagar o prezo xusto aos propietarios afectados, en substitución da beneficiaria

O Concello de Miño expropiou uns terreos para a execución dun complexo residencial-deportivo, promovido por unha entidade mercantil en calidade de beneficiaria da expropiación. Tras a ocupación dos terreos e a determinación definitiva do xusto prezo expropiatorio, a beneficiaria entrou en situación de concurso e insolvencia. Na sentenza do **TS** do **6 de xullo de 2015** (RC 3349/2013, relator: Excmo. Sr. Trillo Alonso) ratificouse a decisión do TSXG, que

declarou a responsabilidade subsidiaria do Concello e, conseguintemente, a súa obriga de pagar o xusto prezo en substitución da beneficiaria da expropiación. O Alto Tribunal incide en que, conforme o disposto no artigo 33.3 da Constitución:

*«(...) la necesaria indemnización de los bienes expropiados constituye un presupuesto necesario e ineludible para el ejercicio de esa potestad administrativa, sin el cual la misma institución expropiatoria carece de fundamento y legitimidad. Así pues, existe ya una exigencia a nivel constitucional de la necesidad del pago del justiprecio como garantía de la expropiación que la legitima y que es obligado no se someta a condicionamiento alguno, porque es un derecho que el constituyente confiere a los ciudadanos, que ve sacrificado su patrimonio en aras del interés general, de ahí que cuando ya se ha fijado el justiprecio de manera definitiva debe procederse al pago del mismo de manera ineludible porque, en otro caso, se alteraría uno de los elementos esenciales de la institución que la legitiman. Y es manifiesto que esa condición que se impone a la potestad expropiatoria recae sobre la titularidad de la misma, es decir, sobre la Administración, que es a la que se confiere su ejercicio y se erige en garante ante el ciudadano de que sin la indemnización no podrá verse desposeído de sus bienes o derechos. (...) Ya estableció el Legislador de 1954, en la regulación de la expropiación forzosa, el principio de que para que se procediese a la ocupación del bien o derecho expropiado era necesaria la previa indemnización (artículo 124), estableciendo el régimen normal de la expropiación en el que sólo previo el pago del justiprecio podría ocuparse el bien o derecho expropiado (artículo 48)». De ahí habrá de concluirse que la situación indeseable en que se encuentran los expropiados en el presente recurso de no poder percibir el justiprecio de manera inmediata y en su integridad por la declaración en concurso de la obligada principal al pago no habría tenido lugar de haberse seguido el procedimiento ordinario que se regula en la Ley de Expropiación; esa situación se ha generado por la decisión de la misma Administración, que no solo acordó la expropiación, sino que en una decisión expresa decidió acudir al procedimiento de urgencia.*

*(...) la intervención del beneficiario en el procedimiento expropiatorio no altera la titularidad de la potestad expropiatoria, ni quien la ejerce, ni las garantías constitucionales (justiprecio) que se establecen en favor del expropiado. (...) El expropiado debe dirigirse directamente al beneficiario y solo de manera subsidiaria y acreditada la imposibilidad de obtener el cumplimiento por el beneficiario de la correspondiente obligación (en este caso abono del justiprecio) puede dirigirse a la Administración expropiante exigiendo su incumplimiento.*

*En todo caso, debe quedar claro que se trata de la exigencia de responsabilidad a la Administración expropiante derivada del ejercicio de la potestad expropiatoria y en cumplimiento de las garantías constitucionales establecidas en favor del expropiado a que está sujeta la expropiación. Y no puede confundirse ese deber, que está insito en la misma potestad expropiatoria, con la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, porque ambas instituciones son bien diferentes. (...) Incluso sería de señalar que, si bien ambas instituciones están recogidas en la Constitución, la responsabilidad lo está en el Título IV al regular el Gobierno y la Administración y como una garantía de los ciudadanos frente a la Administración; en tanto que la expropiación está contemplada con mayor garantía en el Capítulo II, en el artículo 33.3º, como un derecho de los ciudadanos, estando también reconocida, como limitación al derecho de la propiedad, en el artículo 1º del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1952; es decir, con las garantías que se confieren a*

Regap



NOTAS

*esos derechos de los ciudadanos en la Ley Fundamental del Estado y precisamente frente a los poderes públicos. (...).*

*La cuestión surge cuando, efectuada la orden de pago, se constata que la previa declaración del concurso, sin perjuicio de los efectos que esa declaración tiene, hace imposible el pago al momento del requerimiento; es decir, en pura técnica procesal, imposibilita la ejecución de la sentencia. Y ante esa circunstancia, a la Sala de instancia solo le quedaban dos soluciones desde el punto de vista procesal; o declarar la inejecución de la sentencia, conforme autoriza el artículo 105 de la Ley, o asumir directamente el pago la misma Administración expropiante. Aquella primera solución estaba imposibilitada, porque la inejecución encuentra los motivos tasados en el artículo 105 de la Ley, que no concurre en el presente supuesto y, en todo caso, se somete a una indemnización sustitutoria que encontraría la misma dificultad que con el pago del justiprecio.*

*Ahora bien, es en ese momento, constatado que la beneficiaria como obligada al pago de manera inmediata y principal no puede dar debido cumplimiento a la sentencia, cuando es obligado que la misma Administración expropiante, en cuanto que titular de la potestad expropiatoria cuyo ejercicio ha generado la dificultad en los expropiados de ver frustrado el derecho a la percepción de la correspondiente indemnización, cuando ha de acudir a lo que antes se dijo en relación con la exigencia constitucional de que la potestad expropiatoria comporta un deber inexcusable la percepción de esa indemnización, deber que se impone, ya lo vimos, directamente al titular de la potestad, la Administración expropiante.*

*(...) Incluso es necesario añadir a lo expuesto que, en puridad de principios, la misma declaración de concurso es causa legal de resolución del contrato de concesión (artículos 223 y 269 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) con la importante relevancia que tendría en relación con las obligaciones legales del concesionario, como sería el pago del justiprecio; dejando sin resolver la condición en la que concurriría el expropiado en un concurso de acreedores, con fundamento en unos créditos que ofrecen serias dificultades de calificarse como de carácter público, a los efectos de su exclusión y beneficios en el concurso de acreedores, cuestión propia del ámbito concursal que debe quedar al margen de la cuestión aquí suscitada y en todo caso desnaturalizando la condición de la deuda, que no responde a un crédito derivado de un negocio jurídico, sino a una indemnización establecida como presupuesto del ejercicio de la potestad expropiatoria y como tal no se satisface mediante el régimen del convenio y garantías propias del procedimiento concursal. (...)*

*En esa misma línea, el art. 7 del citado Real Decreto-Ley 1/14, ha modificado también el art. 271 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/11, de 14 de noviembre), añadiendo un nuevo apartado 7: “Si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, ésta quedará subrogada en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo”. Previendo, en fin, su Transitoria Segunda que: “Lo dispuesto en los artículos sexto y séptimo de este real decreto-ley será aplicable a los contratos de concesión*

*cualquiera que sea su fecha de adjudicación...". Tales preceptos evidencian la conciencia del serio problema, ajeno totalmente a los expropiados y del que, obviamente, la Administración del Estado, que es quien ejerció la potestad expropiatoria, eligió el procedimiento, adjudicó la concesión y es titular de la infraestructura a la que se destinaron los bienes expropiados, no puede desentenderse, porque en modo alguno es ajena al pago del justiprecio, ya que, en su condición de Administración expropiante, deberá responder (en defecto del primer obligado), en la medida en que dicho pago –garantía constitucional de toda expropiación– no sólo es una obligación, sino, como decíamos en el Fundamento de Derecho Noveno de nuestra precitada Sentencia de 17 de diciembre de 2013, presupuesto de aquélla. En suma, lo que se quiere poner de manifiesto es que, existiendo aquel deber de la Administración frente a ciudadano al que se somete a la expropiación de sus bienes y derechos, la declaración en concurso del obligado principal le genera tal grado de incertidumbre en cuándo y cuánto podrá percibir en concepto de justiprecio que dejaría burlado su derecho garantizado a nivel constitucional, burla que se obviaría de asumir la obligación el deber que está ínsito en el mismo ejercicio de la potestad expropiatoria que la misma Administración impuso».*

## 5 Persoal

### 5.1 Procedementos de selección de persoal. Designación dos membros do tribunal da oposición: acto de trámite cualificado impugnabile coa resolución final. Infracción dos principios de paridade de xénero e de imparcialidade e obxectividade

O **TSXG**, na sentenza do **17 de xuño de 2015** (rec. 1/2015, relator: Ilmo. Sr. Chaves García), confirmou en apelación a anulación dos resultados da oposición convocada para cubrir varios postos dunha Administración local, pola defectuosa composición do tribunal de selección. En primeiro lugar conclúe, desde unha perspectiva procesual, que é posible agardar á resolución final do procedemento selectivo para cuestionar o nomeamento dos membros do tribunal, xa que:

*«(...) En este ámbito de la recusación hemos de recordar que la designación de los Tribunales calificadoros de procedimientos selectivos constituye un acto de trámite cualificado que por economía procesal puede plantearse en la primera ocasión que se brinda, pero también frente al acto definitivo que ultima el procedimiento selectivo, por parte de quienes siendo interesados no tenían noticia de las circunstancias de ilegalidad o de abstención (art. 29.1 en relación con el art. 28.2 Ley 30/1992), o por parte de aquéllos terceros, como el sindicato impugnante, a los que no se les notifica directamente resolución alguna y que pueden impugnar el acto definitivo cuestionando la legalidad o imparcialidad del Tribunal calificador. Y es que resultaría excesivo y desproporcionado poner en un tercero, como el sindicato impugnante, la carga de impugnar la Resolución que designa el Tribunal calificador cuando la misma se limita a efectuar una designación nominal e indicación de puesto de trabajo, pero sin expresar lógicamente su trayectoria o antecedentes, vinculación política o personal con la autoridad que los nombra, extremos cuya revelación o constatación pueden aflorar en el curso del procedimiento y confirmarse la parcialidad al tiempo de la adjudicación de las plazas. Por otra parte, los requisitos de composición de un Tribunal calificador por imperio de la Ley, como es la composición paritaria del mismo (al margen de las circunstancias es-*

Regap



NOTAS

*pecíficas de los designados) se alzan en condiciones de orden público y derecho necesario, de manera que pueden ser planteadas de forma válida al tiempo de impugnar el acto final del procedimiento selectivo. Así, estos supuestos o imperativos legales, en el caso de la Ley gallega, velan por la composición de un órgano colegiado responsable de asegurar el acceso al empleo público en condiciones de igualdad, lo que no solo alza un requisito esencial, sino que compromete derechos fundamentales (...)*».

Sobre o incumplimento do **principio de paridade** nos membros do tribunal da oposición afirmou o seguinte:

*«(...) el expediente es elocuente, puesto que tanto el art. 60.1 del EBERP como el art. 36 de la Ley 7/2004 de 16 de julio, de Galicia, para la igualdad de hombres y mujeres a que se remite el art. 34.2 del Decreto Legislativo de 13 de Marzo de 2008, imponen garantizar la paridad. Así, el citado art. 36 precisa que “La composición de los tribunales de selección del personal de la Administración pública gallega será paritaria para el conjunto de la oferta pública de empleo, tanto si se trata de acceso al empleo como si se trata de promoción interna. Para ello, en la designación atribuida a la Administración pública gallega, se garantizará la paridad entre mujeres y hombres, o, si fuera impar el número a designar, con diferencia de uno entre ambos sexos. Idénticas exigencias se aplicarán en la designación atribuida a cada instancia diferente a la Administración pública gallega”. Hacemos hincapié en que tal exigencia es imperativa y no potestativa (“será paritaria”) y se extiende a “la composición de los Tribunales de selección de personal”. De ahí, que la pretensión del concello apelante de considerar que se cumple la paridad computando titulares y suplentes en su conjunto es errada, puesto que lo relevante es asegurar la efectiva igualdad en la composición del Tribunal cuando está “constituido” sin olvidar que la interpretación del apelante puede conducir al absurdo de designar todos los titulares varones y todos los suplentes mujeres, lo que encerraría el incumplimiento frontal de la finalidad real de la medida que es asegurar que los tribunales que impulsen el procedimiento de forma efectiva tengan composición paritaria. Por eso, la composición del tribunal para administrativo por cinco hombres y una mujer, y del tribunal para letrado de cuatro hombres y una mujer es contraria a derecho».*

E sobre a infracción do **principio de imparcialidade**, por teren a maioría dos membros do tribunal vínculos con determinado partido político e coas candidatas finalmente seleccionadas:

*«(...) la apreciación de una amistad íntima por el juzgador entre el Alcalde y la adjudicataria de la plaza no descansa en fantasías ni decisionismo, sino que se apoya en lo que califica de “hecho público y notorio” (ex. art. 281.4 LEC), así como en el testimonio del Secretario municipal, unido al dato elocuente de la posterior abstención del Alcalde al final del procedimiento. (...) De forma similar al caso anterior, el Tribunal selectivo presentaba serios visos de estar contaminado en el criterio de designación. Y es que la sentencia parte de la condición del Presidente como titular de cargos de relieve del adjudicatario al servicio del Partido Popular (Delegado Provincial de la Consellería de Medio Ambiente en Ourense), a lo que se suma la filiación política similar de los cuatro funcionarios provinciales del tribunal y la del Presidente, funcionario que poseía cargos de significación política (Jefe Territorial de la Consellería de Cultura e Turismo en Ourense). En suma, la sentencia apelada no se apoya en un dato aislado ni ocasional, sino que el juzgador se forja la convicción que compartimos de la designación de los miembros del tribunal calificador “ad hoc” para favorecer a la adjudicataria final (...) dentro de la prueba de presunciones tiene cabida el juicio emitido por el juez de instancia que*

*anuda el dato de que el Alcalde fuere diputado del Partido Popular en la Diputación Provincial de Ourense (con probado papel directivo por delegación del Presidente de la Diputación) a la designación estadísticamente sorprendente de que todos los miembros del Tribunal fueren empleados públicos de la Diputación citada. A mayores, la sentencia apelada da cumplida noticia de los vínculos de tres miembros del Tribunal de Selección con el Partido Popular. Ello sin olvidar lo insólito del dato, que no cuenta con explicación razonable en contrario, de la ausencia de la presencia deseable y habitual del secretario municipal en el Tribunal, agravada por la ausencia de ningún otro empleado público municipal. Y aunque ciertamente un dato aislado no permitiría construir la desviación de poder, lo cierto es que el mosaico de datos y panorama indiciario desarrollado con precisión y lógica por la sentencia apelada es prueba suficiente del designio del Alcalde de predeterminedar la voluntad del Tribunal calificador mediante la designación "ad personam" de sus componentes, bajo el sencillo artificio de exigirles no solo cualificación (lo que no se cuestiona), sino propiciar las condiciones para contar con la potencial fidelidad de la mayoría de los miembros del Tribunal calificador a la hora de desarrollar su labor. (...) En el presente caso, no estamos ante un simple vicio formal de designación de un vocal de un tribunal, sino de algo más grave que hace ceder el principio de resistencia de los acuerdos de órganos colegiados que impide que el vicio en la designación de un local se comunique automáticamente a todo lo actuado, pues en el presente caso, además de las ilegalidades en la composición desconociendo la ley de paridad, nos encontramos con varios vocales aquejados de potencial parcialidad con peso específico determinante, unido a cargos políticos formando parte del Tribunal y concurriendo unas circunstancias o contexto detallado en la sentencia apelada, y aquí asumido, que revelan una voluntad estratégica de consumación de la adjudicación de las plazas que permitió al juez de instancia calificarla de desviación de poder».*

Regap



NOTAS

## 5.2 Idade mínima e máxima para poder acceder ás brigadas contra incendios forestais

A sentenza do **TSXG** (Secc. 1ª) do **18 de novembro de 2015** (rec. 435/2015, relator: Ilmo. Sr. Chaves García) rexeitou o recurso interposto por un sindicato contra a resolución aprobatoria das bases de selección para a contratación temporal de brigadistas para prevención e defensa contra incendios, nas que se impuxo un límite de idade de entre 18 e 60 anos para poder participar na convocatoria. Afírmase o seguinte na sentenza:

*«(...) Aduce el apelante el requisito de edad para el empleo público, que el art. 56.3 del EBEP establece en los siguientes términos: "Tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa. Sólo por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa para el acceso al empleo público". Ahora bien, hemos de tener presentes dos consideraciones. En primer lugar, que la edad máxima de jubilación forzosa viene impuesta exclusivamente al personal funcionario (art. 67.3 LEBEP), mientras que para el personal laboral habrá que estar a lo que dispongan los Convenios Colectivos (Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores), de manera que en el presente caso estamos ante personal contratado temporal sin que se haya acreditado o invocado ni el Convenio aplicable ni sus determinaciones cara a la edad máxima de jubilación, lo que excede el iura novit curia. En segundo lugar, que si bien el EBEP fija esa reserva legal para fijar una edad de jubilación forzosa como techo máximo de requisito de ingreso, no impide la habilitación que ofrece la Directiva y jurisprudencia comunitaria*

*en los términos indicados para que en supuestos justificados pueda establecerse de forma razonada y proporcionada un límite de edad para el acceso. En particular, tal habilitación por el principio de primacía del Derecho comunitario derivaría de la citada Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y en particular de la doctrina derivada de las sentencias del Tribunal de Justicia de sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de Enero de 2010 (Wolf, C-229/08), así como de la de 13 de noviembre de 2014 (Mario Vital Pérez contra Ayuntamiento de Oviedo, asunto C-416/13). De ahí deriva que la existencia de condiciones objetivas de una labor en que domina el esfuerzo, diligencia y fortaleza física, puede justificar la exigencia de una edad máxima para el acceso a aquélla».*

### 5.3 Supresión da paga extra dos funcionarios da Administración autonómica (xustiza). Entrada en vigor respecto da paga adicional do complemento específico

A sentenza do **TSXG** do **4 de febreiro de 2015** (rec. de interese de lei 309/2014, relator: Ilmo. Sr. Díaz Casales) estima un recurso de interese de lei interposto pola Xunta de Galicia e fixa a seguinte doutrina legal:

*«De acuerdo con lo previsto en el artículo 1.1 de la Ley del Parlamento de Galicia 9/2012, la supresión de la paga adicional del personal al servicio de la Administración de Justicia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia prevista en el artículo 12.3 de la Ley del Parlamento de Galicia 14/06 de Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para 2007, se hará efectiva desde la entrada en vigor de esta Ley del Parlamento de Galicia 9/2012».*

Xustifícase dita doutrina en que:

*«la paga adicional del complemento específico viene regulada por una normativa autonómica y que, por lo tanto, es susceptible de ser modificada o suspendida por una norma de idéntica procedencia y rango que, en este caso, viene constituida por la Ley Autonómica 9/2012 de 3 de agosto (DOGA 9/08/2012) y que entró en vigor al día siguiente de su publicación (Disposición Final Tercera); por lo tanto, hemos de concluir que el presente recurso de casación ha de estimarse, ya que en relación con esta supresión no ha de estarse a la fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2012 –como hace la Sentencia recurrida–, sino de la Ley autonómica 9/2012 que se produjo, como se dijo, el 10 de agosto de 2012».*

## 6 Responsabilidade patrimonial

### 6.1 Accidente de circulación por defectuoso estado da calzada (mancha de aceite). Cómputo do prazo de prescripción cando resulta nun principio dubidosa a titularidade da estrada. Requisitos da relación de causalidade

O **TSXG** examina na súa sentenza do **16 de setembro de 2015** (rec. 7008/2012, relatora: Ilma. Sra. Fernández Conde) a responsabilidade patrimonial derivada de accidentes de circulación por defectuoso mantemento da estrada. En primeiro lugar, establece o seguinte



criterio para o cómputo do prazo de prescripción cando nun principio resulta dubidosa a titularidade da estrada:

*«(...) La Sala entiende que, en el caso de que se ejercite la acción de responsabilidad y sean varias las Administraciones implicadas, se interrumpe el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se reclama frente a una de ellas en tanto el procedimiento no se encuentre resuelto, comenzando a correr de nuevo cuando tiene o puede tener el particular conocimiento de la finalización del procedimiento. Y ello porque ninguna obligación tiene el administrado de conocer la titularidad de las carreteras por las que circula, y menos aún en determinadas circunstancias, entre las que se puede apuntar la concurrente en el caso –proximidad a un núcleo urbano–, caso en el que la implicación de varias Administraciones es factible se produzca. Afirma la doctrina que nos hallamos ante un Estado complejo, pero la complejidad no puede proyectarse sobre el ciudadano medio, sino que es una cuestión interna que deberán dilucidar las Administraciones o los Tribunales de Justicia, y es por ello que ante un procedimiento administrativo sobre responsabilidad patrimonial de un servicio público en el que pueden simultáneamente actuar dos o más Administraciones Públicas, tanto la Administración como los Tribunales deben partir del punto de vista del ciudadano que ha sufrido el daño.*

*Por ello, si en un caso como el de autos la competencia no está nítida y claramente determinada, ni puede la Administración ni deben permitir los Tribunales de Justicia obligar a un particular a un peregrinaje de administraciones, y menos aún se puede entender que a un particular que sufre un accidente en una carretera que se presume consecuencia del estado de la vía se le diga, a pesar de ser titular de la carretera en la que se ha producido el accidente, que su reclamación ha prescrito cuando el particular accidentado ha acudido previamente a otras administraciones en pretensión de resarcimiento, y no ha transcurrido el plazo desde la notificación de la resolución del procedimiento actuado precedente».*

E sobre o fondo do asunto, conclúe desestimando a reclamación por considerar que:

*«(...) en los supuestos de daños causados a los usuarios del servicio de carreteras por la presencia en la calzada de sustancias oleaginosas provenientes de vehículos que circulan sobre la misma con anterioridad al siniestro, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración. En tanto que corresponde a la Administración titular del servicio la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, salvo que se trate de hechos notorios, y, en el caso de ser controvertido, la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos, en el caso de que se actúen tales situaciones de riesgo.*

*Mantiene la actora que el accidente se produjo debido a las condiciones de la vía, presencia de manchas brillantes en la curva (aceites y otros líquidos) que se concentran por efecto del agua de lluvia que cruza los dos carriles por un defecto de canalización del sumidero, lo que determinó la salida de la vía del recurrente causándole los daños materiales y personales cuyo importe reclama. Fundando la responsabilidad en el incumplimiento del deber*

regap



NOTAS

de conservación de forma continuada y adecuada de las vías de su titularidad, así como en la responsabilidad en la conservación y señalización de las mismas, dada la ausencia de señalización de peligro. (...) Dado el contenido del atestado ha de analizarse por un lado si la existencia de las manchas brillantes responde a una situación de ausencia circunstancial de funcionamiento del Servicio de Carreteras de la Administración demandada, por ineficiencia en la función de restaurar las condiciones de seguridad o de advertir del peligro existente en la calzada, que corresponde a la Administración titular de la explotación de la carretera (artículo 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras), actuación omisiva, que debiera apreciarse como título de imputación de la responsabilidad de la Administración en el resarcimiento del daño económico causado, en el caso de que en la producción del accidente hubiera concurrido con la acción de la persona tercera un incumplimiento del estándar de rendimiento exigible en función del principio de eficacia en la actuación administrativa de vigilancia y mantenimiento de la calzada, como ya se apuntó, o alternativamente si, como sostiene la defensa de la Administración, el daño no resulta imputable a esta por entender que, para evitar la situación de riesgo creada por terceros, el servicio de mantenimiento de la carretera y vigilancia de la misma fue el adecuado, lo que excluiría su responsabilidad. En el expediente administrativo consta, aparte del atestado de la Policía Local, informe emitido por el Servicio de Infraestructuras en el que se refiere que el vigilante de la zona no tuvo constancia de los hechos ni hubo notificación al servicio territorial (...); que la periodicidad de los recorridos es la necesaria y en todo caso una vez por semana; (...) y se adjuntan partes del vigilante de la zona y de la empresa encargada de la conservación correspondientes a la segunda quincena del mes de julio, constatándose en ellos la periodicidad semanal de la vigilancia del servicio y la vigilancia expresa de la zona, advirtiéndose que el propio día 23 de julio se efectuaron tres servicios en la carretera y uno de ellos finalizó a las 12:30, es decir diez minutos antes de que sucedieran los hechos por los que se reclama. Por otra parte y en cuanto a la circunstancia del defecto de canalización del sumidero que según se deduce del atestado de la Policía Local se produce al no absorber adecuadamente el agua de lluvia, es lo cierto que la prueba incorporada –Informe Meteorológico (folios 48-50 del expediente administrativo)– refleja que en la zona no se registraron lluvias sobre las 12:40 hora a la que sucedieron los hechos, aunque en zonas cercanas sí se produjeron leves precipitaciones 0,8 litros por m<sup>2</sup>. Por todo ello, aun cuando sea cierto que el accidente tuvo como causa inmediata la existencia de dichas manchas brillantes (aceites y otros líquidos) advertidas en el atestado de la Policía Local, ello no implica por sí la existencia de título de imputación de responsabilidad en la Administración titular de la carretera, ya que, su presencia sobre la calzada ha de entenderse, a falta de otras pruebas, obedece a un derrame ocasionado por tercero, que es lo más probable, que en modo alguno puede apreciarse llevara con anterioridad a la producción del siniestro un tiempo del que poder deducir que concurrió un déficit de eficiencia en el servicio encargado del mantenimiento del vial; contrariamente, parece ser que el Servicio de Mantenimiento de la carretera desarrolló un seguimiento adecuado y diligente del vial; tampoco consta fehacientemente el defectuoso funcionamiento del sumidero, ninguna prueba se ha practicado al respecto salvo la alusión del atestado contradicha por el informe meteorológico respecto a las lluvias caídas en la zona. (...)».

## 7 Sancións administrativas

### 7.1 Participación en manifestación ilegal. Lei orgánica de protección da seguridade cidadá

Na sentenza do **TSXG** (Secc. 1ª) do **27 de maio de 2015** (rec. 249/2013, relator: Ilmo. Sr. Díaz Casales) anúlase a sanción imposta polo Ministerio do Interior a un participante nunha manifestación independentista non comunicada na que se rematou queimando unha bandeira española, por non terse probado que fose un dos promotores ou organizadores da algarada. Conclúe así o tribunal galego que:

*«(...) Tratándose de una manifestación no comunicada, ha de estarse a la determinación de quiénes de hecho las presidan o dirijan, sin excluir tampoco a quienes por portar banderas y/o pancartas, pronunciar discursos y/o repartir folletos puedan reputarse como sus inspiradores. (...) Como ya dijimos en la St. de 15 de febrero de 2002 (Recurso 5278/1998, ponente Juan Carlos Trillo Alonso), la mera participación activa en los hechos no integra la infracción, sino que es preciso que se actué como organizador o promotor de la misma. En la que dijimos: La simple referencia en las denuncias a que el recurrente “participó de forma muy activa en la manifestación” no es suficiente para entender que el recurrente actuó como promotor u organizador, únicas conductas por las que es sancionado. (...). Pues bien, en el presente caso, pese a que el recurrente negó en vía judicial una concentración en la que admitió haber participado en sede administrativa cuando su existencia y los incidentes producidos resultan plenamente acreditados por la ratificación de los funcionarios de la brigada de información, resulta que, como se dijo, por una parte la mera participación activa no resulta suficiente para integrar la infracción para la que se sanciona y, por otra, que el único hecho individualizado que en el acto de la ratificación se consigna de la actuación del recurrente es que participó portando un instrumento musical, cuando resulta que la manifestación estaba presidida por una bandera y una pancarta que no consta que portara el recurrente y se realizaron actos de escalo a balcones para colocar banderas que tampoco se imputan al recurrente, limitándose a afirmar que en la quema de la bandera estaba presente pero no se le identifica como uno de sus autores, por lo que se impone la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida porque, como dice la St. del TSJ de Castilla, ha de prevalecer el derecho fundamental a la presunción de inocencia».*

regap



NOTAS

## 8 Tributos

### 8.1 Canon eólico

O **TS**, na sentenza do **27 de novembro de 2015** (RC 1757/2014, relator: Excmo. Sr. Huelin Martínez de Velasco), desestima totalmente o recurso promovido pola Asociación Eólica de Galicia contra a Orde da Xunta de Galicia do 15 de xaneiro de 2010 aprobatoria do modelo de declaración de alta, modificación e baixa do canon eólico (DOG 25/01/2010). En primeiro lugar, conclúe que o canon non incorre en dobre imposición respecto do imposto de bens inmobles (IBI):

«(...) 1ª) Porque este impuesto autonómico grava a los titulares de la explotación del parque eólico, aunque no lo sean de la autorización administrativa para instalarlo ni de los aerogeneradores, por lo que se puede ser sujeto pasivo del canon eólico y no serlo al mismo tiempo del impuesto sobre bienes inmuebles. 2ª) Porque el canon eólico se calcula en función del número de aerogeneradores que compongan el parque eólico, con independencia de cuál sea el valor catastral que se les haya atribuido, excluyendo de gravamen a aquellos que estén integrados en un parque eólico comprendido por hasta 3 generadores, sea cual sea su valor catastral. Si no grava a los mismos sujetos pasivos, no se calcula sobre la misma o semejante base imponible y ni siquiera recae sobre todos los parques eólicos, la colisión entre los hechos imposables de ambos tributos que prohíbe el artículo 6.3 LOFCA debe ser descartada, por más que habitualmente los sujetos pasivos del canon eólico gallego serán también los sujetos pasivos del impuesto sobre bienes inmuebles de categoría especial».

En segundo lugar, rexeita o argumento impugnatorio sobre a aplicación do canon a parques eólicos preexistentes:

«A la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la aplicación retroactiva de las normas tributarias y su incidencia en las garantías constitucionales, que hemos sintetizado en la sentencia de 22 de enero de 2009 (casación 6612/04, FJ 5º; ES:TS:2009:1444), hemos de concluir que no se da en este caso la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución. Se ha de tener presente, de entrada, que, conforme a esa doctrina, la seguridad jurídica no puede erigirse en un valor absoluto, pues daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente, sin que exista una prohibición constitucional de legislación tributaria retroactiva. A lo anterior se ha de añadir que, de forma semejante a lo que acontecía en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1983 (FJ 3º), la Ley gallega 8/2009 surtió efectos a partir de una determinada fecha, la de su entrada en vigor el 30 de diciembre de 2009, exigiéndose el canon eólico a partir del 1 de enero de 2010 (disposición final tercera), por lo que, con arreglo al criterio del máximo intérprete de la Constitución, no hay retroactividad de grado máximo, ni siquiera de grado medio, todo lo más de grado mínimo, pero, con ello, no se vulnera el artículo 9.3 de la Constitución. Debe recordarse que, según hemos afirmado [sentencia de 13 de enero de 2014 (recurso ordinario 357/12, FJ 7º; ES:TS:2014:1)], el concepto de “retroactividad prohibida” es más limitado que el de la mera “retroactividad”, ya que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro, aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso. A partir de esta premisa, una medida normativa cuya eficacia se proyecta no “hacia atrás” en el tiempo sino “pro futuro”, a partir de su aprobación, no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida».

En terceiro lugar, considera que o canon non infrinxe o principio de igualdade. E, finalmente, reconece que o canon eólico galego é compatible coas:

«previsiones del Derecho de la Unión Europea (Directiva 2009/28/CE) y la legislación estatal básica (Ley 54/1997) orientadas a la promoción de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables. (...) La tesis de la recurrente hace supuesto de la cuestión al afirmar con rotundidad que la finalidad del canon eólico se opone frontalmente al objetivo de promover la utilización de energías renovables. Muy al contrario, el apartado I de la Ex-

posición de Motivos de la Ley 8/2009 deja claro que la energía eólica, en su consideración de renovable, es un activo que debe ser impulsado y estimulado desde los poderes públicos. Por ello, crea al canon eólico con la finalidad de reparar las lesiones medioambientales que conlleva la instalación de aerogeneradores, estimulando y promoviendo la incorporación de las nuevas tecnologías en los aerogeneradores, para darles una mayor potencia unitaria y reducir su número. Alude expresamente a la Directiva 2009/28/CE y a la necesidad de racionalizar los procedimientos administrativos que han de seguirse para poner en marcha una instalación eólica. Fiel a tales designios, la Ley se marca como uno de sus objetivos centrales la planificación del aprovechamiento de la energía eólica mediante la elaboración de un plan sectorial en Galicia, creando el canon y el Fondo de Compensación Ambiental como instrumentos para garantizar el equilibrio territorial afectado por la instalación de parques eólicos y la sostenibilidad de los valores naturales (artículo 1). Pretende estimular la incorporación de nuevas tecnologías en los aerogeneradores, para aminorar su número y para reforzar el equilibrio territorial generado por la instalación de parques eólicos (artículo 7). En particular, el Fondo, que se financia con los ingresos obtenidos del canon (artículo 24), realizará actuaciones de impulso de la eficiencia y utilización sostenibles de las energías renovables [artículo 25.1.b)]. La promoción de las energías renovables no lleva como necesaria consecuencia que sus instalaciones deban quedar al margen de todo tributo medioambiental. Cabe gravarlas y al tiempo estimular su uso mediante otras medidas de fomento como las que contempla la Ley gallega 8/2009. Correspondía a la Asociación recurrente acreditar que la disciplina de dicha Ley, lejos de incentivar ese tipo de energías, las coarta, lo que no ha hecho. Siendo así, difícilmente puede sostenerse que la instauración del canon eólico contradiga el objetivo de promover el uso de las energías renovables, por lo que este último motivo de la demanda también debe ser desestimado, sin que proceda dirigir una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni tampoco, por lo dicho en los fundamentos anteriores, haya lugar a plantear cuestión ante el Tribunal Constitucional».

Regap



NOTAS

## 8.2 Imposto de construcións, instalacións e obras. Tras a liquidación definitiva, a Administración local xa non pode revisar a base impositiva do imposto

O **TS**, na súa sentenza do **12 de marzo de 2015** (RC 696/2014, relator: Excmo. Sr. Frías Ponce), desestima un recurso de casación en interese de lei interposto polo Concello de Ferrol. Conclúe que, tras a liquidación definitiva do imposto de construcións, instalacións e obras (ICIO), xa non é posible realizar unha inspección da edificación rematada e revisar a base impositiva do imposto. Afirmo o Alto Tribunal que:

«(...) el art. 103 del Texto Refundido de la ley Reguladora de las Haciendas Locales sólo contempla la posibilidad de practicar en relación con este Impuesto dos liquidaciones, una que denomina provisional a cuenta en función del presupuesto presentado por los interesados, o en función de los indicios o módulos que establezca la Ordenanza, cuando así lo prevea, y otra una vez finalizada la construcción, instalación u obra, cuando mediante la oportuna comprobación administrativa sí determina el coste real y efectivo. En modo alguno el legislador condiciona esta última liquidación, que denomina como definitiva, al resultado de un posterior procedimiento de inspección, ya que aquélla sólo ha de practicarse si procede la modificación de la base imponible, tras la oportuna comprobación administrativa. Además ha de significarse que el art. 101 de la Ley General Tributaria considera definitivas no sólo a las practicadas en el procedimiento inspector previa comprobación de investigación de la

*totalidad de los elementos de la obligación tributaria, sino también “a las demás a las que la normativa tributaria otorgue tal carácter”. Esta interpretación además concuerda con la actual regulación del procedimiento de comprobación limitada, que contempla los artículos 137 y siguientes de la Ley General Tributaria, cuyo art. 140.1 veda a la Administración, si ha mediado resolución expresa aprobatoria de una liquidación provisional, efectuar una nueva regularización en relación con igual obligación tributaria o elementos de la misma e idéntico ámbito temporal salvo que se descubran nuevos hechos o circunstancias que resulten de actuaciones distintas de las realizadas y especificadas en la resolución.*

*Ante la claridad del citado art. 140.1, esta Sala, en sentencia de 22 de septiembre de 2014, cas. 4336/2012, declaró la imposibilidad de la Inspección de regularizar elementos tributarios que ya habían sido previamente comprobados por la Administración Tributaria, no dando relevancia al alegato del defensor de la Administración que ponía el acento en el hecho de que la comprobación limitada realizada inicialmente había sido llevada cabo por los órganos de gestión, al no discriminar el art. 140.1, al impedir una posterior regularización, en los órganos de gestión y de inspección, refiriéndose sin más a la Administración Tributaria.*

*En la misma línea, se encuentra la posterior sentencia de 30 de octubre de 2014, cas. para unificación de doctrina 2567/2013, dictada en relación con una liquidación provisional practicada, por el Impuesto sobre Sucesiones, en el procedimiento de gestión, y revisada en un recurso de reposición interpuesto frente a la liquidación inicialmente girada, sentencia que no considera procedente que la única liquidación que pueda considerarse como definitiva sea la practicada en el procedimiento inspector previa comprobación e investigación de todos los elementos de la obligación tributaria, al no ser viable que una liquidación realizada por el órgano de gestión, ejerciendo sus potestades de revisión en vía administrativa y después de haberse comprobado todas las cuestiones de hecho y de derecho que dieron lugar a la estimación, pueda ser alterada mediante un procedimiento de inspección, ante lo que determina el art. 133 del Reglamento de Gestión e Inspección aprobado por Real Decreto 1065/2007, precepto que impide a la Administración Tributaria efectuar una nueva regularización en relación con el objeto comprobado, salvo que en un procedimiento de comprobación e investigación se descubran nuevos hechos o circunstancias que resulten de actuaciones distintas de las realizadas y especificadas en la resolución.*

*En definitiva, hay que entender que la intervención de la Inspección en casos como el litigioso sólo es posible antes de la resolución expresa, si se inicia un procedimiento de comprobación de efectos de la practica de la liquidación definitiva, pero no una vez emitida por el órgano de gestión».*

## 9 Urbanismo e ordenación do territorio

### 9.1 Plan Xeral de Ordenación Municipal. Avaliación ambiental estratéxica

O **TS** (Secc. 5ª), en dúas sentenzas de datas respectivas **23 de decembro de 2014** (RC 3158/2012, relator: Excmo. Sr. Peces Morate) e **10 de novembro de 2015** (RC 1658/2014, relator: Excmo. Sr. De Oro-Pulido López), estimou os recursos de casación, revogou as sentenzas de instancia e anulou na súa totalidade os plans xerais de ordenación municipal de Teo e Vigo aprobados definitivamente nos anos 2010 e 2008, por terse omitido na súa

tramitación a “avaliación ambiental estratéxica” exixida na Lei estatal 9/2006, do 28 de abril, sobre avaliación dos efectos de determinados plans e programas no medio ambiente. Insistiu o Tribunal na primeira das sentenzas citadas en que:

«(...) De toda esta tramitación se deduce que, conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Primera.2 de la Ley 9/2006, de 28 de abril (...), la Administración autonómica no ha justificado la inviabilidad de someter el Plan General de Ordenación Municipal de Teo a evaluación de impacto ambiental, ya que las razones expresadas por la Dirección General de Desarrollo Sostenible tienen un carácter genérico y, por tanto, no se ha demostrado que, en el caso concreto, resulte inviable su sometimiento a evaluación de impacto ambiental. Es cierto que en nuestra citada Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2014 hemos admitido que el término inviable, utilizado por el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2006, de 28 de abril, no debe ser interpretado en su genuina significación de imposible, ya que, de ser así, carecería de sentido la excepción contenida en dicha norma, pero también hemos declarado en esa misma Sentencia que el precepto exige una singular motivación, que no se cumple con el argumento de haberse respetado en su tramitación la participación pública y estar concernidos bienes jurídicos e intereses públicos que es necesario proteger o que la protección del medio queda garantizada con el sometimiento de los planes y proyectos de desarrollo o ejecución posterior a evaluación ambiental, que son las únicas razones que, en definitiva, ha expresado la Administración autonómica competente para declarar la inviabilidad de sometimiento del Plan General de Ordenación Municipal del Concejo de Teo a los trámites previstos en el artículo 7 de la Ley 9/2006, de 28 de abril (...). Una vez publicado en el Diario Oficial de Galicia el anuncio de exposición pública por dos meses del documento de aprobación inicial del Plan General de Ordenación Municipal de Teo el día 22 de diciembre de 2005, se promulgó la Ley 9/2006, de 28 de abril, que transpone al ordenamiento interno la Directiva comunitaria 2001/42/CE, de 27 de junio (...) el Plan General no se aprobó definitivamente hasta el día 4 de junio de 2010 (...). El proceder manifiestamente ilegal de la Administración urbanística implica la vulneración no sólo del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, recogido por el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, citado como infringido por la representación procesal de los recurrentes al articular ambos motivos de casación, sino también la conculcación de lo establecido en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, igualmente invocados como vulnerados al desarrollar el primero y segundo motivos de casación, en cuanto que la Sala sentenciadora ha extendido un manto de silencio cómplice sobre la arbitraria actuación administrativa, proscrita por el referido artículo 9.3 de la Constitución, y sobre la sinuosa actividad desplegada por ambas Administraciones urbanísticas demandadas y ahora recurridas enderezada claramente a incumplir lo preceptuado por el artículo 7 y el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2006, de 28 de abril, así como por la Directiva comunitaria 2001/42/CE, de 27 de junio de 2001, disposición esta también citada por los recurrentes como infringida por el Tribunal a quo al hilo de los razonamientos desgranados en la exposición del primero de los motivos de casación aducidos, razones todas por las que procede la estimación de ambos motivos de casación con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida y nuestro consiguiente deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos».

Regap



NOTAS

## 9.2 Revisión do planeamento xeral. Indemnizacións por vinculacións singulares

A sentenza do **TS do 4 de maio de 2015** (RC 336/2013, relator: Excmo. Sr. Trillo Alonso) confirma a desestimación da reclamación dunha indemnización de varios millóns de euros formulada por determinados propietarios afectados por unha cualificación urbanística restritiva de edificabilidade. Afirmase o seguinte na sentenza:

*«La pretensión del recurrente se fundamentó, al amparo del artículo 35.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en la aplicación a la finca de su propiedad de la Ordenanza 6, de fincas singulares en suelo urbano, que establece una edificabilidad máxima de 0,15 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup> sobre parcela neta, una ocupación máxima del 20% de la parcela, e impide la parcelación y la propiedad horizontal tumbada, a diferencia de lo que sucede con las fincas que la rodean, a las que se le aplica la Ordenanza 2.B, que permite una ocupación máxima del 20% y una edificabilidad de 0,60 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>, así como la parcelación y la propiedad horizontal tumbada.*

*(...) En atención a la redacción del artículo 35.b), no hay razón para separarse de la doctrina jurisprudencial expuesta, que establece el término de comparación en el planeamiento vigente a la fecha de la reclamación con independencia de que la limitación o restricción singular de que se trata ya se contemplara en el anterior planeamiento (...). La problemática a resolver exige examinar si concurren los requisitos que viabilizan el ejercicio de la acción de indemnización al amparo del artículo 35.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, que en el supuesto de autos son: a) una vinculación o limitación singular, b) una restricción de la edificabilidad y c) la imposibilidad de que esa restricción no sea susceptible de distribución equitativa. La respuesta a esa problemática necesariamente debe ser negativa a la pretensión del recurrente. Con acierto alegaron el Letrado de la Xunta y el Letrado del Ayuntamiento de Oleiros en sus escritos de contestación a la demanda que realmente no existe una restricción de derechos urbanísticos en relación con las fincas colindantes y sí un tratamiento diferente que impide apreciar un daño efectivo. La existencia de un daño real y efectivo, junto con la antijuridicidad del mismo, constituye un requisito esencial para apreciar la responsabilidad hasta el punto de que si no concurre no existe responsabilidad. Pues bien, esa no concurrencia del requisito del daño se observa en el supuesto enjuiciado en el que el recurrente fundamenta su existencia exclusivamente en la distinta edificabilidad que atribuyen las Ordenanzas 6 y 2 b sin justificar y probar, carga que le incumbía, que la diferencia de usos contemplados en una y otra Ordenanza no compensa las minoraciones y restricciones de edificabilidad que establece la Ordenanza 6 con respecto a la 2 b. Si a lo expuesto añadimos, como también opuso el Letrado de la Xunta, que la aplicación de la Ordenanza 6 no deriva de un acto discrecional sino reglado, cual es que en la propiedad del recurrente se halla ubicado un bien catalogado, y que los informes técnicos valorativos sobre la disminución o restricción de la edificabilidad, incluido el emitido por el perito judicial, ofrecen serias dudas sobre si realmente se produce con la aplicación de la Ordenanza 6 un perjuicio o un beneficio económico, necesariamente debemos declarar haber lugar al recurso y anular la sentencia recurrida, pero también, necesariamente, desestimar la pretensión indemnizatoria formulada por el recurrente. Ello es así, dicho a modo de conclusión y resumidamente, por la inexistencia de prueba de una real y efectiva vinculación singular que suponga una minoración, desde una perspectiva económica, de las posibilidades edificatorias de la finca de litis o, dicho de otro modo, de un daño real y efectivo evaluable económicamente».*



### 9.3 Xestión urbanística. Sistema de cooperación. Natureza xurídica das cotas de urbanización. Posibilidade de impugnación indirecta do proxecto de reparcelación

O **TSXG**, na súa interesante sentenza do **22 de abril de 2015** (rec. 15024/2015, relator: Ilmo. Sr. Selles Ferreiro), analiza polo miúdo a natureza xurídica das cotas de urbanización nos polígonos executados polo sistema de cooperación. Conclúe que a cota de urbanización se trata dunha:

*«(...) prestación patrimonial de carácter público, por la que se ha decantado la jurisprudencia, a la cabeza el tribunal constitucional seguido por varios tribunales superiores de justicia, que las ha calificado reiteradamente como ingresos de derecho público de naturaleza parafiscal (...). No obstante, en ningún caso pueden quebrantar el principio de afección de plusvalías a la urbanización, lo que, a contrario sensu, supone que los gastos de urbanización no pueden ser superiores a aquellas plusvalías, a no ser que se pretenda una confiscación de parte de la propiedad privada. (...) La entidad local apelante aduce que, comoquiera que el proyecto de reparcelación fue aprobado, no cabe recurso indirecto contra él; como consecuencia, tampoco cabría impugnar las cuotas de urbanización fijadas con arreglo al mismo. A este respecto cabe contraponer que, al margen de los vicios procedimentales puestos de manifiesto por el perito dirimente en sede jurisdiccional –no se respetó en el plan de reparcelación los gastos de urbanización previsto en el plan de sectorización–, lo cierto es que tratándose de una exacción de carácter fiscal no cabe incluir en la base imponible conceptos no previstos por la normativa de aplicación, tal y como acontece en el presente caso, por lo que sería de aplicación lo prevenido en el art. 105 de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria, en relación con lo dispuesto en el art. 102 de la misma norma. En efecto, las sentencias de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3.3.11 y 24.11.11 son claras al decir que corresponde a los propietarios de los terrenos afectados por una actuación urbanística sufragar el coste de la obra urbanizadora, por ser una obligación ob rem impuesta en la normativa urbanística a esos titulares dominicales, aquí contenida en el artículo 132 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural en Galicia, que impone a los afectados la obligación de sufragar la totalidad de los gastos de urbanización, en proporción a sus aprovechamientos. En sentido similar se expresan los artículos 8, 16, 18, 27, 28 y 54 del texto refundido de la Ley del suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que refieren que tales cuotas son cargas de urbanización que, al igual que los beneficios, deben distribuirse de forma equitativa entre todos los propietarios y, ya dentro de la fase de ejecución, la financiación de las obras y servicios ha de recaer sobre los propietarios del sector en proporción a la superficie de los terrenos adjudicados, mediante el abono de las cuotas de urbanización (SsTS de 30.09.81, 10.06.85, 10.04.97 y 07.04.07, así como STSJ de Galicia de 28.11.03); en igual sentido, imponían los artículos 39.1 y siguientes del RGU esa obligación a los titulares del derecho a edificar (como recuerda la STSJ de Galicia de 03.02.00), ya que el fundamento último de tales cuotas se encuentra en la obtención de los recursos necesarios para generar suelo urbanizable, y de ahí que la STS de 27.01.12 declare que la cuota o canon de urbanización sea un ingreso de derecho público, en concreto una prestación patrimonial no tributaria, de exigencia coactiva, que se traduce en un mecanismo de reparto proporcional de los costes y gastos de urbanización (íntegros y complementarios)*

Regap



NOTAS

*por la implantación de las obras de urbanización y las infraestructuras necesarias para la total urbanización de los solares.*

*Ya en lo que aquí interesa, el artículo 132.2 de la LOUPMRG incluye en tales cuotas como gastos, al menos, los siguientes: el de las obras de infraestructuras, servicios y otros de interés para el polígono; las obras de urbanización de las instalaciones e infraestructuras consideradas sistemas generales incluidos en los sectores o polígono, y en las condiciones que señale el planeamiento; algunas indemnizaciones; el coste de los planes de ordenación detallada y de los proyectos de urbanización, así como los gastos originados por la compensación y reparcelación; los procedentes de la canalización e instalación de las redes de telecomunicaciones; así como los de control de calidad de la urbanización y otros asumidos en el proyecto de equidistribución.*

*La aplicación de ese precepto al caso hace que no se tenga en cuenta la norma supletoria, que es el artículo 59 del RGU, que enumera otros gastos similares, tales como las obras de viabilidad; las de saneamiento, que comprenden colectores generales y parciales, acometidas, sumideros y atarjeas para aguas pluviales y estaciones depuradoras en la proporción que afecte a la unidad de actuación o polígono; el suministro de agua, que incluye las obras de captación necesarias, la distribución de agua potable a los domicilios, el riego y los hidratantes contra incendios; el suministro de energía eléctrica, incluida su conducción y distribución, así como el alumbrado público y la jardinería y arbolado en los parques, jardines y vías públicas. Sobre tal precepto y su contenido, declara la jurisprudencia que se deben incluir en las cuotas de urbanización todos los gastos que, por su destino y detalle, beneficien al sector; así, los de asesoría jurídica que no tienen por qué soportar las arcas municipales (STS de 23.02.98), o los financieros y de levantamiento topográfico, siempre que unos y otros se hayan justificado en cuanto a tal destino, detalle y beneficio al sector.*

*Por el contrario, no se pueden incluir los de implantación de redes y sistemas generales que benefician a todo el municipio (SsTS de 15.01.04, 05.03.07 y 22.11.07) y en igual sentido se expresa la STSJ de Galicia de 14.06.07 al declarar que, cuando en razón a la tipología de suelo, se les impone en ocasiones a los propietarios el deber de ceder suelo para ejecutar los sistemas generales, viales y zona verde, a lo que añade que, al ser los sistemas generales bienes de uso público sin aprovechamiento lucrativo, se entiende una carga para toda la comunidad, pero no para el polígono o sector correspondiente, a lo que añade la sentencia de esa misma sala de 18.11.09 que la ejecución de los sistemas generales ha de ser sufragada por toda la comunidad, sin perjuicio de que los cedentes obtengan “aprovechamiento en los polígonos incluidos o adscritos”, en tanto que los gastos de urbanización tienen que ser asumidos por los afectados, en proporción a sus aprovechamientos respectivos.*

*Por tanto no cabe llegar a otra conclusión a la que llega la sentencia de instancia en cuanto a que los gastos que se deben repercutir en la cuota de urbanización –ya sea provisional o definitiva– son los que se correspondan con las obras de infraestructura de interés para el polígono– entre las que también se comprenden las de los sistemas generales incluidos en tal polígono –en las condiciones que señale el planeamiento–, así como el coste de los planes de ordenación detallada y de los proyectos de urbanización, los originados por la compensación y reparcelación y los que se hubieran asumido en el proyecto de equidistribución.*

*En este sentido, compartimos plenamente la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia en relación con la no inclusión de los honorarios correspondientes por la redacción de los proyectos de enlace de la N-550 con el ámbito industrial SUNP-37.3 por su inviabilidad.*

*Del mismo modo, quedarían excluidos, tal y como recoge la resolución judicial recurrida, los relativos al proyecto del colector exterior de saneamiento y el de expropiación para su ejecución, así como los de gestión y obras relativos a este con las expropiaciones procedentes, así como los honorarios para el estudio del camino histórico ajeno al SUNP 37.3».*

#### 9.4 Compatibilidade coa Directiva de servizos do Decreto 211/2012 regulador do procedemento para a obtención da autorización comercial autonómica

O **TS** rexeita na súa sentenza do **30 de outubro de 2015** (RC 3870/2013) o recurso interposto pola Asociación Estatal de Grandes Empresas de Distribución contra o Decreto 211/2012, do 25 de outubro, da Xunta de Galicia, polo que se regula o procedemento para a obtención da autorización comercial autonómica. Tras analizar polo miúdo os preceptos concretos impugnados, acada a seguinte conclusión:

*«(...) A juicio de la Sala, aparecen suficientemente acreditados y justificados, como exige la jurisprudencia constitucional de la que resulta que la Directiva de Servicios establece como regla general la libertad de acceso a las actividades de servicio, pudiendo solo excepcionalmente someter dicho acceso a ciertos requisitos siempre que lo hiciese necesario una razón imperiosa de interés general y no fuese discriminatorio ni desproporcionado; pone especial hincapié en exigir a las autoridades que imponen un régimen de autorización que aporten razones que justifiquen que los requisitos impuestos resultan proporcionados a los objetivos perseguidos (SSTC de 21 de noviembre de 2013 y de 1 de marzo de 2012). En definitiva, como se ha ido recogiendo al hilo del examen de los distintos requisitos, se ajusta a los criterios ya consolidados que resultan de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a los tres conocidos criterios: 1) adecuación, 2) necesidad, 3) proporcionalidad. Las medidas aprobadas y examinadas son adecuadas, necesarias y proporcionadas para alcanzar el fin perseguido, por lo que no se alcanza a apreciar la vulneración alegada de los artículos 9 y 10 de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que dedica su artículo 9 a los “Regímenes de autorización” y el artículo 10 a las “Condiciones para la concesión de la autorización”), ni del artículo 49 –antiguo artículo 43 del TCE– del TFUE (sobre “Derecho de Establecimiento”), medidas razonadas y proporcionadas que no perturban la libertad de establecimiento. Y no se aprecia la necesidad de plantear la cuestión prejudicial pretendida por la recurrente, como ya lo rechazó la sentencia recurrida».*

Regap



NOTAS



# A crecente influencia da protección da paisaxe como garantía dun urbanismo ambiental. Repercusións prácticas na Comunidade Autónoma de Galicia

La creciente influencia de la protección del paisaje como garantía de un urbanismo ambiental. Repercusiones prácticas en la Comunidad Autónoma de Galicia

The increasing influence of the protection of the landscape like guarantee of an environmental urbanism. Practical repercussions in the Autonomous Community of Galicia

51 Regap

Regap



NOTAS

CARLOS PÉREZ GONZÁLEZ

Doutor en Dereito  
Técnico xurídico de Urbanismo e Medio Ambiente  
Concello de Sada (Galicia, España)  
artabria.2@gmail.com

Recibido: 09/04/2015 | Aceptado: 21/01/2016

**Resumo:** Este traballo trata de pór de manifesto a crecente relevancia do principio de integración paisaxística no marco do novo paradigma identificado como “urbanismo ambiental”, tras a ratificación en España do Convenio Europeo da Paisaxe no ano 2007 e a aprobación en Galicia da Lei 7/2008, do 7 de xullo, da paisaxe.

Analiza as últimas sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ditadas no ano 2015, en que se tiveron en conta as “normas de aplicación directa” como parámetro de legalidade dos actos urbanísticos. Suxire propostas normativas que harmonicen a imaxe do litoral co fin de garantir unha maior seguridade xurídica.

**Palabras clave:** paisaxe, litoral, normas de aplicación directa, pantallas de edificación, seguridade xurídica, boa regulación.

**Resumen:** El presente trabajo trata de poner de manifesto la creciente relevancia del principio de integración paisajística en el marco del nuevo paradigma identificado como “urbanismo ambiental”, tras la ratificación en España del Convenio Europeo del Paisaje en el año 2007 y la aprobación en Galicia de la Ley 7/2008, de 7 de julio, del paisaje.

Analiza las últimas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia recaídas en el año 2015, en las que se han tenido en cuenta las “normas de aplicación directa” como parámetro de legalidad de los actos urbanísticos. Sugiere propuestas normativas que armonicen la imagen del litoral con el fin de garantizar una mayor seguridad jurídica.

**Palabras clave:** paisaje, litoral, normas de aplicación directa, pantallas de edificación, seguridad jurídica, buena regulación.

**Abstract:** The present work tries to reveal the increasing relevancy of the beginning of landscape integration in the frame of the new paradigm identified as “environmental urbanism”, after the ratification in Spain of the European Agreement of the Landscape in the year 2007 and the approval in Galicia of the Law 7/2008, of July 7, of the Landscape.

This study analyzes the last judgments of the Top Court of Justice of Galicia relapsed in the year 2015, in that there have been born in mind the “procedure of direct application” as parameter of legality of the urban development acts. It suggests normative offers that should harmonize the image of the littoral in order to guarantee a major juridical safety.

**Key words:** landscape, littoral, procedure of direct application, screens of building, juridical safety, good regulation.

**Sumario:** 1 Introducción. A integración xurídica da paisaxe no dereito ao medio. 2 A recepción xurídica da protección da paisaxe nas recentes resolucións do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. 3 A indeterminación do concepto de “pantalla arquitectónica” nas zonas costeiras. A necesidade da súa formulación como concepto xurídico garante da paisaxe. 4 Reflexións finais. 5 Bibliografía.

## 1 Introducción. A integración xurídica da paisaxe no dereito ao medio

A recepción e integración no ordenamento xurídico español do Convenio Europeo da Paisaxe, aprobado polo Consello de Europa en Florencia o 20 de outubro de 2000, supuxo un auténtico revulsivo a prol da protección da paisaxe e da estética, como garantía nos procesos de avaliación ambiental<sup>1</sup>.

O concepto de medio ambiente asociouse ao de “calidade de vida”<sup>2</sup>, en que representa un papel fundamental a protección do medio natural. A paisaxe constitúe un “valor ambiental” estético asociado á contemplación do medio físico como escenario das diferentes formas de vida.

Esta integración da “paisaxe” dentro do concepto de “medio ambiente”, desde unha perspectiva material<sup>3</sup>, prodúcese xa na STC 120/1995<sup>4</sup>, do 26 de xuño, cando sinala que “o medio ambiente, como obxecto de coñecemento desde unha perspectiva xurídica, estaría composto polos recursos naturais” e que “xa desde a súa aparición no noso ordenamento xurídico o ano 1916, sen sabelo, se incorporan outros elementos que non son natureza senón historia, os monumentos, así como a paisaxe, que non é só unha realidade obxectiva, senón un xeito de mirar, distinto en cada época e cultura”.

---

1 A exposición de motivos da Lei 21/2013, do 9 de decembro, de avaliación ambiental, recorda a plena aplicabilidade do Convenio Europeo da Paisaxe asinado en Florencia o 20 de outubro de 2000 e ratificado por España o 6 de novembro de 2007 (*vid.* BOE n.º 31, 5-2-2008). As súas determinacións deberán considerarse tanto na avaliación de impacto ambiental como na avaliación ambiental estratéxica.

2 Cfr. MARTÍNEZ NETO, A., “La contaminación del paisaje (I)”, *Actualidad Administrativa La Ley*, Ref. XXIII, tomo II, 1998, p. 435. Razona o autor que: «a posición da paisaxe no sistema xurídico ambiental se entende perfectamente se se considera que o medio ambiente é un concepto nacido para reconducir á unidade os diversos compoñentes en perigo que condicionan a vida humana». «O concepto de calidade de vida, en principio, non se sustenta tan só sobre a economía (nivel de vida), senón que é un indicador diferente que se alimenta de igual xeito da cultura e se liga seguidamente á utilización racional dos recursos naturais e ao medio ambiente, e todo iso co transfondo da solidariedade colectiva (STC 102/1995)».

3 Cfr. SÁNCHEZ GOYANES, E., SANTOS DÍEZ, R. e CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *Ley del Suelo. Comentario sistemático del Texto Refundido de 2008*, La Ley, Madrid, 2009, Ref. A Lei 3571/2010.

4 *Vid.* F. 6.

A STC 61/1997 refírese a que “a protección dos valores estéticos da paisaxe é tamén protección do medio ambiente”<sup>5</sup>. Máis recentemente, a STS, Sala 3ª, 25-01-2012<sup>6</sup>, inclínase por esa identificación do concepto de “paisaxe” integrada no de “medio ambiente”. No seu apoio cita o considerando primeiro da Directiva 92/43/CEE no cal a conservación, a protección e a mellora da calidade do medio ambiente, incluída a preservación dos hábitats naturais, constitúe un obxectivo esencial que reviste un interese xeral para a Comunidade. Destaca a citada STS:

“O medio ambiente non é unha abstracción, senón o espazo onde viven os seres humanos do que dependen a súa calidade de vida e a súa saúde, mesmo para xeracións futuras (Ditame do 8 de xullo de 1996 do Tribunal Internacional de Xustiza)”.

En liña co anterior, os tribunais de xustiza viñéronse facendo eco da garantía paisaxística e da necesidade de que o urbanismo teña en conta no seu deseño, aplicación e implementación a garantía dese ben xurídico protexido. A este respecto, cómpre lembrar a prevalencia da protección ambiental sobre a ordenación territorial e urbanística<sup>7</sup>.

Este traballo ten por obxecto analizar as últimas sentenzas ditadas na Comunidade Autónoma de Galicia relativas ao Plan Xeral de Ordenación Municipal da Coruña, en que o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia considerou como parámetro de legalidade o cumprimento do principio de protección paisaxística. Tamén se tratan brevemente os aspectos de integración paisaxística no litoral postos en relación cos instrumentos de ordenación do territorio de Galicia.

## 2 A recepción xurídica da protección da paisaxe nas recentes resolucións do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Na Comunidade Autónoma de Galicia o fenómeno xurídico da paisaxe tivo o seu reflexo legal na Lei 7/2008, do 7 de xullo, da paisaxe de Galicia, recordando que proporciona o marco idóneo para abordar desde unha concepción holística a comprensión do territorio. Destaca o valor da paisaxe como “elemento fundamental da calidade de vida das persoas”<sup>8</sup>.

A Lei da paisaxe de Galicia reforza a garantía deste ben xurídico ata o punto de exixir que os plans xerais de ordenación municipal, tras a súa aprobación inicial, deberán someterse a informe do órgano competente en materia de paisaxe, que versará sobre os aspectos paisaxísticos do plan<sup>9</sup>.

O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, considerando a relevancia deste ben xurídico protexido, tivo ocasión de pronunciarse recentemente sobre a necesaria integración deste nas políticas e actuacións urbanísticas.

5 *Vid.* Antecedente de feito n.º 35.

6 *Rec.* n.º 19/2008.

7 *Vid.* artigo 2.º Lei 42/2007, do 13 de decembro, de patrimonio natural e da biodiversidade.

8 *Vid.* exposición de motivos.

9 *Vid.* artigo 7.2º na redacción dada polo artigo 47 da Lei 12/2014, do 22 de decembro.

Así, a recente STSX de Galicia do 1 de outubro de 2015 (rec. 4009/2015) desestimou un recurso presentado por un particular contra unha denegación dunha licenza polo Concello da Coruña no contorno da Torre de Hércules, declarada Patrimonio da Humanidade, fundamentando aquela denegación na vulneración das normas de aplicación directa reguladas no artigo 104 da Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia (LOUGA). A negativa municipal referíase a un edificio de 25 metros de altura, 8 plantas e baixo cuberta, medidas desde a rasante natural do terreo no Paseo Marítimo da Coruña.

Consideraba a parte recorrente que o Concello da Coruña non podía denegar a citada licenza baseándose no mencionado artigo 104 da LOUGA sen que previamente se pronunciase o órgano sectorial autonómico con competencia en materia de patrimonio cultural e sen terse efectuado a revisión ou modificación do Plan Xeral de Ordenación Municipal, ao entender que se cumprían estritamente os parámetros urbanísticos do plan xeral en vigor.

A técnica de control de verificar a necesaria integración paisaxística, xa sexa coa contorna urbana ou rural, nos proxectos técnicos susceptibles de licenza tamén é unha exigencia da lexislación urbanística de Galicia. En efecto, establécese o requisito de que se xustifique neles o cumprimento das normas de aplicación directa<sup>10</sup>. Débense achegar “os correspondentes planos de situación a escala adecuada, así como de calquera outra información gráfica que resulte precisa co fin de avalar o seu contido”<sup>11</sup>.

A STSX de Galicia do 1 de outubro de 2015 considera que o Concello é órgano competente para denegar a mencionada licenza mesmo cando non se solicitase o informe sectorial autonómico en materia de patrimonio cultural, outorgándolle validez legal ao exclusivo fundamento denegatorio con base na conculcación das “normas de aplicación directa”, tendo en conta que: “a postura da Administración autonómica contraria á viabilidade da instalada licenza resulta do contido dos informes mencionados atendendo ás características da pretendida e proxectada obra, non conformes coa protección dispensada ao monumento declarado como Patrimonio da Humanidade, e sen que tal decisiva consecuencia poida ser desvirtuada polos aspectos invocados sobre natureza urbanística do específico terreo da apelante”.

Ademais, o tribunal galego considera como absolutamente relevante a declaración da Torre de Hércules da Coruña como Patrimonio da Humanidade pola UNESCO o 27 de xuño de 2009, que ten unha decisiva influencia en canto á procedente aplicación do artigo 104 da LOUGA, xa que “a aparición desta última, que supón unha relevante limitación da edificación no ámbito da denominada zona *buffer*, na que se sitúan os terreos da recorrente, determina xa a clara inviabilidade da construción”.

Polo tanto, integración estética e protección do patrimonio cultural<sup>12</sup> áchanse intimamente ligadas e protexidas polas “normas de aplicación directa”, dado que tal como establece o artigo 104.a) da LOUGA: “As construcións en lugares inmediatos ou que formen parte dun grupo de edificios de carácter artístico, histórico, típico ou tradicional deberán harmonizar

---

10 Estas normas contéñense no artigo 104 LOUGA.

11 *Vid.* artigo 195.4º LOUGA.

12 A Lei 21/2013, do 9 de decembro, de avaliación ambiental, no seu artigo 5.1º.i) define como patrimonio cultural «o concepto que inclúe todas as acepcións de patrimonio, tales como histórico, artístico, arquitectónico, arqueolóxico, industrial e inmaterial».



con este. Igualmente cando, sen existir un conxunto de edificios, houbo algún de grande importancia ou calidade dos caracteres indicados”.

Pola súa banda, tamén de recente actualidade resulta a STSX de Galicia n.º 4642/2013, do 17 de setembro de 2015 (rec. 4642/2013), que anulou unha serie de determinacións do Plan Xeral de Ordenación Municipal da Coruña con respecto aos parámetros de superficie e edificabilidade, ao entender que producían a vulneración das “normas de aplicación directa” e as determinacións relativas á necesaria integración paisaxística. Razo o Alto Tribunal galego que unha “pantalla vexetal” non supón por si mesma unha diminución do impacto visual derivado dunha maior concentración de volumes froito da modificación do plan urbanístico. Como argumentación do seu fundamento, a citada STSX expresa: «Unha pantalla vexetal non é unha zona de transición entre núcleos e bloques de pisos, e un polígono industrial-comercial non é un destes bloques. Ademais, se se diminúe a superficie das parcelas edificables e se mantén o mesmo aproveitamento, a consecuencia é unha maior concentración do edificado, o que non é favorable para o núcleo cercado desde o punto de vista paisaxístico».

Non sempre o TSX de Galicia apreciou vulneración das normas de aplicación directa, so pena de que a súa invocación inmotivada se converta nun pretexto para denegar licenzas. Así, na súa recente sentenza do 14 de maio de 2015<sup>13</sup> anulou a decisión do Concello de Verín porque este consideraba que unha obra proxectada nunha vivenda social non harmonizaba coa tipoloxía do resto das vivendas sociais, ao abrirse novos ocos e portas, sen fundamentar debidamente a entidade local que esta variación producía a vulneración do artigo 104 LOUGA. Razo o TSXG: «Modifícanse os ocos da fachada alongando verticalmente as seis ventás da planta baixa ata tocar a rasante da rúa creando novos accesos ao seu interior directos desde a vía pública. Altérase o uso característico da vivenda. Pero só por iso non pode considerarse vulnerado o artigo 104 anteriormente transcrito, porque realmente non se aprecia que o proxecto non respecte a congruencia coas características da contorna ou que non se respecte a harmonización coa paisaxe» (F.4º).

Esta preocupación acollida polo TSX de Galicia pola protección e o dereito a unha paisaxe adecuada como manifestación do dereito ao medio ambiente (artigo 45 CE) co fin de evitar a “contaminación estética” atópase en liña co actual dereito comparado. En Gran Bretaña, a través da licenza urbanística, as autoridades “deberán comprobar se o novo edificio a construír encaixa no ámbito arquitectónico e natural, especialmente nos casos de áreas de destacado valor ecolóxico ou histórico, de tal maneira que non afecte á paisaxe e á aparencia da zona”. Todo iso con base na *Planning Policy Guidance 1 (PPG 1) General Policy and Principles*<sup>14</sup>, que establece: «O aspecto do desenvolvemento proposto e a relación coa súa contorna son consideracións materiais á hora de decidir as solicitudes de licenza e os recursos».

13 STSXG n.º 309/2015 (rec. 4481/2014).

14 Cfr. BOUJAZZA ARIÑO, O., *La planificación territorial en Gran Bretaña*, Civitas, Pamplona, 2009, pp. 50-51. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ tamén se refire ao modelo británico, manifestando que cada cidade, dentro dos seus plans de desenvolvemento local, acolle disposicións específicas que abordan a paisaxe urbana segundo a súa identidade. “Los Planes de Desarrollo Unitario acogen las *policies* o voluntades de las que se extraen necesidades concretas en relación con el paisaje urbano y la imagen de la ciudad” (Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Estética y Paisaje Urbano*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 195-196).

### 3 A indeterminación do concepto de “pantalla arquitectónica” nas zonas costeiras. A necesidade da súa formulación como concepto xurídico garante da paisaxe

Deben definirse, a prol dunha maior seguridade xurídica e de acordo co principio de “boa regulación”<sup>15</sup>, conceptos xurídicos indeterminados, como o de “barreiras de edificación”, pensado para a realización de edificacións en bloque. Defínense algúns instrumentos de planeamento urbanístico, cunha lonxitude máxima de 70 m<sup>16</sup>, ben que esta parece excesiva con respecto ao tratamento do bordo litoral, onde “o substancial na pantalla arquitectónica é interpor ou intercalar unha barreira artificial edificatoria entre o mar e a contorna, mediante a súa situación na zona de influencia”<sup>17</sup>.

Tal como sinala GONZÁLEZ-VARAS<sup>18</sup>, a estética é obxecto de dereito e, polo tanto, debe “obxectivarse”, “en tanto en canto pode plasmarse nunha norma un criterio (estético) que sirva de referencia ou apoio para que os poderes públicos poidan actuar nun caso concreto, evitando así meras apreciacións subxectivas e determinando un marco xurídico concreto” para os diversos operadores urbanísticos, fundamentalmente a través do establecemento de ordenanzas estéticas ou normas urbanísticas locais, e, baseándose nelas, o control mediante a técnica da licenza urbanística da “adecuación ao ambiente das construcións”.

A súa indefinición suporá unha fonte constante de conflitos e de apreciacións subxectivas, á par que se produce na interpretación e aplicación das denominadas “normas de aplicación directa”, sendo unha exigencia fundamental a claridade normativa e a certeza tanto por parte dos poderes públicos como dos operadores socioeconómicos.

O planeamento territorial e urbanístico debe achegar elementos de concreción con conceptos e límites claros, que permitan a aplicación regulada do dereito urbanístico, evitando o recurso constante á interpretación subxectiva das normas.

En comunidades autónomas como Baleares acoutouse o concepto de “barreira da edificación” na propia planificación territorial. Así, en Mallorca establécese como lonxitude máxima de fachada de cada edificio a cifra de 60 metros lineais, co fin de evitar edificios baixos pero demasiado alongados e igualmente impactantes.

Ademais de establecer outros criterios de intensidade de uso, altura e ocupación máxima, “lógrase unha mínima homoxeneidade na regulación da zona, xa que, por exemplo, ningún edificio hoteleiro poderá superar catro plantas en total”<sup>19</sup>. Isto posibilita a harmonización

15 Vid. artigo 129 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, de procedemento administrativo común das administracións públicas.

16 Vid. Artigo 7.2.3.4.j) documento de revisión do Plan Xeral de Ordenación Municipal da Coruña, aprobado definitivamente pola Orde da Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas da Xunta de Galicia do 25 de febreiro de 2013 (*Boletín Oficial da Provincia da Coruña* n.º 129 do 9 de xullo de 2013).

17 Vid. STS, Sala 3ª, 4-5-2010 (rec. 1607/2006).

18 Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Urbanismo y ordenación del territorio*, Thomsom-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 721-761.

19 Cfr. BLASCO ESTEVE, A., “La planificación territorial de las zonas turísticas en España”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 262, 2010, p. 61. O autor sinala algunhas pautas de integración paisaxística: «(...) os edificios hoteleiros xa non están xuntos, non se “tocan”, sen que entre uns e outros se sitúen todas estas instalacións de que falamos, producindo un efecto de separación entre as respectivas edificacións e situando zonas verdes entre eles, co que rompe o desagradable efecto pantalla que se daba en épocas precedentes».

das edificacións na contorna, debendo o plan que conteña a ordenación detallada ordenar os correspondentes volumes, buscando a súa axeitada integración paisaxística e procurando que os desenvolvementos se efectúen en dirección contraria á costa.

BLASCO ESTEVE<sup>20</sup> refírese á importancia de fixar eses criterios de integración dos volumes na paisaxe: «En canto aos criterios ou regras de integración paisaxística, a súa importancia é esencial no tratamento de calquera zona ou espazo turístico: se a paisaxe é un elemento esencial do territorio e da imaxe que percibe o turista, parece lóxico que o planeamento defina as condicións xerais polas que as edificacións (e demais actuacións con incidencia no solo) se integran e harmonizan coa paisaxe en que se atopan, coa súa contorna».

No ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, cabe destacar a ausencia da definición legal da “pantalla arquitectónica” no planeamento supramunicipal de Galicia, tanto nas Directrices de Ordenación do Territorio (DOT)<sup>21</sup> como no Plan de Ordenación do Litoral de Galicia (POL)<sup>22</sup>.

A protección da paisaxe relacionada co dominio público marítimo-terrestre non opera só desde a perspectiva da súa “integridade física”, que se garante mediante a técnica do “deslinde”, senón tamén mediante “a preservación das súas características naturais e en particular a dos seus valores paisaxísticos”<sup>23</sup>.

A prohibición do efecto “apantallamento” nas zonas costeiras, ademais do disposto no artigo 104 da Lei 9/2002 de Galicia, trae causa do xa previsto no artigo 30.1º.b da Lei de costas. As DOT reproducen a literalidade do mencionado precepto estatal, ao estableceren: «Na franxa litoral inmediata ao límite interior da ribeira, cunha anchura mínima de 500 metros, as construcións evitarán a formación de pantallas arquitectónicas ou a acumulación de volumes, sen que para estes efectos a densidade de edificación poida ser superior á media do solo urbanizable programado ou apto para urbanizar (ou equivalentes) no termo municipal respectivo»<sup>24</sup>.

Estas determinacións urbanísticas directamente aplicables correspóndense coa “subsunción da protección externa do demanio costeiro no marco da protección do medio ambiente”. As normas de aplicación directa costeiras son consecuencia da “función pública da xestión racional dun recurso precioso ecolóxica, económica, estratéxica e politicamente”, como é o bordo litoral<sup>25</sup>.

20 Cita como exemplo: «o Plan Insular de Ordenación de Gran Canaria contén criterios específicos de integración paisaxística dos volumes construídos, en especial no caso da edificación en ladeira (artigo 217.2), dado o impacto que poden ter os edificios nestes supostos» *Ubidem*, pp. 65-66).

21 Aprobadas polo Decreto da Xunta de Galicia n.º 19/2011, do 10 de febreiro (*Diario Oficial de Galicia* n.º 36, do 22 de febreiro de 2011).

22 Aprobado polo Decreto da Xunta de Galicia n.º 20/2011, do 10 de febreiro (*Diario Oficial de Galicia* n.º 37, do 23 de febreiro de 2011). *Vid.* Disposición sobre Costas.

23 Cfr. MEILÁN GIL, J. L., “Dominio público y protección del litoral. La Ley de costas veinte años después”, *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Sanz Larruga, F. J. (dir.), Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, 2009, p. 114.

24 *Vid.* aptdo. 6.10.

25 Cfr. DE ASÍS ROIG, A. E., “Policía demanial externa y medio ambiente. Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 125, 1991, p. 69.

A OCDE<sup>26</sup> considera que a “calidade do litoral” depende da densidade de poboación, das características visuais, do grao de acondicionamento e das posibilidades de acceso do público á costa. Nas rexións costeiras vulnerables, canta menor densidade teña a poboación e menos numerosas sexan as posibilidades de acondicionamento, mellor é a calidade e máis posibilidades teñen os recursos costeiros de seren conservados para as xeracións vindeiras.

O cumprimento do previsto no artigo 30.1.b) da Lei de costas de 1988 (LC) constitúe un parámetro protector do medio ambiente fiscalizable pola Dirección Xeral de Costas na emisión dos informes ao planeamento urbanístico<sup>27</sup>, co fin de comprobar que os cálculos e metodoloxías que utilizan estes instrumentos respectan o contido do citado precepto legal. Pola súa banda, as DOT límitanse a reproducir o citado artigo 30.1.b) LC xa de por si defectuoso e confuso<sup>28</sup>. Tendo en conta o seu carácter de norma regulamentaria, poderían ter aclarado os preceptos considerados escuros ou dificultosos para facilitar a súa aplicación práctica polos operadores urbanísticos<sup>29</sup>, sempre respectando o bloque da constitucionalidade e as competencias estatais en materia de costas aclaradas tras a STC 149/1991, do 4 de xullo.

## 4 Reflexións finais

O que comezou sendo un precepto case poético referido ás “normas de aplicación directa” xa na primeira Lei do solo de 1956 deu lugar na súa aplicación polos tribunais de xustiza a un auténtico “principio xeral do dereito” no novo paradigma constituído polo urbanismo ambiental.

Urbanismo e medio ambiente constitúen dúas realidades actualmente indisolubles, en que a actual Lei 42/2007 de protección da natureza e da biodiversidade lles outorga prevalencia aos valores ambientais, formando parte o principio de integración paisaxística do dereito ao medio ambiente proclamado polo artigo 45 CE.

---

26 Cfr. *Gestión de zonas costeras*, OCDE, Mundiprensa, Madrid, 1995, p. 71.

Considera a OCDE que nas zonas costeiras de forte densidade demográfica é onde a poboación experimentou un crecemento rápido sen planificación nin control; poden ofrecer as vantaxes de que van á par cunha densidade de poboación determinada (infraestruturas comerciais, equipos de tempo libre, por exemplo). Unha situación deste tipo pode, non obstante, ocasionar unha degradación rápida da calidade dos solos e das augas, así como unha desaparición doutras vantaxes (pureza do aire, tranquilidade, calidade das augas costeiras, espazos naturais, atractivo paisaxístico, etc.).

Distínguense dous tipos de infraestruturas: as que favorecen a perennidade, como as redes sumidoiros ben mantidas e explotadas e as que están máis ao servizo dun crecemento rápido que dun desenvolvemento duradeiro, como as redes de estradas moi ramificadas.

27 Á emisión dos citados informes sectoriais en materia de costas refírese o artigo 112 da Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas.

28 Cfr. MORENO CÁNOVES, A., *Régimen jurídico del litoral*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 178. *O autor móstrase crítico coa confusa redacción do artigo 30.1.b) LC:*

«O artigo 30.1.b) da LC, ao establecer que *as construcións deberán adaptarse ao establecido na lexislación urbanística*, convértese en rematado exemplo de norma absolutamente inútil».

«Pode tratarse dun intento de dar satisfacción ás malparadas administracións autonómicas, pero, ademais de inútil, a formulación que criticamos é tecnicamente defectuosa, xa que, en rigor, as construcións terán que adaptarse aos instrumentos de ordenación validamente aprobados de conformidade coa lexislación urbanística. A Lei 22/1988 parece descoñecer que a lexislación urbanística, polo xeral, non establece modelos aos que directamente se teñan que adaptar as construcións».

29 As DOT, ao reproduciren o artigo 30.1.b) da Lei de costas estatal, refírense a dúas categorías de solo non recollidas na vixente lexislación urbanística galega: por unha parte, ao solo “urbanizable programado”, que se identifica tradicionalmente co que ten sinalado prazos para o seu desenvolvemento e execución (sendo o seu equivalente o *solo urbanizable delimitado* segundo o artigo 14.2º.a) da Lei 9/2002 de Galicia) e por outra parte á de “solo apto para urbanizar”, sen reparar en que a esta última clase de solo se lle aplica o réxime do solo “urbanizable non delimitado” por aplicación da disposición transitoria 1ª d) da LOUGA para os municipios con planeamento urbanístico non adaptado a esta última lei.

Os preceptos regulamentarios como as Directrices de Ordenación do Territorio e do Plan de Ordenación do Litoral de Galicia, ben que contribúen activamente a unha mellor ordenación do territorio, nunha posterior reforma acorde co principio de “boa regulación” deberían incidir en aclarar aspectos necesarios para dotar de maior seguridade xurídica os operadores urbanísticos, tales como a definición das “pantallas” ou “barreiras da edificación”, ademais de aclarar que clases de solos urbanizables (residenciais, terciarios, industriais) entran no cómputo da densidade media para evitar a formación daqueles elementos distorsionadores na zona de influencia definida no artigo 30.1.b) da Lei de costas de 1988.

## 5 Bibliografía

BLASCO ESTEVE, A., “La planificación territorial de las zonas turísticas en España”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 262, 2010.

BOUAZZA ARIÑO, O., *La planificación territorial en Gran Bretaña*, Civitas, Pamplona, 2009.

DE ASÍS ROIG, A. E., “Policía demanial externa y medio ambiente. Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 125, 1991.

DE ASÍS ROIG, A. E., *Gestión de zonas costeras*, OCDE, Mundiprensa, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Estética y paisaje urbano*, La Ley, Madrid, 2011.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Urbanismo y ordenación del territorio*, Thomsom-Aranzadi, Pamplona, 2007.

MARTÍNEZ NIETO, A., “La contaminación del paisaje (1)”, *Actualidad Administrativa La Ley*, Ref. XXIII, tomo II, 1998.

MEILÁN GIL, J. L., “Dominio público y protección del litoral. La Ley de costas veinte años después”, Sanz Larruga, F. J. (dir.), *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, 2009.

MORENO CÁNOVES, A., *Régimen jurídico del litoral*, Tecnos, Madrid, 1990.

SÁNCHEZ GOYANES, E., SANTOS DÍEZ, R. e CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *Ley del suelo. Comentario sistemático del texto refundido de 2008*, La Ley, Madrid, 2009.

Regap



NOTAS



# Regap

Recensiones

3





## Os parlamentos autonómicos en tempos de crise

Los parlamentos autonómicos  
en tiempos de crisis

The autonomous parliaments  
with times of crisis

51  
Regap

TUDELA ARANDA, JOSÉ (Editor)

*Colección Actas n.º*

Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado  
Autonómico, Zaragoza, 2015

regap



RECENSIONES

A obra obxecto de comentario é un fito máis dos relevantes traballos levados a cabo pola Fundación Giménez Abad, cuxo secretario xeral, D. José Tudela Aranda, se encarga de impulsar con notable éxito desde a súa posición profesional de letrado das Cortes de Aragón. Ao proceder á súa recensión, entendo as responsabilidades que no seu momento me transmitiron outros colegas cando de obras miñas se trataba, pois á valía do libro súmase a amizade e consideración que me unen aos seus autores.

Este volume colectivo iníciase co traballo do citado xurista referido ao parlamento autonómico e á calidade da democracia, no que se reflexiona acerca da transcendencia dos parlamentos autonómicos como institucións que personifican a autonomía política das novas figuras constitucionais que integran as comunidades autónomas.

Partindo da valoración case adxectiva que os parlamentos autonómicos tiñan inicialmente respecto das Cortes Xerais, o autor describe a construción dun autónomo dereito parlamentario autonómico para o que reivindica a súa singularidade propia e a súa necesaria reforma dentro da evolución do conxunto do Estado autonómico. Tudela vincula, con razón, a autonomía política e a existencia do parlamento autonómico, dando para iso sobrados argumentos xurídico-constitucionais e destacando a problemática da asimetría constitucional existente entre as comunidades autónomas segundo a súa vía de acceso á autonomía prevista constitucionalmente.

A análise do letrado aragonés vai máis alá dunha consideración descritiva do sistema institucional dos parlamentos das comunidades autónomas, e entra a valorar os concretos subsistemas de partidos que foron aparecendo en cada unha destas coas importantes consecuencias que este mapa dinámico trouxo para a evolución do dereito parlamentario autonómico.

Estas reflexións condúceno a analizar o que el valora como “deriva presidencialista da forma de goberno”, que relaciona cunha valoración positiva da estabilidade do sistema parlamentario no ámbito autonómico. En todo caso, móstrase crítico respecto da posición en que quedou o parlamento autonómico en relación cos intereses dos partidos á hora de axuizar o funcionamento do sistema institucional nas comunidades autónomas e conclúe algo que reflectimos tamén desde o Parlamento de Galicia, que é a erosión paulatina da autonomía parlamentaria que nalgúns casos levou a descoñecer principios básicos do funcionamento das cámaras que estaban admitidos con naturalidade no ámbito das Cortes Xerais. O autor identifica esta debilidade da autonomía parlamentaria como unha debilidade da propia institución e que ten os seus reflexos na dinámica política.

Tudela Aranda incide de novo neste traballo nun dos tópicos que máis estudou ao longo da súa dilatada experiencia profesional, como é o da cada vez máis danada relación entre a lei e o parlamento. Lémbra-nos o clásico debate da crise do parlamento e a crise da lei e conclúe que “ambas as dúas crises interactúan, posto que un parlamento débil non favorece a fortaleza da lei e a debilidade da lei non axuda ao parlamento”.

Respecto da función de control, o autor di que os sinais da súa debilidade son case escandalosos. Compartindo algúns problemas coas Cortes Xerais, valora a debilidade controladora do parlamento autonómico como substantivamente maior, facendo neste caso tamén responsable, entre outras, a erosión que sufriu a autonomía parlamentaria. Ademais, para completar a súa pesimista visión da situación actual, Tudela entende fracasados os intentos normativos de rendibilización da función de control que se levaron a cabo, tales como a creación de oficinas de control orzamentario ou a alianza entre participación e control posibilitando que os cidadáns poidan intervir mediante a presentación de preguntas ou a través do exercicio do dereito de petición.

A conclusión final é crítica. Valora como esenciais os próximos anos no devir dos parlamentos autonómicos, entendendo que só o éxito do Estado autonómico pode garantir tamén o éxito dos legislativos que nel viven e propón, aínda sen dar solucións concretas, que as cámaras autonómicas sexan un espazo privilexiado para o ensaio de novas fórmulas de funcionamento.

O ex-secretario das Cortes Xerais D. Manuel Alba Navarro analiza no volume que nos ocupa as relacións das Cortes Xerais cos parlamentos autonómicos. O autor confesa desde un inicio que a súa análise vai máis alá do enfoque académico para plasmar a súa longa andaina profesional por vivir de primeira man estas relacións institucionais. Confesa que, aínda a inicios de 2015, entende que o réxime constitucional iniciado en 1978 está moi influído polo pasado ditatorial negador de todo tipo de pluralismo e diversidade.

Asemade, valora positivamente o contido do título VIII da Constitución no seu intento de “articular un modelo político descentralizado que recoñece a existencia dun dereito de autogoberno compatible coa unidade do conxunto”.

Manuel Alba defende que existen preceptos constitucionais que obrigan necesariamente a interrelacionarse de xeito asociativo os parlamentos, ben que recoñece que a cooperación pode facerse de moitas maneiras e na práctica a relación entre Cortes Xerais e parlamentos autonómicos demostrou unha verdadeira vontade por parte dos obxectos implicados de levala a bo termo e cun auténtico sentido de “lealdade constitucional”.

O autor defende que o mimetismo lexislativo autonómico, ao tomar como referencia o Regulamento do Congreso dos Deputados para a elaboración do dereito parlamentario autonómico, xerou certa cultura parlamentaria compartida que facilita as relacións interinstitucionais. Ademais, a previsión constitucional de integración no senado dos designados polos parlamentos autonómicos formulando varios problemas aplicativos posibilita tamén a interrelación entre as cámaras estatais e as autonómicas.

Mayor alcance ten, segundo o autor, a posibilidade de que os parlamentos autonómicos demanden a tramitación de proposicións de lei ante o Congreso dos Deputados, vía que se utilizou reiteradamente e que non deixou de suscitar problemas xurídicos e políticos na súa instrumentación.

Pero, sen dúbida, a cuestión máis comprometida e que Alba Navarro entende perfectamente resolta nas relacións entre as Cortes Xerais e os parlamentos autonómicos é a reforma dos estatutos de autonomía. Neste sentido, Manuel Alba lembra que, no noso Estado composto, os estatutos de autonomía son leis orgánicas que forman parte do ordenamento xurídico do Estado e, por iso, deben ser aprobados polas Cortes Xerais mediante lei orgánica. Isto condúceo a afirmarse na idea de que o procedemento de tramitación non pode, en ningún caso, reducirse a un debate de aprobación ou rexeitamento xeral do texto enviado polo parlamento autonómico. A súa visión desde a atalaia do lexislativo estatal lévao a distinguir claramente este procedemento dunha mera validación ao modo previsto para a tramitación en sede parlamentaria dos decretos lei.

Singular valoración merece para el, que naquel momento era letrado maior do Senado, a interrelación parlamentos autonómicos-Cortes Xerais habida con motivo da tramitación da proposta de reforma do estatuto político da Comunidade de Euskadi. Neste caso, o autor detense a reflexionar sobre os criterios de admisión a trámite e cualificación por parte da Mesa á luz da xurisprudencia que o Tribunal Constitucional ditara ata aquel momento.

Finalmente, a constatación de que as relacións institucionais ente os parlamentos están tamén profundamente vinculadas ás que teñan entre si os seus presidentes non lle impide recoñecer os beneficiosos efectos que tivo a coordinación entre os titulares dos postos directivos nas respectivas administracións parlamentarias, o que quizais tamén se plasmou na inexistencia de xuízos entre as cámaras por cuestións competenciais procedementais ou análogas. Coincido co autor na miña entusiasta formulación de votos para que as relacións interparlamentarias en España se manteñan con estes mesmos caracteres durante longo tempo.

Luis Aguiló i Lucia, letrado das Cortes Valencianas, dedica a súa parte do libro a explicar o tema “Lei e función lexislativa no parlamento autonómico”. Parte da relativización que actualmente ten o papel da función lexislativa dentro das cámaras para, non obstante, demandar a mellora do procedemento lexislativo nos parlamentos autonómicos.

REGAP



RECENSIONES

Todos os que gozamos das tarefas parlamentarias nos relatorios lexislativos defendemos, como Aguiló, o seu reforzamento, sobre todo pensando na mellora desa obsesión dos xuristas parlamentarios que é a mellora da técnica lexislativa. Paralelamente, o letrado valenciano preocúpase de comentar globalmente o contido das leis autonómicas, pondo de manifesto unha vez máis o proceso de imitación que se produciu entre as comunidades autónomas. Ademais, recórdanos o profesor Aguiló a progresiva presenza do labor lexislativo gobernamental a través dos decretos lexislativos (como así aconteceu en Galicia) e da figura introducida polas novas xeracións de estatutos de autonomía consistente na incorporación dos decretos leis. O autor é crítico sobre a utilización do decreto lei autonómico e lembra as vías urxentes existentes nos regulamentos parlamentarios autonómicos.

*Os estudos sobre o parlamento e o control parlamentario: unha aproximación desde a ciencia política* é o traballo de Juan Luis Paniagua que explica a evolución da doutrina sobre esa materia nos últimos anos en España.

O autor volve sobre un gran tópic do parlamentarismo español ao tratar de delimitar o concepto do control parlamentario, e para iso analiza o que el denomina tres dimensións do sistema político que afectan á acción parlamentaria e de control, a saber, o modelo parlamentario que deriva da Constitución española de 1978, os tipos de partidos específicos do caso español e, por último, o sistema de partidos que lle serven para recordarnos que ao longo do actual ciclo democrático houbo cinco lexislaturas con gobernos de maioría absoluta e seis con goberno de maioría relativa sustentados en coalicións lexislativas de diverso tipo.

Paniagua preocúpase de comentar as relacións entre o parlamento e o goberno e o control parlamentario. Para iso, acode á clásica obra de King sobre as relacións entre goberno e parlamento nos seus catro escenarios posibles e posteriormente realiza unha análise teolóxica do control parlamentario con ánimo de coñecer o funcionamento e rendemento institucional, ademais de situar a actividade despregada polos actores políticos de acordo cos seus obxectivos e os seus resultados.

O estudo do control parlamentario leva a Paniagua á análise das minorías e á súa relación co exercicio da oposición parlamentaria, entendendo que para iso resultan decisivos desde a perspectiva da ciencia política catro factores: as regras de xogo, o funcionamento do sistema de partidos, a actividade dos grupos parlamentarios e os tipos de oposición parlamentaria a desenvolver. Finalmente, detense o autor en comentar o alcance e límites dos instrumentos de control parlamentario e realizar para iso unha enumeración detallada das figuras existentes nos regulamentos das cámaras que resultará de grande utilidade para calquera persoa que queira realizar unha aproximación fáctica ao sistema parlamentario español.

Unha das máis destacadas plumas do dereito parlamentario español, Esteban Greciet García, daquela letrado da Asemblea de Madrid, ocúpase de comentar o suxestivo tema do parlamento autonómico e a renovación democrática.

Esteban analiza a realidade do parlamentarismo autonómico pondo de manifesto os seus problemas desde a mesma orixe no sistema electoral, e trae a colación as últimas reformas institucionais que tratan de reducir o número de membros das Cámaras. Entre as reformas que espera que se produzan nos regulamentos parlamentarios están as que deban conducir a unha maior transparencia das declaracións de intereses dos seus membros, así como as

que reivindiquen de forma razoable o protagonismo do parlamentarismo individual no debate político.

Greciet reivindica a idea de que “a democracia continúa” para superar os esquemas tradicionais dos períodos de sesións e da distribución dos tempos parlamentarios, aspecto que obviamente influirá na configuración que se lle deba dar a un órgano como a deputación permanente.

Ideas que aparecen citadas noutros capítulos do libro referidas ao procedemento lexislativo e máis xenericamente á potestade lexislativa das cámaras autonómicas son explicadas pormenorizadamente aquí, incidindo especificamente no problema da avaliación lexislativa como punto clave da noción de calidade na esfera dos poderes públicos.

Pero se algún aspecto foi obxecto tradicional de estudo na profusa bibliografía do letrado madrileño é a do control e impulso político nos parlamentos. Deste xeito, Greciet recórdanos a necesidade de reformar as comisións de investigación e as comisións temporais dedicadas ao estudo de materias sectoriais. Ademais, demanda con evidentes evocacións do sistema parlamentarismo anglosaxón a singularización da sesión de control e o establecemento claro dunha cota de iniciativas de orientación política nas cámaras.

Desde unha perspectiva máis institucional, o profesor madrileño propón unha serie de cambios que afectan ao ámbito da transparencia e publicidade política das cámaras autonómicas. Trátase, en definitiva, de converter a publicidade formal e material das asembleas en transparencia, asumindo o que denomina “filosofía da transparencia” que impregnen os principios do parlamento autonómico e máis tarde as normas que o rexen. Nesta orde de cousas, a transparencia parlamentaria que defende o autor debe posibilitar un dereito de acceso á información parlamentaria efectivo que se complete cunha publicación cualificada de toda a información da cámara na súa web. Esteban completa o seu traballo co que denomina “dereito ao parlamento autonómico”, cuxo contido cifra no dereito subxectivo dos cidadáns a acceder á información e documentación que chega á institución para, con iso, situarse en condicións óptimas de mellorar a súa capacidade de participación política directa ou por medio de representantes.

Elviro Aranda Álvarez trata en catro grandes bloques da “calidade democrática e reformas electorais nas comunidades autónomas”. Para iso, parte de analizar os argumentos que se utilizan para presentar propostas de redución de deputados nos parlamentos autonómicos, explicando que estas non teñen que ver tan só coa diminución do gasto público, senón con dous temas de gran contido constitucional: o sistema electoral vixente en cada un dos territorios e as condicións para a organización e funcionamento das respectivas cámaras.

O profesor Aranda entende que as reformas electorais das asembleas das comunidades autoconducen para os efectos contrarios ás que, no seu momento, se contiñan nas recomendacións do Consello de Estado. Ademais, entende que o parlamento ha de seguir sendo a instrución central no sistema autonómico e en ningún caso debe perder esa posición que orixinariamente lle outorgaron os estatutos de autonomía. Remata o seu traballo explicando os problemas concretos da redución do número dos parlamentarios no caso das Cortes de Castela-A Mancha.

Regap



RECENSIONES

José Ignacio Navarro Méndez, letrado do Parlamento de Canarias, e unha das mentes mellor aombladas no referido ao parlamento do século XXI, reflexiona acerca de “parlamentos abertos e transparentes. A aposta polas TIC na vida parlamentaria”. Partindo da pregunta consistente en se a nova cultura participativa é un complemento da clásica democracia representativa ou se pode acabar por converterse no modelo característico das democracias modernas, Navarro inténase no comentario da situación dos parlamentos en tempos que el cualifica de “perda de lexitimidade”. Neste sentido, entende que unha das fronteiras máis esperanzadoras para loitar contra a situación é a utilización intelixente das TIC por parte das asembleas lexislativas para seren máis transparentes, máis próximas aos cidadáns e abertas á súa participación, así como para explicar mellor que fan e por que.

O autor cacereño explica a situación actual da transparencia parlamentaria como evolución do clásico principio de publicidade da actividade das cámaras parlamentarias. A transparencia imponlles unha dobre obriga aos parlamentos: facilitar o acceso polos cidadáns á información dispoñible cando estes a soliciten e exíxelles ademais unha actitude activa, pois de oficio están obrigados a publicitar polos medios con que contén a información relativa ao seu funcionamento e ás actividades que exercen. Esta faceta da transparencia entende Navarro Méndez que non se ve satisfeita co cumprimento das formalidades tradicionais do principio de publicidade parlamentaria.

Os indicadores de transparencia parlamentaria son analizados polo autor partindo do recoñecemento do carácter pioneiro que no seu momento tivo a Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e boas prácticas na Administración pública galega. Considera a iniciativa levada a cabo por Transparencia Internacional España como moi positiva e valora positivamente tamén a existencia da rede de transparencia lexislativa en Iberoamérica.

Pero o letrado do Parlamento de Canarias non deixa de ofrecernos algúns exemplos destacables de iniciativas para fomentar a transparencia e a participación cidadá na vida parlamentaria. Deste xeito, destaca experiencias do Parlamento de Navarra e de Cataluña e, especialmente, a plataforma cidadá en liña do Parlamento vasco “ADI” (Acheга, Debate, Inflúe). Con esta mesma filosofía destaca a experiencia “lexisla conosco” do Parlamento de Galicia, que valora de modo moi positivo por permitir abrir novas vías de participación que se unen ás que formalmente lles recoñecen aos cidadáns os regulamentos parlamentarios.

José Ignacio reflexiona sobre a comunicación parlamentaria e as redes sociais como ferramentas idóneas de transparencia. Nesta orde de cousas, entende que os medios sociais, como conxunto de ferramentas baseadas en Internet para entrar en contacto con outros suxeitos politicamente activos, son actualmente ferramentas imprescindibles para a comunicación das cámaras cos cidadáns. Opina que os parlamentos autonómicos deben apostar pola profesionalización dos xestores da comunicación parlamentaria para lograr o máximo nivel de penetración e de reciprocidade e hiperactividade na información das cámaras.

As conclusións a que chega o profesor Navarro reafirman a utilidade das tecnoloxías da información para darlles aos cidadáns novas vías de participación para que poidan facer as súas achegas nos procesos parlamentarios tanto de control político do executivo como na elaboración lexislativa.

Atopámonos pois ante un volume colectivo de altísimo nivel e que se vén sumar a outras obras corais que os letrados das cámaras autonómicas publicaron nos últimos anos e que

poñen de manifesto a necesidade dunha reforma reflexiva dos marcos de actuación dos parlamentos autonómicos en tempos de crise.

**Xosé Antón Sarmiento Méndez**

Ltrado maior

Parlamento de Galicia (España)

xose.anton.sarmiento.mendez@parlamentodegalicia.gal

regap



RECENSIONES





## Seguridade pública e constitución

Seguridad pública y constitución

Public safety and constitution

51  
Regap

CASINO RUBIO, MIGUEL  
Ed. Tecnos, Madrid, 2015

Regap



RECENSIONES

A obra *Seguridad pública y constitución* foi galardoada co I Premio Internacional de Investigación "Instituto García Oviedo", que persegue fomentar a investigación e a súa difusión no ámbito do dereito administrativo. Con este premio recompensouse o grande esforzo que levou a cabo o seu autor, Miguel Casino Rubio, para escribir un libro cuxa lectura, máis que necesaria, resulta imprescindible, non só para especialistas na materia, senón tamén para todos aqueles que desexen internarse no significado dos conceptos constitucionais de "orde pública", "seguridade pública" e "seguridade cidadá". Non hai ningunha dúbida de que a seguridade pública ou cidadá, ou a orde pública, representan hoxe en día unha das principais preocupacións cidadás, e por iso a tarefa realizada por CASINO adquire unha importancia capital.

A obra estrutúrase en cinco capítulos. O primeiro deles ocúpase dun dos principais obxectivos perseguidos por esta, que é o de resolver o problema da distribución de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas, que ten a súa referencia no artigo 149.1.29ª CE e a súa expresión clave na "seguridade pública". Neste sentido, CASINO expresa a necesidade de determinar o que debe entenderse por "seguridade pública" nun Estado descentralizado, xa que a pesar de que o artigo 149.1.29ª CE lle atribúe ao Estado a competencia exclusiva nesa materia, concédelles ás comunidades autónomas a posibilidade de crear policía na forma que se estableza nos respectivos estatutos no marco do que dispoña unha lei orgánica. Este escenario complicase polo feito de que a CE menciona tamén os termos de "orde pública" e "seguridade cidadá" con aparente confusión e indeterminación, o que dificulta en boa

medida a tarefa de depuración do significado da materia constitucional "*seguridade pública*". Neste contexto, non é estrañar que tanto o lexislador autonómico como o estatal utilicen os mencionados termos sen seguir aparentemente ningunha regra fixa, o cal se reflicte nunha serie de exemplos citados por CASINO no capítulo I da súa obra.

Co fin de indagar no significado destes tres conceptos, CASINO expón no capítulo II algunhas das opinións doutrinarias existentes sobre "*seguridade pública*", "*orde pública*" e "*seguridade cidadá*". Deste xeito, o autor aborda tanto a doutrina administrativa como a constitucionalista, e demostra que a maior parte das obras examinadas só veñen confirmar a confusión dominante, sen botar moita luz á distinción entre os tres conceptos mencionados.

De forma sistemática, e tras estudar as opinións doutrinarias máis relevantes, CASINO dedica o capítulo III da súa obra a examinar o significado que a xurisprudencia do Tribunal Constitucional lle outorga a cada un dos tres termos constitucionais. Neste sentido, pon de manifesto que existen múltiples sentenzas do Tribunal Constitucional sobre o concepto de "*seguridade pública*", nas que o dito tribunal intenta con moito esforzo identificar un criterio que sirva de distinción, entendendo que os corpos e forzas de seguridade se configuran como a pauta máis axeitada de delimitación; así, para o Tribunal Constitucional toda acción ou servizo policial encaixa no artigo 149.1.29 CE, pondo de relevo que outros aspectos e funcións distintas das que lles corresponden aos corpos e forzas de seguridade, e atribuídas a outros órganos e autoridades administrativas, compoñen igualmente aquel concepto. Non obstante, e malia que das sentenzas examinadas poden extraerse afirmacións decisivas e ata declaracións exactas sobre o significado constitucional da materia de "*seguridade pública*", resultan de especial interese as valoracións que o autor realiza acerca do establecido nesas resolucións, xa que plasma de forma concisa e esclarecedora unha serie de consecuencias derivadas de converter os corpos e forzas de seguridade na única vara de medir que non deben ser pasadas por alto.

Unha vez examinada tanto a doutrina como a xurisprudencia constitucional, CASINO intenta levar a cabo unha reconstrución dos conceptos en cuestión. Deste xeito, no capítulo IV, trata de definir e diferenciar a "*seguridade pública*", a "*orde pública*" e a "*seguridade cidadá*", facendo fincapé na importancia de distinguir a policía de seguridade das policías administrativas especiais, xa que as segundas carecen de competencia para o mantemento da seguridade e da orde pública.

Por último, o autor considera necesario facer unha referencia á "*seguridade privada*". Así, no capítulo V do libro deixa constancia de que a seguridade privada é en si mesma seguridade pública, aínda que prestada por suxeitos privados. Considero que a inclusión deste último capítulo é un total acerto, posto que as precisións que nel se consagran lle permiten ao lector obter unha visión global e reforzada do significado da materia de "*seguridade pública*"; deste modo, considero moi oportuno que CASINO incida na idea de que no noso ordenamento só existe un tipo de seguridade: a seguridade pública ou cidadá, cuxa competencia lle corresponde de forma exclusiva ao Estado.

Pódense resaltar innumerables facetas da obra, como os minuciosos extractos que realiza o autor da mellor doutrina administrativa e xurisprudencial, a extraordinaria análise e valoración da xurisprudencia constitucional existente ao respecto, o gran volume de fontes consultadas, ou a clara e comprensible forma en que se trata unha cuestión tan problemática como a exposta. Por todo iso, este libro configúrase, sen dúbida ningunha, como unha

obra de indispensable consulta, e como un inmejorable punto de partida para aqueles que pretendan abordar o significado duns conceptos constitucionais tan importantes como imprecisos e confusos.

**Antía Boo Corral**

Graduada en Dereito

Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)

antia\_bc@hotmail.com

regap



RECENSIONES