

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 Derecho del Trabajo y de la Seguridad 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 policies. 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 El panorama actual: mantenimiento y proliferación de las bonificaciones y reducciones en las cuotas a la Seguridad Social. 3 La política de incentivos a la contratación de trabajadores en España. 3.1 La primera etapa: el fomento del empleo temporal. 3.2 La segunda etapa: la generalización del fomento del empleo indefinido mediante bonificaciones de las cotizaciones sociales. 3.2.1 La multiplicación de los colectivos bonificados. 3.2.2 La evaluación de los programas de incentivos a la contratación. 3.2.3 El fallido intento racionalizador de la reforma de 2006. 3.3 La tercera etapa: las bonificaciones y reducciones de cuotas durante la crisis. 3.3.1 Las repercusiones de la evaluación en la reforma de 2010: la definición selectiva de colectivos. 3.3.2 El apoyo al emprendedor tras la reforma de 2012. 4 Los nuevos incentivos a la contratación: la urgente necesidad de crear empleo. 4.1 Los estímulos a la contratación de jóvenes: las Leyes 11/2013 y 18/2014. 4.1.1 Los incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa. 4.1.2 La reducción de la cotización a la Seguridad Social por la contratación indefinida de jóvenes a través de microempresas y autónomos. 4.1.3 Los incentivos del contrato “generaciones”. 4.1.4 El contrato “primer empleo” joven y los incentivos a su transformación en indefinido. 4.1.5 Incentivos al contrato en prácticas para el primer empleo. 4.1.6 Incentivos a la incorporación de jóvenes a entidades de la economía social. 4.1.7 Bonificaciones por contrataciones indefinidas de personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil: la Tarifa Joven. 4.2 Los nuevos estímulos a la contratación indefinida. 4.2.1 La tarifa plana reducida para nuevas contrataciones indefinidas. 4.2.2 El mínimo exento por la contratación indefinida de trabajadores. 5 Conclusiones: reflexiones sobre la pervivencia de los incentivos a la contratación. 6 Bibliografía.

## 1 Introducción

Conocer la “foto fija” de los incentivos a la contratación vigentes en una fecha determinada constituye una labor que, además de resultar de escasa utilidad, dado lo cambiante de la materia, aporta poca información para argumentar en torno a su supervivencia o, en su caso, en torno a las líneas que debería seguir su posible reforma, racionalización o simplificación.

De la necesidad de esta tarea están dejando constancia, sin embargo, diversas normas de reciente aparición. Así, la disposición final octava del Real decreto-ley 16/2013 y el artículo 121 de la Ley 18/2014 entendían que debe llevarse a cabo una reordenación normativa de los incentivos en aras de la seguridad jurídica; y, más recientemente, en la disposición adicional séptima de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, el Gobierno se comprometía a desarrollar “un análisis del conjunto de bonificaciones a la contratación y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social en vigor en todos los ámbitos territoriales que deberá presentar antes del 31 de mayo de 2016. Dicho análisis evaluará la eficacia de las medidas de apoyo a la contratación en vigor para el cumplimiento de sus objetivos y su impacto presupuestario, y valorará la conveniencia de mantener los incentivos o de destinar esos recursos a otras iniciativas en el ámbito de las políticas activas de empleo”.

Mientras esta nueva evaluación se materializa, el presente trabajo trata de arrojar alguna luz al respecto. Para ello, efectúa un estudio de los motivos que han conducido al actual cuestionamiento generalizado de los incentivos a la contratación, prestando especial atención a los resultados de las evaluaciones ya efectuadas y a los efectos que pueden tener las últimas medidas adoptadas en este terreno.

## 2 El panorama actual: mantenimiento y proliferación de las bonificaciones y reducciones en las cuotas a la Seguridad Social

En los últimos años se ha asistido, como ya se tuvo oportunidad de analizar, a una verdadera perpetuación de algunas de las tendencias más cuestionadas en nuestro país en materia de políticas activas de empleo: por un lado, por lo que respecta al fomento de la contratación laboral a través de políticas de flexibilización del mercado de trabajo, se ha recurrido de nuevo al estímulo de la flexibilidad de entrada; por otro lado, en el ámbito de la política de fomento del empleo, se ha subrayado el carácter prioritario de las medidas consistentes en el establecimiento de incentivos económico-financieros a la creación de empleo y, dentro de ellas, de las bonificaciones o reducciones de las cuotas a la Seguridad Social<sup>1</sup>.

Es cierto que la ineficacia e ineficiencia de los incentivos económicos a la contratación como mecanismos de creación de empleo cuando se plantean de manera general o a gran escala se encuentra, como se plasma a lo largo de este estudio, sobradamente demostrada. Sin embargo, sigue recurriéndose a las bonificaciones y reducciones en las cuotas a la Seguridad Social como sistema de choque para luchar contra el desempleo.

En efecto, a las medidas aprobadas por la reforma de 2012, por la Ley 11/2013, de 16 de julio, o por el Real decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, se han sumado otras que, si bien parten del fin del ciclo de destrucción de empleo iniciado en 2008, siguen tratando de impulsar de manera urgente el crecimiento del empleo previsto –y, en especial, del empleo indefinido y el juvenil– a través del reconocimiento de incentivos a la contratación. Así, como más adelante se analiza, el Real decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, estableció una tarifa plana reducida de las cotizaciones sociales por contingencias comunes para todas las contrataciones indefinidas si mantienen el empleo neto durante al menos tres años; la Ley 18/2014, de 15 de octubre, introdujo nuevos incentivos a la contratación de personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil; y la Ley 25/2015, de 18 de julio, ha aprobado un mínimo exento de cotización a la Seguridad Social para favorecer la creación de empleo indefinido.

No son éstas, sin embargo, las únicas medidas aprobadas al respecto. También se han prolongado algunos incentivos anteriores y se han creado otros nuevos que no responden a la comentada finalidad de incrementar el crecimiento del empleo indefinido y/o juvenil. Entre los que continúan cabría mencionar dos: primero, la prórroga hasta el 31 de diciembre de 2016 de la bonificación del 50 % de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta de Desempleo, FOGASA y Formación Profesional, para las empresas, excluidas las pertenecientes al sector público, de los sectores de turismo, comercio vinculado al turismo y hostelería que inicien y/o mantengan en alta durante los meses de febrero, marzo y noviembre la ocupación de los trabajadores con contratos de carácter fijo discontinuo (DA 89ª de la LPGE para 2016);

1 Este estudio constituye una continuación de los realizados en los años 2013 y 2014 en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2012-36783 “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; y “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*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 171-211.

y, segundo, la incorporación al nuevo texto refundido del ET (DA 21<sup>a</sup>) de la reducción en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes por realizar contratos de interinidad con beneficiarios de prestaciones por desempleo, de nivel contributivo o asistencial, que lleven más de un año como perceptores, para sustituir a trabajadores que estén en la situación de excedencia por cuidado de hijo o familiar del artículo 46.3 del ET. Entre los nuevos podría hacerse referencia también a dos supuestos: las bonificaciones por contratación temporal o indefinida de víctimas de trata de seres humanos (nuevo apartado 4 ter del artículo 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, introducido por la disposición final 8<sup>a</sup> de la Ley 26/2015, de 28 de julio); y la bonificación a trabajadores autónomos por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación reconocida en el artículo 9 de la Ley 25/2015.

Puesto que todas estas medidas se añaden al elevado número de incentivos ya existente, es fácil imaginar que el actual panorama de bonificaciones y reducciones sigue caracterizándose por una intensa complejidad e inseguridad jurídica derivadas tanto del elevado número de normas aplicables en esta materia como de sus constantes modificaciones. De hecho, la consulta de las vigentes<sup>2</sup> permite comprobar que se incentiva la contratación indefinida inicial en múltiples supuestos (contrato de emprendedores, tarifa plana, nueva exención a la cotización, beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, excluidos sociales, víctimas de violencia doméstica, de género, de terrorismo, de trata de seres humanos, personas con discapacidad, etc.); la transformación en indefinidos de contratos temporales; los contratos temporales de ciertos colectivos (excluidos sociales, víctimas de violencia de género o doméstica, del terrorismo, de trata de seres humanos); los contratos de interinidad para determinadas sustituciones (por descanso por maternidad, embarazo, lactancia, etc., excedencia por cuidado de familiar, violencia de género, personas con discapacidad que sustituyan a otras personas con discapacidad en situación de IT, etc.); los contratos formativos; el mantenimiento de la contratación (de trabajadores de 65 años, en situación de regulación temporal de empleo, de los sustituidos en situación de descanso por maternidad, paternidad y riesgos, de hijos discontinuos...); o la contratación de trabajadores en determinadas actividades o ámbitos geográficos.

A la vista de todo ello, no resulta extraño que las ayudas que incentivan la contratación de determinados grupos sigan constituyendo en España la principal política activa del mercado de trabajo en términos de gasto, ocupando en 2014 casi un tercio de los recursos destinados a políticas activas, mientras que en la media de la Unión Europea no alcanzan el 20 %<sup>3</sup>. Ya se había detectado a este respecto que, si bien son los países nórdicos como Dinamarca, Suecia o Noruega los que presentan un mayor porcentaje del PIB destinado a las políticas activas del mercado de trabajo, así como un mayor gasto por trabajador, son los países del este y sur de Europa quienes mayor porcentaje de gasto en políticas activas del mercado de trabajo dedican a subvencionar o bonificar la contratación de trabajadores y, paralelamente, los que menor gasto realizan en programas de formación para los trabajadores<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*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2015, pp. 312 y ss. Las cifras anteriores pueden consultarse en CUETO IGLESIAS, B., "Las ayudas a la contratación indefinida en España", *Revista de Economía Laboral*, n. 3, 2006, p. 88.

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

### 3 La política de incentivos a la contratación de trabajadores en España

Como se adelantó, no es posible argumentar en torno a la supervivencia del actual panorama de incentivos a la contratación de determinados grupos de trabajadores sin conocer la evolución sufrida en la materia hasta la entrada en vigor de las últimas reformas.

#### 3.1 La primera etapa: el fomento del empleo temporal

En una primera etapa –que termina con la reforma laboral de 1997<sup>5</sup>– los instrumentos de fomento del empleo presentaban una importancia menor, en cuanto aparecían supeditados a las grandes reformas sustantivas, y carecían de una determinación clara a la hora de apoyar el empleo indefinido. Ello resulta especialmente llamativo en los momentos finales de esta etapa, cuando ya se percibía como un problema la excesiva tasa de temporalidad a la que había conducido el uso del contrato temporal no causal de fomento del empleo introducido por la reforma de 1984<sup>6</sup>. Efectivamente, la necesidad de luchar contra los altos índices de temporalidad se reflejaba expresamente en las reformas de 1992<sup>7</sup>, que contenían un programa de fomento del empleo indefinido dirigido a parados de larga duración (jóvenes, mayores de 45 años, y mujeres en profesiones y oficios en los que se encontrasen subrepresentadas) y que, por primera vez, subvencionaban la transformación de contratos en prácticas o para la formación en contratos indefinidos. Sin embargo, la contratación temporal no causal permaneció hasta su derogación por parte de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y, aun así, la Ley 10/1994, de la misma fecha, que inauguró la elaboración de programas de fomento del empleo de carácter anual, permitió la prórroga durante dieciocho meses de los contratos temporales de fomento del empleo cuya duración máxima de tres años expirase entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

#### 3.2 La segunda etapa: la generalización del fomento del empleo indefinido mediante bonificaciones de las cotizaciones sociales

##### 3.2.1 La multiplicación de los colectivos bonificados

En la segunda etapa, que abarca del año 1997 al año 2010, el apoyo al empleo indefinido resultó mucho más contundente.

Como es de sobra conocido, con la firma el 28 de abril del Acuerdo Interprofesional sobre la Estabilidad en el Empleo, cuyo contenido fue asumido en gran medida por el Gobierno, quedó constancia, por primera vez, de que los agentes sociales más representativos coincidían en la denuncia de los excesos de la contratación temporal y en la búsqueda de una estrategia concertada para combatirla. Parte de esa estrategia fue la creación de un nuevo tipo de contrato indefinido dirigido a colectivos específicos singularmente afectados por el

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.* Ley 32/1984, de 2 de agosto.

7 Real decreto-ley 1/1992, de 3 de abril, luego Ley 22/1992, de 30 de julio.

desempleo y la inestabilidad laboral, que se caracterizaba por estar dotado de un régimen indemnizatorio reducido –treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades– en los casos de despido objetivo declarado improcedente. Aunque, en principio, el contrato se configuró como una medida de carácter provisional, ya que se hablaba de los cuatro años siguientes a la entrada en vigor del Real decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, las reformas de 2001, 2006, 2010 y 2011 lo fueron perpetuando mediante la apertura sucesiva de nuevos plazos de conversión de contratos temporales en contratos de fomento de la contratación indefinida y mediante la práctica generalización de los colectivos de trabajadores desempleados susceptibles de ser contratados bajo esta modalidad contractual.

La otra parte de la estrategia concertada para combatir la temporalidad consistió en incentivar la contratación indefinida, tanto ordinaria o tradicional como de fomento, de los colectivos con los que podía realizarse el nuevo contrato de fomento de la contratación indefinida (desempleados jóvenes entre dieciocho y veintinueve años; los parados de larga duración, inscritos más de un año como demandantes de empleo; los mayores de cuarenta y cinco años; y los minusválidos). Además, la estrategia utilizada implicaba la bonificación de la transformación de cualquier contrato de duración determinada o temporal en contratos de duración indefinida.

Así pues, en materia de incentivos al empleo se iniciaba en 1997 una nueva etapa caracterizada por la mayor importancia otorgada a estos instrumentos, que pasaron a regularse en una norma diferenciada que abandonaba, desde el punto de vista de su configuración técnica, el sistema generalizado de subvenciones por uno de bonificaciones de las cotizaciones sociales. Ello supuso una indudable flexibilización del procedimiento de concesión que, al consistir en una autoliquidación, evitaba requerimientos burocráticos excesivos<sup>8</sup>.

Con posterioridad, la reforma de 2001<sup>9</sup> –aunque profundizaba en las líneas esenciales de la de 1997 al conceder un papel protagonista al contrato de fomento de la contratación indefinida y a los estímulos de fomento del empleo– modificó los colectivos a los que se aplicaban las bonificaciones, al excluir a los jóvenes de 30 años e incorporar a las mujeres desempleadas entre 16 y 45 años y a los desempleados perceptores de la prestación contributiva de desempleo a los que restase, al menos, un año de cobro de dicha prestación. No obstante, incentivó de nuevo, superando la restricción del programa del año 2000, la transformación en indefinidos de todos los contratos de duración determinada o temporales. Este programa de fomento del empleo se prorrogó para el año 2002 y se mantuvo en lo esencial, al margen de las ligeras modificaciones efectuadas en los porcentajes de bonificación, en 2003, 2004 y 2005. En este último año los programas de fomento del empleo empezaron a incluirse, por lo demás, en la Ley de presupuestos generales del Estado en lugar de en la de acompañamiento.

### 3.2.2 La evaluación de los programas de incentivos a la contratación

No fue ésta, sin embargo, la principal novedad acaecida durante estos años en relación con los programas de incentivos a la contratación. Sin duda alguna, reviste mayor interés

---

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

9 Real decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, luego Ley 12/2001, de 9 de julio.

la publicación en enero de 2005 del informe «Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas», que se encomendó, en el marco del diálogo social sobre el mercado de trabajo<sup>10</sup>, a una Comisión de Expertos con el objeto de evaluar el funcionamiento de las políticas de empleo, precisamente, desde las reformas laborales acometidas en el periodo 1992-1994. Ciertamente, aunque la evaluación de las políticas de empleo ya se había llevado a cabo en casi todos los países europeos, todavía no se había materializado en España<sup>11</sup>. Cobra, por ello, especial relevancia la valoración efectuada en este informe, cuyas conclusiones hay que seguir teniendo presentes en la actualidad. En concreto, resultan dignos de mención, en este momento, tres aspectos fundamentales:

En primer lugar, en el informe se considera que las subvenciones que estaban vigentes en nuestro país desde 1997 podían entenderse como medidas de apoyo a la inserción laboral de determinados colectivos o como medidas de fomento del empleo indefinido. Entendidas como medidas a favor de la inserción laboral de determinados colectivos, las subvenciones a la contratación, tal como se estaban aplicando, tenían dos deficiencias. Una, su amplia cobertura impedía que fueran realmente eficaces sobre los colectivos especialmente desfavorecidos en el mercado de trabajo. Y, dos, resultaba discutible que para dichos colectivos las subvenciones hubieran de limitarse a las nuevas contrataciones indefinidas y no a cualquier tipo de contratación. Si, por el contrario, se entendían como medidas de fomento del empleo indefinido, y mientras se mantuviesen los elevados niveles de temporalidad, las subvenciones a la contratación indefinida podían desempeñar un cierto papel como mecanismo a favor de la estabilidad. Ahora bien, para justificarlas era necesario ofrecer una evaluación rigurosa de sus resultados y comparar su eficacia con la de otros usos alternativos a los que pueden dedicarse los recursos que las financian.

En segundo lugar, el informe subraya que la evaluación de los efectos de las subvenciones a la contratación indefinida se enfrentaba a una doble dificultad: por un lado, la dificultad de identificar los distintos efectos de las políticas de empleo; y, por otro, la derivada de la forma en que tales ayudas se desarrollaban en nuestro país.

En efecto, como han constatado las múltiples evaluaciones y estudios existentes en el contexto internacional<sup>12</sup> independientemente de la forma en que se instrumenten las medidas a favor de la contratación, cualquier intervención de este tipo tiene, junto con el efecto deseado que la justifica, tres tipos de efectos más:

Primero, el efecto “peso muerto” o ganga, que describe la posibilidad de que la contratación del trabajador se hubiera producido de todos modos, aun sin la existencia de los incentivos, de manera que la bonificación o incentivo es un “gasto inútil” que se traduce en una ganancia neta para el empresario.

10 La Declaración para el Diálogo Social se firmó entre el Gobierno y los interlocutores sociales en julio de 2004.

11 AEVAL, *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, cit., pp. 44 y ss. Sobre la importancia de la evaluación de las políticas activas de empleo y su tardía materialización en nuestro país puede verse, por todos, PÉREZ DEL PRADO, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, cit., pp. 28 y ss.

12 Pueden verse, por ejemplo, los 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 y ss.; AEVAL, *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, cit., pp. 44 y ss.; o PÉREZ DEL PRADO, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, cit., pp. 101 y ss.

Segundo, el efecto “sustitución”, que significa que el incentivo puede provocar que unos individuos consigan empleo a costa de otros, es decir, puede originar que la empresa se decida por una persona del colectivo bonificado, cuya contratación es más barata, y deje fuera a otra persona. Ello, aunque no implica la disminución del paro, puede ser conveniente en ocasiones.

Tercero, el efecto “desplazamiento”, consistente en que la reducción de costes laborales causada por las bonificaciones a la contratación o subvenciones al empleo puede permitir a una empresa determinada reducir precios y expulsar del mercado de trabajo a otras empresas que no pueden acogerse a estos programas.

Por otra parte, el informe pone de manifiesto que a estas dificultades se añadían las procedentes de la forma en que las medidas a favor de la contratación se venían desarrollando en nuestro país. Como sigue ocurriendo en la actualidad, la existencia de una amplia gama de intervenciones en favor de la contratación –estatales y autonómicas– variables en función de los colectivos cubiertos y los instrumentos utilizados daban lugar a una complejidad e incertidumbre considerables.

Finalmente, en tercer lugar, el informe afirma que, si bien los incentivos a la contratación de los colectivos especialmente desfavorecidos en el mercado de trabajo podían estar justificados por razones de equidad y deberían mantenerse, aunque con una cierta reformulación para hacerlos más selectivos, las restantes medidas de fomento de la contratación indefinida no parecían ser la forma más adecuada de favorecer la estabilidad en el empleo. Aparte del considerable efecto de peso muerto que podían llevar aparejadas, se apunta que resultaba probable que estuvieran favoreciendo en mayor medida a las empresas con más rotación laboral y que, por tanto, estuviesen generando más inestabilidad.

### 3.2.3 El fallido intento racionalizador de la reforma 2006

Siguiendo, en principio, las indicaciones del mencionado informe, así como las contenidas en el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, firmado por el Gobierno y los interlocutores sociales el 9 de mayo de 2006, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, se propuso abandonar los programas de fomento del empleo anuales contenidos en las sucesivas leyes de presupuestos para aportar un panorama de mayor estabilidad y permanencia que ofreciese una mejor selección de los colectivos incentivados frente a la excesiva ampliación de años anteriores. La exposición de motivos de la ley indicaba en este sentido que el nuevo Programa de Fomento del Empleo se dirigía, fundamentalmente, a impulsar la utilización de la contratación indefinida inicial por parte de las empresas. Por ello, concentraba los apoyos públicos en la contratación estable y favorecía la conversión de empleos temporales en fijos mediante un Plan extraordinario de carácter excepcional y vigencia limitada. Para alcanzar los objetivos señalados, además de mejorar la selección de los colectivos beneficiarios, la Ley 43/2006 amplió, con carácter general, la duración de los incentivos a cuatro años, con el objetivo de favorecer el mantenimiento del empleo, y sustituyó los porcentajes de bonificación –que suponen que la cuantía de la bonificación sea menor para los grupos con

menores salarios– por cuantías fijas de bonificación que garantizan su independencia del salario de la persona contratada<sup>13</sup>.

El mencionado programa no logró, sin embargo, alcanzar sus objetivos. De hecho, continuó la tendencia hacia la generalización de los colectivos bonificados iniciada en 1997, hasta el punto de que el único colectivo no subvencionado era el formado por los hombres mayores de 30 años y menores de 45, inscritos ininterrumpidamente durante menos de 6 meses, y no perceptores de prestaciones o subsidios de desempleo (aunque estaban incluidos aquellos a los que les restaba más de un año de percepción) ni de la renta activa de inserción<sup>14</sup>. A esta misma conclusión llegó la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios creada por la Ley 28/2006, de 18 de julio, que en su “Evaluación sobre la política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social”, publicada en el año 2009, recoge una serie de recomendaciones que resultan del máximo interés:

Por un lado, recuerda que todos los estudios nacionales e internacionales utilizados coinciden en cuestionar la eficacia de las bonificaciones cuando su población objetivo es excesivamente amplia. Por ello, aconseja restringir el uso de las bonificaciones para los grupos de trabajadores y tamaños de empresas que realmente tienen más dificultades para acceder o mantenerse en el empleo o para generarlo y mantenerlo, respectivamente.

Por otro lado, reconoce que la recesión iniciada en el año 2008 ha provocado un cambio radical en el panorama del mercado de trabajo en España, de forma que el problema ya no es la temporalidad, sino la destrucción de empleo. En consecuencia, debería abordarse un rediseño de la política de bonificaciones que tuviera presente que los dos grandes retos a los que deben dar respuesta las políticas activas del mercado de trabajo son la prevención de la pérdida de más puestos de trabajo y el impulso a la generación de empleo. Para frenar la destrucción de empleo, se subraya la conveniencia de utilizar las bonificaciones para mantener puestos de trabajo en la línea de algunas prácticas implementadas por otros países, como son las relativas a las reducciones de la jornada de trabajo<sup>15</sup>. En relación con la creación de empleo, se entiende que deberían sentarse las bases para una mejor generación de empleo mediante la formación para la reorientación sectorial o la mejora de la cualificación en el puesto de trabajo, lo cual puede estar ligado a bonificaciones selectivas e incluir otras medidas complementarias (por ejemplo, la mejora de la intermediación).

Merece la pena destacar, finalmente, que en uno de los estudios económicos más prestigiosos que en este momento se llevan a cabo sobre los efectos de las bonificaciones a la Seguridad Social –el dirigido por el profesor Toharia– se llega todavía más lejos, al afirmar que en una época como la iniciada en el año 2008 no puede obviarse la incapacidad de las bonificaciones para crear empleo, por lo que, quizá, deberían dejar de subvencionarse las contrataciones, dedicando los fondos liberados a otras medidas que puedan tener un mayor

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

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 Hay que tener presente, sin embargo, que existen estudios –AEVAL, *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, *cit.*, p. 135– que evidencian que estas medidas más que evitar los despidos los posponen, por lo que resulta preferible reorientar el empleo de sectores económicos necesitados de reconversión a sectores económicos de mayor futuro.

impacto directo sobre el nivel de empleo o en la propia protección social de los trabajadores que se encuentren en una situación de necesidad como consecuencia del desempleo<sup>16</sup>.

### 3.3 La tercera etapa: las bonificaciones y reducciones de cuotas durante la crisis

Las reformas en materia de bonificaciones y reducciones en las cotizaciones sociales desde el inicio de la crisis económica que marca el comienzo de la tercera etapa a analizar han sido incesantes<sup>17</sup>. Sin embargo, presentan una especial relevancia las modificaciones introducidas por las reformas laborales de 2010<sup>18</sup> y de 2012<sup>19</sup>.

#### 3.3.1 Las repercusiones de la evaluación en la reforma de 2010: la definición selectiva de colectivos

Así, la reforma de 2010 abordó la mejora de la política de bonificaciones a la contratación indefinida partiendo, según ella misma indica, del consenso general de que su práctica generalización había limitado gravemente su eficiencia. Sobre la base de este diagnóstico –reflejado en las conclusiones de la Comisión de Trabajo e Inmigración del Congreso de los Diputados sobre esta materia en las que, a su vez, influyó decisivamente el informe del profesor Toharia<sup>20</sup>– la reforma derogó las medidas generales de la Ley 43/2006, conservando únicamente las relativas a trabajadores discapacitados, víctimas de violencia de género y doméstica y trabajadores en situación de exclusión social, y definió de manera más selectiva los colectivos de trabajadores cuya contratación indefinida bonificaba. Por un lado, incluyó a los jóvenes de hasta 30 años, pero con especiales problemas de empleabilidad, es decir, jóvenes desempleados que hubieran estado inscritos en la oficina de empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación y que no hubieran completado la escolaridad obligatoria o careciesen de titulación profesional. Por otro lado, fusionando dos colectivos que hasta entonces aparecían por separado –trabajadores maduros y parados de larga duración<sup>21</sup>–, se refirió a los mayores de 45 años con una permanencia prolongada en el desempleo, que se concretó en al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación. De esta forma, a partir de este momento, el colectivo de mujeres dejó de tener un apartado específico como colectivo bonificado, y su contratación pasó a considerarse como una de las circunstancias que permite incrementar la cuantía de las bonificaciones.

Junto a ello, por lo que a las bonificaciones de base contractual se refiere, la reforma de 2010, entre otras cosas, reconoció una bonificación total de las cotizaciones sociales del contrato para la formación en un intento de incentivar su uso y, consiguientemente, las oportunidades

---

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.

17 Su descripción pormenorizada puede encontrarse en BAJO GARCÍA, I., “Incentivos económicos y fiscales a la creación y mantenimiento del empleo”, *Actualidad Laboral*, n.º 19, 2012.

18 Real decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, luego Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

19 Real decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, luego Ley 3/2012, de 6 de julio.

20 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*, 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 y ss. de la versión electrónica (en adelante, v.e.); PÉREZ DEL PRADO, D., “Modificaciones al régimen de incentivos a la contratación (Real decreto-ley 3/2012)”, *cit.*, p. 140.

de empleo de los jóvenes, y mantuvo, si bien creando su propio plan, las bonificaciones para la conversión de contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación en contratos indefinidos.

Además, la reforma de 2010 entendió necesario exigir que las nuevas contrataciones o transformaciones, salvo las referidas a contratos de relevo, supusieran un incremento del nivel de empleo fijo en la empresa<sup>22</sup>. Esta limitación, unida a la restricción de colectivos descrita, explica que tras la reforma de 2010 se redujeran, respecto al programa de 2006, en un 45 % el número de contratos bonificados<sup>23</sup>.

### 3.3.2 El apoyo al emprendedor tras la reforma de 2012

A pesar de que la disposición adicional novena de la Ley 35/2010 había previsto la evaluación anual de las bonificaciones a la contratación, la reforma de 2012 no parte de la evaluación en dicha materia, aunque la prevea para el futuro en sus disposiciones adicionales decimocuarta y decimoquinta. Eso sí, la exposición de motivos de la Ley 3/2012 indica que, de nuevo, se pretende racionalizar el sistema de bonificaciones para la contratación indefinida, cuya práctica generalizada ha limitado gravemente su eficiencia.

Vaya por delante que la reforma de 2012 se caracteriza, con carácter general, por significar un cierto desplazamiento, pese a los elementos de continuidad con las reformas de 2010 y 2011, de la tutela del trabajo propia del tradicional derecho del trabajo a la tutela de la empresa y la productividad<sup>24</sup>. No es de extrañar, por ello, que, en relación con los incentivos a la contratación, la reforma de 2012 inaugure una nueva tendencia consistente en encuadrar los incentivos dentro de las políticas de apoyo a la actividad empresarial o, si se prefiere, al impulso de los emprendedores, que difumina su pertenencia a la política de empleo “al servicio de los ciudadanos-trabajadores”<sup>25</sup>. Así viene a confirmarlo la nueva modalidad contractual por tiempo indefinido creada por la reforma: el contrato de apoyo a los emprendedores.

Como es conocido por todos, la extensión de la indemnización de treinta y tres días en la reforma laboral de 2012 hizo perder su atractivo al contrato de fomento de la contratación indefinida, que desapareció para dejar paso a este nuevo contrato. También en esta ocasión la nueva figura contractual queda ubicada extramuros del Estatuto de los trabajadores, pues se presenta con vocación de provisionalidad: concretamente, ex disposición transitoria 9ª. 2 de la Ley 3/2012, la posibilidad de realizar estos contratos queda condicionada a que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 %. El contrato nace, en todo caso, con la intención declarada de fomentar la contratación indefinida y la creación de empleo, especialmente de jóvenes desempleados y pymes, por ser quienes están sufriendo con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis económica. Así pues, el planteamiento del

22 En el artículo 10.5 se detallaba la fórmula de cálculo: “Para calcular dicho incremento, se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores con contratos indefinidos en el periodo de los noventa días anteriores a la nueva contratación o transformación, calculado como el cociente que resulte de dividir entre noventa el sumatorio de los contratos indefinidos que estuvieran en alta en la empresa en cada uno de los noventa días inmediatamente anteriores a la nueva contratación o transformación. Se excluirán del cómputo los contratos indefinidos que se hubieran extinguido en dicho periodo por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba”.

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 de la v.e.

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

legislador es claro: crear una figura capaz de aunar promoción del empleo estable y potenciación de la iniciativa empresarial. Otra cosa es que tan ambicioso objetivo se haya conseguido con el perfil que, finalmente, se otorga al contrato de apoyo a los emprendedores, cuyos extremos más destacables son los siguientes:

En primer lugar, el contrato centra su atención en las empresas de menos de 50 trabajadores, por ser las que representan la mayor parte del tejido productivo español (el 99,23 %, según el Instituto Nacional de Estadística). Éstas son las únicas que pueden concertar este contrato que, obligatoriamente, debe formalizarse por escrito en el modelo que se establezca. El Real decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, ha suprimido la exigencia inicial de que el contrato se realizase a jornada completa por considerar razonable la ampliación del uso de una medida que “se ha revelado” como eficaz para fomentar la celebración de contratos de trabajo indefinido.

En segundo lugar, debe destacarse que la principal peculiaridad que presenta el régimen jurídico aplicable al nuevo contrato de apoyo a los emprendedores es la relativa a la duración de su período de prueba. Efectivamente, según el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, en estos contratos la duración del período de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los trabajadores “será de un año en todo caso”. Se asiste, con ello, a una desnaturalización de la figura del período de prueba. Es más, puesto que durante un año existirá libre desistimiento empresarial y éste se caracteriza por constituir una excepción al carácter causal que exige el ordenamiento español en las extinciones por iniciativa empresarial, cabe pensar que el contrato de emprendedores abre la puerta a una suerte de contratación temporal no causal que no genera derecho a indemnización alguna. Aunque no sea éste el momento de entrar en el análisis de la cuestión<sup>26</sup>, lo cierto es que se ha dudado de la compatibilidad entre un período de prueba tan dilatado y las exigencias derivadas del Convenio n.º 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo o de la Carta Social Europea de 1961. Del mismo modo, como consecuencia de la falta de protección frente al despido de estos trabajadores, cabría cuestionar la avenencia entre la figura estudiada y el derecho al trabajo del artículo 35 de la CE, y, entre otras cosas, podría ponerse en duda si, desde el punto de vista del principio de igualdad del artículo 14 de la CE, está justificada la desigualdad de trato en función del tamaño de la empresa que el contrato trae consigo. En todo caso, pese a las objeciones formuladas, la STC 119/2014, de 16 de julio, ha respaldado finalmente la constitucionalidad de la duración del período de prueba del contrato de emprendedores, fundamentalmente por considerar que en un contexto de grave crisis económica y alto desempleo dicha duración es una medida coyuntural que encuentra justificación “sobre todo, en la específica y legítima finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como instrumento para contribuir, junto con otras medidas de su régimen jurídico, a promover la creación de empleo estable, de conformidad con el mandato que el artículo 40.1 CE dirige a los poderes públicos para llevar a cabo una política orientada al pleno empleo”.

En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que, como garantía frente al llamado “efecto sustitución”, se prohíbe celebrar el contrato a las empresas que, en los seis meses anteriores, hubieran adoptado “decisiones extintivas improcedentes”. Sin embargo, no se impide el uso de esta modalidad contractual por haber recurrido el empresario en los seis meses anteriores

---

26 El tema se trata ampliamente en LÓPEZ TERRADA, E., *Las modalidades de contratación en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 21-40.

a su facultad de libre desistimiento empresarial durante el período de prueba. En consecuencia, tras extinguirse un contrato de apoyo a los emprendedores por libre desistimiento del empresario, será posible celebrar otro con un trabajador diferente y así sucesivamente. Esta concatenación de contratos formalmente indefinidos pero temporales *de facto* ha llevado a la doctrina a preguntarse, no sin razón, por una posible vulneración de la Directiva 99/70/CE, que en la cláusula 5.1 de su anexo contempla medidas destinadas a prevenir los abusos “como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”<sup>27</sup>.

Finalmente, debe indicarse que el establecimiento de un período de prueba de un año de duración no ha sido la única medida ideada para incentivar el uso del contrato. Se reconocen, además, una serie de incentivos fiscales y bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social en los apartados cuarto y quinto del artículo 4 de la Ley 3/2012. Aunque la norma vincula su percepción al mantenimiento en el empleo del trabajador durante tres años (artículo 4.7), queda claro que el funcionamiento del contrato resulta independiente de la percepción de los incentivos a la contratación y que, por consiguiente, el contrato puede convertirse en un período de prueba de un año, con las criticables consecuencias que de ello derivan. Por otra parte, tras la tramitación parlamentaria, se han ampliado las obligaciones de mantenimiento del empleo exigiendo la conservación del nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores durante, al menos, un año desde la formalización del contrato.

Los incentivos fiscales son dos: una deducción fiscal de 3.000 euros para las empresas que carecen de personal contratado; y otro para las empresas de menos de cincuenta trabajadores que contraten desempleados beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo que hubiesen percibido la prestación durante, al menos, tres meses<sup>28</sup>. El Real decreto-ley 3/2012 no desarrolló, inicialmente, los detalles técnicos de los dos tipos de incentivos fiscales que anunciaba y, por este motivo, se procedió a efectuar esta labor en su tramitación parlamentaria, modificando, con efectos a partir de la entrada en vigor del Real decreto-ley, el artículo 43 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades, aprobado por el Real decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo. En el supuesto de que el contrato se realice a tiempo parcial, tales incentivos fiscales se disfrutarán de modo proporcional a la jornada de trabajo pactada en el contrato.

Con independencia de los mencionados incentivos fiscales, las empresas pueden obtener las bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social descritas en el apartado cinco del artículo 4 de la ley si contratan determinados desempleados inscritos en la oficina de empleo: jóvenes de entre 16 y 30 años, ambos inclusive, o mayores de 45 años. Desaparece, pues, el requisito, exigido por el Real decreto-ley 3/2012, de que los mayores de 45 años hayan estado inscritos como demandantes de empleo al menos doce meses en los dieciocho anteriores a la contratación. Estas bonificaciones se incrementan de concertarse el contrato con mujeres, pero recuperando, acertadamente a mi juicio, la exigencia de que se trate de

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. 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, 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 de la v.e.

28 El importe de esta deducción fiscal es equivalente al 50 % de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación, con el límite de doce mensualidades.

ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado; y si el contrato se celebra a tiempo parcial, se disfrutarán de modo proporcional a la jornada de trabajo pactada en el contrato.

Con todo, la concesión de incentivos no parece estar resultando decisiva en el uso de estos contratos. En efecto, en el año 2012 fueron menos del 40 % de los contratos de apoyo a los emprendedores celebrados –algo más de 82.000– los que se acogieron a alguno de los incentivos descritos<sup>29</sup>, y en el año 2014 –en el que se formalizaron algo más de 98.751– el impacto sobre este tipo de contrato de las deducciones fiscales previstas alcanzó el 5,5 % del total de contratos acogidos a alguna deducción<sup>30</sup>.

Al margen del nuevo contrato de apoyo a los emprendedores, la Ley 3/2012, si bien derogó alguna de las bonificaciones existentes –como la concedida en la Ley 43/2006 por reincorporación tras la suspensión del contrato por maternidad o excedencia por cuidado de hijo–, reconoció otros incentivos a la contratación. Así, por ejemplo, fijó reducciones en las cuotas a la Seguridad Social por realizar contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo o transformarlos en indefinidos (artículo 3); bonificó el tránsito a contrataciones indefinidas en los contratos en prácticas, de relevo, y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación<sup>31</sup> en empresas de menos de cincuenta trabajadores (artículo 7); apoyó también con bonificaciones la prolongación del período de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo, comercio vinculado al mismo y hostelería (disposición adicional duodécima); incluyó a las víctimas del terrorismo en la Ley 43/2006 (disposición final decimocuarta); o conservó las bonificaciones vinculadas a la suspensión de contratos y la reducción de jornada (artículo 15).

No parece, en consecuencia, que con la reforma de 2012 se racionalizara finalmente el panorama de incentivos a la contratación. Buena prueba de ello es que el Real decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, se aprobara con el objeto de cumplir “*con las recomendaciones de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios de dirigir las bonificaciones a la contratación a colectivos con dificultades objetivas y especiales para acceder al mercado de trabajo, haciéndolas más efectivas y ofreciendo mayor seguridad jurídica*”. Para cumplir con este fin, el Real decreto-ley 20/2012 decidió suprimir el derecho de las empresas a la aplicación de bonificaciones por la contratación de trabajadores, incluso tratándose de bonificaciones ya reconocidas y que se venían aplicando, con la única excepción de las declaradas expresamente vigentes en su disposición transitoria sexta. Pero esta decisión, lejos de aclarar el panorama de incentivos a la contratación, incrementó la confusión en cuanto a su vigencia y, tiempo después, la disposición final quinta de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, ha redactado de nuevo la disposición transitoria sexta del Real decreto-ley 20/2012, precisando las bonificaciones que deben considerarse vigentes y “resucitando” algunas de las que previamente había suprimido esta norma<sup>32</sup>.

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

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

31 Derogado por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, desde el 1 de enero de 2013.

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

## 4 los nuevos incentivos a la contratación: la urgente necesidad de crear empleo

### 4.1 Los estímulos a la contratación de jóvenes: las Leyes 11/2013 y 18/2014

La Ley 11/2013 se incorpora al “abigarrado” panorama de incentivos, profundizando, claramente, en la tendencia iniciada en el año 2012, pues no cabe pasar por alto que la norma, junto a los estímulos a la contratación que a continuación serán objeto de análisis, recoge un conjunto de medidas de fomento del emprendimiento y el autoempleo como parte de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016.

La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven, en principio, se presentó como el resultado de un proceso de diálogo y participación con los interlocutores sociales y, además, se enmarca dentro del Plan Nacional de Reformas puesto en marcha por el Gobierno y responde a las recomendaciones que, en materia de empleo joven, ha realizado la Comisión Europea, incluyendo la reciente “Garantía Juvenil”, en virtud de la cual los Gobiernos de la Unión Europea se han comprometido a proporcionar a los menores de 25 años que abandonan el sistema educativo o están en paro, empleo, formación o prácticas en un plazo máximo de cuatro meses. Cabe destacar a este respecto que el 8 de febrero de 2013 el Consejo Europeo decidió crear una “Iniciativa sobre Empleo Juvenil” que está abierta a todas las regiones que tengan tasas de desempleo juvenil por encima del 25 % y que actuará en apoyo de medidas establecidas en el conjunto de las que se dedican al empleo juvenil, propuestas por la Comisión en diciembre de 2012, y en particular en apoyo de la Garantía Juvenil propuesta por el Ejecutivo comunitario el 5 de diciembre de 2012.

En todo caso, la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven contiene cien medidas para combatir el desempleo entre los jóvenes, 15 de las cuales son actuaciones “de choque” o alto impacto cuyos resultados se esperan a corto plazo. Pues bien, seis de esas quince medidas se recogieron como estímulos a la contratación en el capítulo III del Real decreto-ley 4/2013, ahora capítulo III de la Ley 11/2013. Sin embargo, no hay que olvidar que, el mismo día de su aprobación, los sindicatos denunciaron que el Real decreto-ley 4/2013 incluía medidas no consultadas ni discutidas con los interlocutores sociales –como la bonificación por la contratación de jóvenes a través de empresas de inserción o la posibilidad de que las ETT puedan suscribir contratos de formación<sup>33</sup>– que implican una precarización tanto en la inserción laboral de los jóvenes como en sus condiciones de trabajo.

De este modo, hasta que la tasa de desempleo española se sitúe por debajo del 15 % (disposición transitoria primera de la Ley 11/2013), pasan a formar parte de las medidas de fomento de la contratación los incentivos descritos en los artículos 9 a 14 de la ley.

#### 4.1.1 Los incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa

Del primero de los incentivos pueden beneficiarse las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que celebren contratos a tiempo parcial “con vinculación formativa” con jóve-

<sup>33</sup> El Real decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, ha incorporado la posibilidad de que las empresas de trabajo temporal suscriban, también, contratos en prácticas.

nes desempleados menores de treinta años que cumplan alguno de los requisitos siguientes (artículo 9.2):

- a) No tener experiencia laboral o que esta sea inferior a tres meses.
- b) Proceder de otro sector de actividad. Tras el Real decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, se aclara que, a estos efectos, se entenderá por sector de actividad el identificado como Clase mediante un código numérico de cuatro cifras en el anexo del Real decreto 475/2007, de 13 de abril, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009), de acuerdo con su artículo 3.d).
- c) Ser desempleado y estar inscrito ininterrumpidamente en la oficina de empleo al menos doce meses durante los dieciocho anteriores a la contratación.
- d) Carecer de título oficial de enseñanza obligatoria, de título de formación profesional o de certificado de profesionalidad.
- e) Ser personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil en España. Se trata de los jóvenes mayores de 16 años y menores de 25, o menores de 30 años en el caso de personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, que cumplan con los requisitos recogidos en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, para beneficiarse de una acción derivada del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Asimismo, se trata de los jóvenes mayores de 25 años y menores de 30, hasta que su tasa de desempleo se sitúe por debajo del 20 %, según la Encuesta de Población Activa correspondiente al último trimestre del año, que cumplan con los requisitos recogidos en la Ley 18/2014 para beneficiarse de una acción derivada del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (artículo 88 d) de la Ley 18/2014, modificado por la Ley 25/2015, de 28 de julio). Ello supone, como regla general, no haber trabajado en los 30 días naturales anteriores a la fecha de presentación de la solicitud; no haber recibido acciones educativas que conlleven más de 40 horas mensuales en los 90 días naturales anteriores a la fecha de presentación de la solicitud; y no haber recibido acciones formativas que conlleven más de 40 horas mensuales en los 30 días naturales anteriores a la fecha de presentación de la solicitud (cfr. artículos 88 d), 97 y disposición adicional vigesimosexta de la Ley 18/2014 tras las modificaciones introducidas por la Ley 25/2015).

Como se ha dicho, la percepción del incentivo –consistente en una reducción durante doce meses como máximo de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado, del 100 % en el caso de que el contrato lo suscriban empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 % en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra<sup>34</sup>– queda vinculado a que se concierte un contrato a tiempo parcial y a que exista vinculación formativa. Sin embargo, no se admite cualquier contratación a tiempo parcial ni cualquier vinculación formativa. Así, se exige que la jornada pactada en el contrato no sea superior al 50 % de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable, salvo en el caso de personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, que podrá alcanzar el 75 % de la jornada, si bien puede tratarse tanto de un contrato por tiempo indefinido como de duración determinada (artículo 9.4). El requisito de vinculación formativa se concreta, por su parte, requiriendo a

---

34 Además, según el artículo 9.1.2º, «el incentivo podrá ser prorrogado por otros doce meses, siempre que el trabajador continúe compatibilizando el empleo con la formación, o la haya cursado en los seis meses previos a la finalización del periodo a que se refiere el párrafo anterior».

los trabajadores compatibilizar el empleo con la formación o justificar haberla cursado en los seis meses previos a la celebración del contrato. La formación, no obstante, no tiene que estar vinculada específicamente al puesto de trabajo objeto del contrato y puede ser, bien formación acreditable oficial o promovida por los Servicios Públicos de Empleo, bien formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de una duración mínima de 90 horas en cómputo anual (artículo 9.3).

Ante la generalidad de estas exigencias, no cabe sino cuestionarse por la capacidad de estos contratos para ser, además de una vía de inserción barata y precaria, una forma de asegurar a los jóvenes niveles adecuados de cualificación profesional que realmente mejoren su empleabilidad. Quizá hubiera sido preferible definir más específicamente a los jóvenes implicados en el incentivo y las características de su formación, buscando con la ayuda, por ejemplo, que los jóvenes adaptasen su formación hacia sectores innovadores, como en el modelo sueco<sup>35</sup>, o destinándola, como se ha hecho en Irlanda recientemente, sólo a jóvenes procedentes del sector de la construcción para otorgarles capacitación en la instalación de tecnologías verdes en hogares y empresas o para llevar a cabo verificaciones del cumplimiento de los criterios de eficiencia energética<sup>36</sup>.

Por lo demás, y con el fin de evitar el “efecto sustitución”, se prohíbe que las empresas –trabajadores autónomos incluidos– hayan adoptado, en los seis meses anteriores a la formalización del contrato, decisiones extintivas improcedentes<sup>37</sup>. Junto a ello se establece una obligación de mantener el nivel de empleo alcanzado con el contrato –durante, al menos, un periodo equivalente a la duración de dicho contrato con un máximo de doce meses desde su celebración– cuyo incumplimiento obliga al reintegro de los incentivos<sup>38</sup>, así como una obligación de formalización escrita de los contratos en el modelo que establezca el Servicio Público de Empleo Estatal.

Regap



ESTUDIOS

#### 4.1.2 La reducción de la cotización a la Seguridad Social por la contratación indefinida de jóvenes a través de microempresas y autónomos

El segundo de los incentivos consiste en una reducción del 100 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante el primer año de contrato que se concede a las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que contraten de manera indefinida, a tiempo completo o parcial, a un joven desempleado menor de treinta años.

En este caso, son las empresas, o los trabajadores autónomos, los que deben reunir, acumulativamente, los requisitos enumerados en el artículo 10.1 de la Ley 11/2013, de 26 de julio:

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 Ahora bien, la limitación afectará únicamente a las extinciones producidas a partir del 24 de febrero de 2013 y se refiere a la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo.

38 No obstante, no se considerará incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, o por resolución durante el periodo de prueba.

a) Tener, en el momento de realizar el contrato, una plantilla igual o inferior a nueve trabajadores.

b) No haber tenido ningún vínculo laboral anterior con el trabajador.

c) No haber adoptado, en los seis meses anteriores a la formalización del contrato, decisiones extintivas improcedentes<sup>39</sup>.

d) No haber firmado con anterioridad otro contrato con arreglo al artículo 10.1, salvo que el contrato se hubiera extinguido por causa no imputable al empresario o por resolución durante el periodo de prueba, si bien en este caso el periodo total de bonificación no podrá exceder, en conjunto, de doce meses.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que de la concesión de estos incentivos quedan expresamente excluidos los contratos de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores; los contratos para trabajos fijos discontinuos; y los contratos indefinidos de trabajadores discapacitados bonificados de la Ley 43/2006 (artículo 10.2).

Por lo demás, junto a exigencias de carácter formal idénticas a las de los contratos a tiempo parcial con vinculación formativa, la ley impone obligaciones de mantenimiento en el empleo del trabajador contratado<sup>40</sup> y obligaciones de mantenimiento del nivel de empleo en la empresa<sup>41</sup>.

#### 4.1.3 Los incentivos del contrato “generaciones”

El tercer incentivo combina el apoyo al emprendedor –en este caso joven– con el fomento del empleo de los desempleados de 45 o más años a los que, en este caso, a diferencia del contrato de apoyo a los emprendedores, sí se les exige el cumplimiento de ciertos requisitos. Efectivamente, según el artículo 11 de la ley, tendrán derecho a una reducción del 100 % de todas las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y las cuotas de recaudación conjunta, durante los doce meses siguientes a la contratación los trabajadores por cuenta propia menores de treinta años, y sin trabajadores asalariados, que a partir del 24 de febrero de 2013 contraten por primera vez, de forma indefinida, a tiempo completo o parcial, a personas desempleadas de edad igual o superior a cuarenta y cinco años, inscritas ininterrumpidamente como desempleadas en la oficina de empleo al menos durante doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación o que resulten beneficiarios del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

Una vez más, se condiciona la concesión del incentivo al mantenimiento del empleo del trabajador contratado –dieciocho meses desde el inicio de la relación laboral– salvo si el contrato

39 También aquí, *ex artículo 10.1 c)*, la limitación afecta únicamente a las extinciones producidas a partir del 24 de febrero de 2013, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo.

40 Al menos dieciocho meses desde la fecha de inicio de la relación laboral, salvo que el contrato se extinga por causa no imputable al empresario o por resolución durante el periodo de prueba, según el artículo 10.4 de la ley.

41 Se trata, *ex artículo 10.4*, de mantener el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato durante, al menos, un año desde la celebración del contrato. El incumplimiento de ambos tipos de obligaciones de mantenimiento del empleo implicará el reintegro de los incentivos, si bien tales obligaciones no se considerarán incumplidas en los mismos supuestos descritos en el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa.

se extingue por causa no imputable al empresario o por resolución durante el periodo de prueba. En estos casos se permite, por cierto, realizar un nuevo contrato “generaciones”, pero teniendo en cuenta que el periodo total de aplicación de la reducción no podrá exceder, en conjunto, de doce meses (artículo 11.2 y 11.3).

#### 4.1.4 El contrato “primer empleo” joven y los incentivos a su transformación en indefinido

A diferencia de los casos anteriores, el cuarto de los incentivos previstos por la ley supone una bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social durante tres años que puede obtenerse si, una vez transcurrido un plazo mínimo de tres meses desde su celebración, se transforman en indefinidos los nuevos contratos temporales “de primer empleo” siempre que la jornada pactada sea al menos del 50 % de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable<sup>42</sup>.

La novedad en este caso no es, evidentemente, la bonificación de la transformación de contratos temporales en indefinidos –que ya es un clásico en la materia–, sino la creación de un nuevo contrato temporal “de primer empleo” encaminado a incentivar la adquisición de una primera experiencia profesional a jóvenes desempleados menores de treinta años que no tengan experiencia laboral o cuya experiencia laboral sea inferior a tres meses. Estos contratos se regirán por lo establecido para los contratos eventuales en el artículo 15.1.b) del ET y sus normas de desarrollo, pero con una serie de excepciones. Así, se considerará causa del contrato la adquisición de una primera experiencia profesional; la duración mínima del contrato será de tres meses y la duración máxima de seis meses, salvo que se establezca una duración superior por convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, sin que en ningún caso dicha duración pueda exceder de 12 meses; y el contrato deberá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial siempre que, en este último caso, la jornada sea superior al 75 % de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable. Además, como en las restantes medidas, el artículo 12.3 de la Ley 11/2013 exige que empresas y trabajadores autónomos no hayan adoptado, en los seis meses anteriores a la realización del contrato, decisiones extintivas in procedentes.

Sin perjuicio de lo que después se dirá sobre su valor como medida de “choque”, es evidente que la regulación descrita introduce prácticamente una “descausalización” del contrato eventual contraria a la casi generalizada reivindicación doctrinal en materia de contratación temporal, que, como es sabido, se refiere a la necesidad de delimitar con mayor rigor las causas de los contratos temporales, sin dejar esta tarea en manos de la negociación colectiva<sup>43</sup>. Las consecuencias que esta medida puede tener sobre la tasa de temporalidad española no requieren excesivo comentario si se tiene en cuenta que desde 1997 todas y cada una de las reformas laborales que han modificado la regulación de las modalidades de contratación se han propuesto rebajar las excesivas tasas de temporalidad y erradicar la dualidad laboral,

42 Según el artículo 12.4, la bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social será de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años. Si el contrato se hubiera celebrado con una mujer, la bonificación por transformación será de 58,33 euros/mes (700 euros/año). Los apartados 5 y 6 detallan las obligaciones de mantenimiento del nivel de empleo alcanzado –en este caso, durante doce meses– y de formalización escrita en el modelo establecido por el Servicio Público de Empleo Estatal.

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

y, aun así, España, con una tasa del 25,3 %, es el segundo país de la Unión Europea con la tasa de temporalidad más elevada, solo superado por Polonia<sup>44</sup>.

#### 4.1.5 Incentivos al contrato en prácticas para el primer empleo

En quinto lugar, el artículo 13 de la Ley 11/2013 reconoce que las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que concierten un contrato en prácticas con un menor de treinta años, tendrán derecho a una reducción del 50 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante toda la vigencia del contrato. Si el trabajador estuviese realizando las prácticas no laborales que regula el RD 1543/2011, de 31 de octubre, en el momento de la concertación del contrato de trabajo en prácticas, la reducción de cuotas será del 75 %. Tratándose de personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, el incentivo será del 100 %, pues tras la reforma operada por el Real decreto-ley 8/2014, luego Ley 18/2014, de 15 de octubre, se aplicará de forma adicional una bonificación del 50 % en el supuesto previsto en el primer párrafo del artículo 13.2, y del 25 % en el supuesto previsto en el segundo párrafo de dicho precepto de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante toda la vigencia del contrato. La bonificación se aplicará a todas aquellas contrataciones que se efectúen hasta el 30 de junio de 2016. El mencionado artículo 13 dispone además, en su apartado primero, que, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11.1 del ET, podrán realizarse contratos en prácticas con jóvenes menores de treinta años, aunque hayan transcurrido cinco o más años desde la terminación de los correspondientes estudios<sup>45</sup>.

Con independencia de ello, la reforma de 2013 ha considerado necesario modificar, una vez más, el marco normativo de los contratos formativos del modo siguiente:

Por un lado, se reforma el régimen jurídico de los contratos de trabajo en prácticas, permitiendo contratar en prácticas basándose en un certificado de profesionalidad obtenido como consecuencia de un contrato para la formación y el aprendizaje, cosa que antes estaba expresamente prohibida<sup>46</sup>.

Por otro lado, queda alterado el régimen jurídico de los contratos para la formación y el aprendizaje, al permitirse, como ya se ha mencionado, que las empresas de trabajo temporal celebren contratos para la formación y el aprendizaje con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias de acuerdo con la normativa reguladora de este tipo de contratos<sup>47</sup>. Con posterioridad, el Real decreto-ley 16/2013 ha reconocido idéntica posibilidad de uso por parte de las empresas de trabajo temporal para los contratos en prácticas<sup>48</sup>. Además, el artículo 109 de la Ley 18/2014 previó, mediante la modificación de

---

44 Según datos publicados por Eurostat el 5 de octubre de 2012.

45 Para aplicar ambas medidas, es necesaria la formalización escrita de los contratos en el modelo que establezca el Servicio Público de Empleo Estatal (artículo 13.3).

46 La disposición final segunda de la Ley 11/2013, de 26 de julio, suprime con esta finalidad el párrafo cuarto del artículo 11 c) del ET.

47 Para cumplir este objetivo, las disposiciones finales tercera y cuarta modifican los artículos 6.2, 7.1, 10.2 y 12.3 bis de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal y los artículos 6 bis y 201 del RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

48 Para ello, el artículo 3 del Real decreto-ley 16/2013 modifica los artículos 6.2, 7.1 y 10.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio. En materia de bonificaciones, se da nueva redacción para incluir el supuesto al artículo 7.2 de la Ley 3/2012.

la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, que para las personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil la cuantía máxima de las bonificaciones por la actividad formativa se pueda elevar. Asimismo, planificó la introducción, también por medio de la citada orden, de una bonificación adicional para financiar los costes derivados de la obligada tutorización de cada trabajador a través del contrato para la formación y el aprendizaje. Estas modificaciones se han llevado a cabo, finalmente, a través de la Orden ESS/41/2015, de 12 de enero.

La realización de estas reformas como medidas para potenciar el empleo juvenil recuerda la capacidad de los contratos formativos para aunar dos planos: por un lado, la formación de los trabajadores, que puede ser insuficiente, bien por tratarse de trabajadores faltos de titulación, bien por ser trabajadores que, pese a haber obtenido una titulación, carecen por completo de experiencia profesional; y, por otro lado, la inserción profesional, el acceso al mercado de trabajo. Pero, al mismo tiempo, cualquier propuesta encaminada a promocionar este tipo de contratos recuerda también que las dificultades para integrar ambas vertientes ya son tradicionales en nuestro país. En todo caso, desde el inicio de la crisis, todas las modificaciones efectuadas son claros exponentes del “triumfo” de la concepción de estos contratos como medidas de fomento del empleo<sup>49</sup>. Aunque, ciertamente, las alarmantes cifras de desempleo juvenil autorizan en parte el refuerzo de esta concepción, se corre el riesgo, especialmente en el contrato para la formación y el aprendizaje, de que la finalidad de inserción laboral “desdibuje” por completo la vertiente formativa hasta el punto de “desnaturalizar” estos contratos. Además, dada la dudosa eficacia y eficiencia de este tipo de medidas, y dado su carácter contradictorio con el objetivo de la estabilidad en el empleo, cabría preguntarse por la necesidad de añadir a los incentivos a contrataciones iniciales para la formación y el aprendizaje introducidos por la reforma 2012 las nuevas reducciones para contrataciones iniciales en prácticas.

#### 4.1.6 Incentivos a la incorporación de jóvenes a entidades de la economía social

Finalmente, en sexto lugar, el artículo 14 de la Ley 11/2013 prevé incentivos destinados a las entidades de la economía social. Se trata, concretamente, de bonificaciones que se reconocen a las cooperativas o sociedades laborales que incorporen trabajadores desempleados menores de 30 años como socios trabajadores o de trabajo; y de bonificaciones aplicables a las empresas de inserción en los supuestos de contratos de trabajo suscritos con personas menores de 30 años en situación de exclusión social incluidas en el artículo 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre<sup>50</sup>. Cabría pensar que estas últimas, aunque ciertamente no han sido negociadas ni discutidas con los interlocutores sociales, encuentran su justificación en razones de justicia social. Sin embargo, ya existen bonificaciones aplicables a las empresas de inserción y, de hecho, el propio artículo 14 de la Ley 11/2013 declara la incompatibilidad de las nuevas medidas con las previstas en el artículo 16.3 a) de la Ley 44/2007.

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

50 En el primer caso se trata de bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 66,67 euros/mes (800 euros/año). Tratándose de cooperativas, las bonificaciones se aplicarán cuando éstas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena, en los términos de la disposición adicional cuarta de la LGSS. En el segundo caso, se trata de bonificaciones de 137,50 euros/mes (1.650 euros/año) durante toda la vigencia del contrato o durante tres años, en caso de contratación indefinida, que no serán compatibles con las previstas en el artículo 16.3.a) de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre.

#### 4.1.7 Bonificaciones por contrataciones indefinidas de personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil: La Tarifa Joven

La Ley 18/2014 concreta la regulación de una serie de medidas de apoyo a la contratación que describen sus artículos 107 a 109. Su evaluación se augura –cómo no– en su artículo 110. La mayoría de estas medidas se han analizado ya, pues consisten en modificaciones de la Ley 11/2013 o en previsiones de modificaciones relacionadas con la bonificación de los contratos para la formación y el aprendizaje. Existe otra medida, sin embargo, que se refiere a la contratación indefinida de personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

En efecto, el artículo 107 de la Ley 18/2014 dispone que, desde la entrada en vigor del Real decreto-ley 8/2014 hasta el 30 de junio de 2016, las empresas, incluidos los trabajadores autónomos y las entidades de la economía social, que contraten de forma indefinida, incluida la modalidad fija discontinua, a una persona beneficiaria del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, disfrutarán de una bonificación mensual en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por un importe de 300 euros. La duración de la bonificación será de 6 meses, estando obligada la empresa –o el trabajador autónomo– a mantener al trabajador al menos seis meses desde el inicio de la relación laboral. En caso de incumplimiento de esta obligación, se deberá proceder al reintegro de la bonificación. Esta limitada obligación de mantenimiento del empleo llevó a la doctrina que comentó el real decreto-ley en que la norma tiene su origen a calificar el carácter indefinido de la contratación que se bonifica como “más formal que material”<sup>51</sup>.

Además, las empresas o trabajadores autónomos estarán obligados a incrementar con la nueva contratación tanto el nivel de empleo indefinido como el nivel de empleo total, y mantener el nuevo nivel alcanzado con la contratación durante todo el periodo de disfrute de la bonificación. Para calcular dicho incremento, se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores que hayan prestado servicios en los treinta días naturales anteriores a la formalización del contrato. No obstante, a efectos de examinar el cumplimiento de estos requisitos, no se tendrán en cuenta las extinciones de contratos por causas objetivas o por despidos disciplinarios que no hayan sido declarados improcedentes ni las debidas a extinciones causadas por dimisión, muerte, o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores. Cuando la contratación es a tiempo parcial, la jornada será como mínimo del 50 % de la correspondiente a la de un trabajador a tiempo completo comparable, aplicándose una bonificación de entre 150 y 225 euros para este supuesto en función de la jornada de trabajo. Ahora bien, la bonificación será inexistente en los supuestos generales de la Ley 43/2006 y en los supuestos de contrataciones de trabajadores cuya actividad determine la inclusión en cualquiera de los sistemas especiales establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Por lo demás, el artículo 107 declara compatible esta medida con todo tipo de incentivos siempre que el importe mensual a cotizar por la empresa o el trabajador autónomo no sea negativo. Si la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social del trabajador que da derecho a la bonificación fuera inferior al importe de ésta, el exceso podrá descontarse de la aportación empresarial final que resulte en la liquidación mensual en la que figure incluido el citado trabajador, siempre que la misma no resulte negativa.

---

51 CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; y 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.

## 4.2 Los nuevos estímulos a la contratación indefinida

### 4.2.1 La tarifa plana reducida para nuevas contrataciones indefinidas

Partiendo de idéntico diagnóstico acerca de la situación de la economía española –que se entiende muestra una recuperación gradual– y con idéntica finalidad que el Real decreto-ley 16/2013 –potenciar de manera urgente la contratación estable–, el Real decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, estableció, con efectos de 25 de febrero de 2014, que la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes en los supuestos de contratación indefinida se reducirá a las siguientes cuantías: a) Si la contratación es a tiempo completo, 100 euros mensuales; b) Si la contratación es a tiempo parcial, cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 75 % de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, 75 euros mensuales; c) Si la contratación es a tiempo parcial, cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 50 % de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, 50 euros mensuales. Ahora bien, se excluye de la reducción la cotización por horas complementarias que realicen los trabajadores a tiempo parcial (disposición adicional única).

Estas reducciones resultan aplicables durante un período de 24 meses, computados a partir de la fecha de efectos del contrato, que deberá formalizarse por escrito, y respecto de los realizados entre el 25 de febrero de 2014 y el 31 de marzo de 2015 (disposición adicional decimoséptima del Real decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre). No obstante, finalizado el período de 24 meses, y durante los 12 meses siguientes, las empresas que en el momento de firmar el contrato al que se aplique la reducción cuenten con menos de diez trabajadores tendrán derecho a una reducción equivalente al 50 % de la aportación empresarial a la cotización por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado de manera indefinida<sup>52</sup>.

Al margen de las consideraciones críticas que puede suscitar el régimen jurídico de la medida, y con independencia de la desfavorable valoración que merece el recurso constante al decreto-ley, la aprobación de una medida de tal generalidad, estando tan cercano en el tiempo el incremento a las cotizaciones introducido ex disposición final tercera del Real decreto-ley 16/2013, no deja de causar estupor. Primero, por sus posibles repercusiones negativas en la situación financiera de la Seguridad Social; pero también por ignorar abiertamente las advertencias y recomendaciones que, de manera unánime, vienen realizando las sucesivas evaluaciones efectuadas en materia de incentivos a la contratación: sus efectos “peso muerto”, “sustitución” y “desplazamiento”, o su demostrada ineficacia si no se busca una mejor selección de los colectivos bonificados.

En todo caso, el acceso a las reducciones previstas se condiciona a la observancia de una serie de requisitos que detalla el artículo único.2 del Real decreto-ley. Entre ellos, se encuentra la necesidad de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de

52 Quedan excluidos de las reducciones descritas los supuestos descritos en el artículo único.3, si bien debe tenerse en cuenta que, con el fin de incentivar la contratación de los trabajadores más jóvenes, sí procederá la reducción cuando la persona contratada sea un hijo de un trabajador autónomo, menor de 30 años, o mayor de dicha edad cuando tengan especiales dificultades para su inserción laboral, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. Por otra parte, la Ley 18/2014 ha añadido un nuevo apartado 5 bis en el artículo único en virtud del cual: «Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación a las personas que se incorporen como socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, así como a los que se incorporen como socios trabajadores de las sociedades laborales».

Seguridad Social (artículo único.2 a); la condición de no haber sido excluido del acceso a los beneficios derivados de los programas de empleo por la comisión de las infracciones de los artículos 22.2, 16 y 23 de la LISOS (artículo único.2 e); la imposibilidad de haber llevado a cabo, en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos, despidos declarados judicialmente improcedentes o despidos colectivos (artículo único.2 b); o la obligación de que con la contratación se incremente y mantenga el nivel de empleo indefinido y el nivel de empleo total en la empresa [artículo único.2 d) y e)].

Se trata, no obstante, de deberes que, en su mayor parte, quedan bastante atenuados y que, en consecuencia, difícilmente evitarán el efecto “sustitución” de trabajadores. Así, por ejemplo:

- A efectos de la prohibición de haber efectuado despidos en los términos expuestos en el artículo único 2. a), no se tienen en cuenta las extinciones que se hayan producido antes del 25 de febrero de 2014.
- A la hora de calcular el incremento del nivel de empleo, se toma como referencia el promedio diario de trabajadores que hayan prestado servicios en la empresa en un período ciertamente breve: los treinta días anteriores a la formalización del contrato (artículo único 2.c)<sup>53</sup>. Del mismo modo, para controlar el mantenimiento del nivel de empleo indefinido y del nivel de empleo total durante los 36 meses exigidos –lo que se hará cada doce meses–, la norma se refiere al promedio de trabajadores indefinidos y al promedio de trabajadores totales “del mes en que proceda examinar el cumplimiento de este requisito” (artículo único.2 d).
- Para examinar el nivel de empleo y su mantenimiento en la empresa, se subraya que “no se tienen en cuenta” las extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios “que no hayan sido declarados improcedentes” (artículo único.2 d), lo que implica no tomar en consideración, por ejemplo, extinciones de mutuo acuerdo, no impugnadas, pactadas en conciliación, etc.
- En general, en los supuestos de aplicación indebida de la respectiva reducción, por incumplir las condiciones establecidas, procederá el reintegro de las cantidades dejadas de ingresar con el recargo y el interés de demora correspondientes, conforme a lo establecido en la normativa recaudatoria de la Seguridad Social. Sin embargo, en caso de incumplimiento del requisito de mantenimiento del empleo del apartado 2.d), no siempre se reintegra el 100 % de la diferencia entre los importes correspondientes a las aportaciones empresariales a la cotización por contingencias comunes que hubieran procedido en caso de no aplicarse la reducción y las aportaciones ya realizadas desde la fecha de inicio de la aplicación de la reducción. La norma “suaviza” la obligación de reintegro, que se realizará en los siguientes términos: 1º) Si el incumplimiento de la exigencia del mantenimiento del nivel de empleo se produce a los doce meses desde la contratación, corresponderá reintegrar el 100 % de la citada diferencia; 2º) Si tal incumplimiento se produce a los veinticuatro meses desde la contratación, corresponderá reintegrar el 50 % de la citada diferencia; 3º) En caso de que el incumplimiento

---

53 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y 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 de la v.e., advierten que, al ser el período de tiempo tan escaso, si el nuevo contrato se realizara treinta días después de la terminación de un contrato temporal, por esta vía sería posible convertir empleo temporal en indefinido.

se produjera a los treinta y seis meses desde la contratación, corresponderá reintegrar el 33 % de la citada diferencia. Además, en estos casos, no procederá exigir recargo e interés de demora (artículo único.7).

#### 4.2.2 El mínimo exento por la contratación indefinida de trabajadores

La Ley 25/2015, de 28 de julio, ha creado, por su parte, un nuevo incentivo para la creación de empleo estable, que consiste en la fijación de un mínimo exento en la cotización empresarial por contingencias comunes a la Seguridad Social por la contratación indefinida de trabajadores.

La introducción de esta medida se justifica en los buenos resultados obtenidos con el establecimiento de la tarifa plana de cotización, que según apunta la exposición de motivos “ha constituido una medida eficaz para contribuir a la creación de empleo estable”. Se menciona a este respecto que, según los datos de la Encuesta de Población Activa del cuarto trimestre de 2014, el empleo ha crecido en 433.900 personas en los 12 últimos meses, con una variación anual del 2,5 %, y el empleo asalariado indefinido se ha incrementado en 212.800 personas, un 2,0 %. Nada se dice acerca del incremento de los contratos temporales, cuyo número, como sucedía antes de la crisis, también está aumentando y, además, de forma más rápida que el de indefinidos<sup>54</sup>.

Continuando con la justificación de la medida, la exposición de motivos de la Ley 15/2015 indica, además, que el establecimiento de un mínimo exento supone la creación de un incentivo de carácter progresivo que reduce en mayor medida las cotizaciones sociales por la contratación estable de trabajadores con menores retribuciones. De hecho, es una medida que pretende favorecer a aquellos colectivos con más dificultades de inserción estable en el mercado laboral, tales como desempleados de larga duración, trabajadores con escasa formación y jóvenes sin experiencia laboral.

Según la nueva regulación, de la que se podrán beneficiar todas las empresas que contraten de forma indefinida y creen empleo neto, en los supuestos de contratación indefinida en cualquiera de sus modalidades la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes se determinará conforme a las siguientes reglas (artículo 8.1):

a) Si la contratación es a tiempo completo, los primeros 500 euros de la base de cotización por contingencias comunes correspondiente a cada mes quedarán exentos de la aplicación del tipo de cotización en la parte correspondiente a la empresa. Al resto del importe de dicha base le resultará aplicable el tipo de cotización vigente en cada momento.

b) Si la contratación es a tiempo parcial, cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 50 % de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, la cuantía señalada en la letra a) se reducirá de forma proporcional al porcentaje de reducción de jornada de cada contrato.

En caso de que el contrato indefinido se formalice con jóvenes inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil que reúnan los requisitos del artículo 105 de la Ley 18/2014, este beneficio en la cotización consistirá en una bonificación, que se financiará con cargo a la

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

correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal, y será objeto de cofinanciación con cargo al Fondo Social Europeo cuando cumpla con los requisitos establecidos. En los demás supuestos consistirá en una reducción que se financiará por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social (artículos 8.2 y 8.11).

El beneficio en la cotización se aplicará –como la tarifa plana– durante un período de 24 meses, computados a partir de la fecha de efectos del contrato, que deberá formalizarse por escrito, y respecto de los realizados entre el 1 de marzo de 2015 y el 31 de agosto de 2016. Finalizado el período de 24 meses, y durante los 12 meses siguientes, las empresas que en el momento de firmar el contrato al que se aplique este beneficio en la cotización contaran con menos de diez trabajadores tendrán derecho a mantener la bonificación o reducción, si bien durante este nuevo período estarán exentos de la aplicación del tipo de cotización los primeros 250 euros de la base de cotización o la cuantía proporcionalmente reducida que corresponda en los supuestos de contratación a tiempo parcial (artículo 8.3).

Los requisitos para disfrutar del nuevo beneficio en la cotización (artículo 8.4), los supuestos en que no procede su aplicación (artículo 8.5), las incompatibilidades (artículo 8.7) y el reintegro de cantidades por aplicación indebida de éste (artículo 8.10) son también muy similares a los establecidos para la tarifa plana de cotización en el Real decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero. Ello se hace, según reconoce expresamente la exposición de motivos de la Ley 15/2015, “en aras de la continuidad y simplicidad del sistema”.

La aplicación de la bonificación o reducción no afectará, por lo demás, a la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas a que puedan causar derecho los trabajadores afectados, que se calculará aplicando el importe íntegro de la base de cotización que les corresponda (artículo 8.6).

## 5 Conclusiones: reflexiones sobre la pervivencia de los incentivos a la contratación

Las dudas existentes en torno a la eficacia de las bonificaciones y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social permiten calificar de excesivo el número de incentivos aprobados en los últimos años, incluso entendiéndolos como mecanismos destinados únicamente a focalizar el empleo en los jóvenes y la contratación indefinida. Los nuevos incentivos, además de suponer una criticable vuelta a la flexibilidad de entrada en materia de empleo juvenil, han desatendido los problemas que vienen planteando las ayudas a la contratación indefinida en nuestro país. El estudio de la contratación temporal e indefinida a largo plazo ha demostrado que, si bien los incentivos a la contratación indefinida en España tienen un efecto inicial positivo y rápido, este impulso inicial no se mantiene con posterioridad. Al estar el incremento asociado a las condiciones económicas, crecen los contratos indefinidos, pero también los temporales. Así está sucediendo en la actualidad: el número de contratos indefinidos se ha incrementado, pero han aumentado más rápidamente los contratos temporales. Además, se ha detectado la existencia de un elevado y sistemático peso muerto en los incentivos a la contratación indefinida motivado por las conversiones a contratos indefinidos que se habrían celebrado igual sin incentivos<sup>55</sup>. Por si ello fuera poco, las nuevas medidas han traído

---

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

consigo un preocupante ascenso de las reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social y, a pesar de la merma en los recursos de la Seguridad Social que la aprobación de este tipo de incentivos significa, el importe de las reducciones se ha incrementado hasta superar el de las bonificaciones<sup>56</sup>.

Ahora bien, con independencia de la valoración que merecen los estímulos a la contratación más recientes, el problema de fondo a resolver de cara al futuro es si, con carácter general, los incentivos a la contratación deben subsistir o si, por el contrario, como se viene planteando en los últimos años y se insinúa en la disposición adicional séptima de la Ley 30/2015, es preferible destinar los recursos empleados en ellos a otras iniciativas en el ámbito de las políticas activas de empleo. La respuesta frente a esta interrogante parece evidente: puesto que los incentivos a la contratación no crean empleo, deben desaparecer por completo. No son nuevas las advertencias acerca de la oportunidad de llevar a cabo una reasignación de recursos que permita, al modo de países nórdicos como Dinamarca, concentrarlos allí donde resultan más eficaces, es decir, en la formación y en el mejor funcionamiento de los servicios de empleo<sup>57</sup>.

Aunque, desde luego, este razonamiento puede compartirse, entiendo que existen varios factores de importancia que deben tenerse en cuenta antes de proponer sin matices la necesidad de eliminar los incentivos a la contratación.

1.º- El primer factor a considerar es que quizá la aprobación de incentivos se perpetúa en nuestro país porque presentan una ventaja fundamental para la Administración que los concede, y es que su gestión es más sencilla que la formación para el empleo o la colocación<sup>58</sup>. Además, la transición a un modelo como el danés basado en un eficaz funcionamiento de los servicios de empleo exigiría una fuerte inversión de recursos públicos<sup>59</sup> que no tendría que caracterizarse ni por la improvisación ni por la precipitación que sí se ha detectado, por ejemplo, en el desarrollo de las actuaciones para la implantación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil<sup>60</sup>. Así pues, la desaparición de los incentivos, una vez determinado su impacto presupuestario, debería acompañarse de propuestas concretas y realistas que plasmen el modo en que van a reasignarse los recursos liberados en otras políticas activas de empleo.

2.º- El segundo factor a considerar guarda relación con el alcance de la propuesta que se efectúa. Como es sabido, no todos los incentivos actualmente en vigor tienen por objeto la creación urgente de empleo juvenil o indefinido. De hecho, en el año 2014 el 80 % de los contratos bonificados fueron de carácter temporal, casi la mitad estuvieron relacionados con sustituciones por maternidad u otras interinidades, y algo más de un tercio se refirieron a personas con discapacidad<sup>61</sup>. Las cifras demuestran, pues, que los incentivos más utilizados a día de hoy se aprobaron con la finalidad de apoyar la conciliación de la vida familiar y laboral

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

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

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

59 NAVARRO NIETO, F. y 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.

o con la idea de favorecer el empleo de personas con discapacidad. En consecuencia, si se opta por la desaparición de los incentivos, habrá que decidir si, atendiendo a su finalidad, y pese a su escasa repercusión en la creación de empleo, debe mantenerse alguno de ellos o si, por el contrario, la desaparición debe ser general. En este segundo caso, además de concretar la reasignación de recursos en materia de políticas activas de empleo, parece que deberían arbitrarse otro tipo de medidas alternativas a los incentivos que garantizaran la protección de los objetivos por ellos tutelados, como la igualdad entre hombres y mujeres o la inserción de colectivos especialmente desfavorecidos.

3.º- El tercer factor puede extraerse de los estudios y evaluaciones nacionales e internacionales ya realizados en materia de incentivos a la contratación, y se refiere a la incidencia que pueden tener los incentivos en la creación de empleo. No hay que olvidar que la virtualidad de los incentivos como mecanismos de creación de empleo existe, y reside en su capacidad para focalizar o canalizar el empleo hacia determinados colectivos. Para que esto sea posible, no es preciso bonificar el empleo indefinido en exclusiva, pero sí es absolutamente necesario que se delimiten muy precisamente los colectivos destinatarios. En el informe de la OCDE "Perspectivas del empleo 2011" se advertía a este respecto que estas medidas deben tener necesariamente un carácter selectivo, pues, de lo contrario, el efecto de peso muerto es muy intenso. Por ello, aconsejaba mantener en nuestro país, junto a las que se pueden justificar por razones de justicia, únicamente, por ejemplo, las relativas a los contratos de formación o a las pymes.

Cabría pensar, en consecuencia, sin perjuicio de la desaparición del actual panorama de bonificaciones y reducciones en las cuotas a la Seguridad Social, en la subsistencia de un número muy reducido de incentivos a la contratación. Su elección nunca debería perder de vista, a mi juicio, dos constataciones esenciales: la ineficacia de los incentivos como medidas generales o a gran escala, y la necesidad de focalizar el empleo en colectivos muy concretos. Además, debería tener en cuenta que serán medidas dirigidas a un país con una tasa de temporalidad excesiva, y ya endémica, y con cifras de desempleo juvenil intolerables. A partir de ahí, si realmente hubiese que mantener algún incentivo de forma aislada, seguramente habría que centrar la atención, siguiendo indicaciones como las mencionadas y como las efectuadas por la Comisión Europea<sup>62</sup>, en los relativos a los contratos formativos, o en los que favorecen la contratación indefinida de jóvenes por microempresas, o bien habría que pensar en bonificaciones a contrataciones indefinidas dirigidas únicamente a los colectivos especialmente desfavorecidos que por razones de equidad se decidiera.

## 6 Bibliografía

AEVAL, *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*, 1.ª ed., Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2009.

BAJO GARCÍA, I., "Incentivos económicos y fiscales a la creación y mantenimiento del empleo", *Actualidad Laboral*, n.º 19, 2012.

---

62 Comisión Europea, *Informe conjunto de empleo, que acompaña al Estudio Prospectivo Anual sobre Crecimiento para 2015*, COM (2014), 906 final.

- BENTOLILA, S. y JANSEN, M., "Un primer análisis económico de la reforma laboral de 2012", *Actualidad Laboral*, n.º 15, 2012.
- CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.; y 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*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2015.
- Comisión Europea, *Informe conjunto de empleo, que acompaña al Estudio Prospectivo Anual sobre Crecimiento 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. y TATAY PUCHADES, C., "Financiación, cotización y recaudación", Roqueta, R. y 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. 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.
- 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.
- 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. y 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 y Asuntos Sociales, 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 y BRAVO-FERRER, M., "Flexibilidad interna y externa en el Real decreto-ley 3/2012", *diariolaley.es*, 2012.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y 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. y 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.

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)**

51 Regap

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

Regap



ESTUDIOS

ALFONSO MARNOTES GONZÁLEZ

Técnico de Administración Local

Funcionario del Cuerpo Superior de la 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 actividades 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 La Directiva de servicios y su impacto en el ámbito urbanístico. 2.1 Las libertades comunitarias: libertad de establecimiento y de prestación de servicios. 2.2 La autorización administrativa previa. 2.3 Razones imperiosas de interés general. 2.4 Reconocimiento del silencio positivo. 2.5 La recepción en el derecho interno de la Directiva de servicios. 2.5.1 Normativa estatal de trasposición. 2.5.2 Medidas alternativas a la autorización: comunicación previa y declaración responsable. 2.5.3 La normativa de adaptación de la Comunidad Autónoma de Galicia. 3 La intervención administrativa para el ejercicio de actividades en Galicia. 3.1 Cuestiones previas. 3.2 La comunicación previa de apertura en la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y la competitividad económica de Galicia. 3.3 Efectos de la comunicación previa. 4 La evaluación ambiental de las actividades. 4.1 Procedimiento. 4.2 Resolución. 4.3 Efectos. 5 Espectáculos públicos y actividades recreativas. 5.1 Supuestos de espectáculos públicos y actividades recreativas con licencia previa. 5.1.1 Procedimiento. 5.2 Vigencia y extinción de las licencias. 5.3 Revocación y caducidad. 6 Régimen sancionador. 6.1 Infracciones y sanciones. 6.1.1 Muy graves. 6.1.2 Graves. 6.1.3 Infracciones leves. 6.1.4 Responsables. 7 Las formas de intervención en el ámbito urbanístico en la normativa de Galicia. 7.1 La situación anterior a la ley y su reforma. 7.2 La comunicación previa urbanística. 7.2.1 Plazo y procedimiento. 7.2.2 Efectos. 7.3 Pluralidad de actuaciones y responsabilidad. 7.4 Exención de licencia. 7.5 Control posterior. 8 Las entidades colaboradoras de la Administración. 9 Concepto y caracterización 9.1. Entidades privadas. 9.2 Colaboración con la Administración. 9.2.1 Contenido de la colaboración. 9.2.2 El problema del ejercicio de funciones públicas. 9.2.3 La autonomía local y la atribución de funciones públicas por las entidades locales. 9.3 Principios de la actuación de las entidades colaboradoras. 9.4 Habilitación o autorización de entidades. 10 Control y responsabilidad de su actividad. 11 Las entidades de control y conformidad municipal (ECCOM). 11.1 La regulación de las entidades de certificación de conformidad municipal. 11.2 Infracciones y sanciones. 11.2.1 Muy graves. 11.2.2 Graves. 11.2.3 Infracciones leves. 11.2.4 Responsables. 12 Conclusiones. 13 Addenda. 14 Bibliografía.

## 1 Introducción

Ha sido tradicional en el derecho español el sistema de autorización administrativa previa al ejercicio de actividades, a la prestación de servicios o a la realización de instalaciones. El control formal previo es el modelo sobre el que se construye el sistema de intervención administrativa, y así es aceptado comúnmente y asumido por el ciudadano y la Administración. Toda actividad económica está sometida al control previo de la Administración pública y en la mayor parte de las actividades económicas el control previo es múltiple y la actividad precisa de diversas autorizaciones sucesivas y concatenadas de manera que unas son requisito previo, su vez, de otras.

Frente a ese modelo, la importancia de las libertades comunitarias en la Unión Europea, presentes ya en los tratados constitutivos para la creación de un mercado interior, llevó a la necesidad de dictar normas de derecho derivado que eliminasen trabas y obstáculos que puedan existir en los Estados miembros para facilitar su libre ejercicio. Aseguradas ya durante la década de los años noventa del siglo anterior la libre circulación de capitales, de personas y de mercancías, la plena aplicación de la libertad de circulación de servicios hacía necesaria la eliminación de múltiples trabas y obstáculos mediante un proceso en el que la jurisprudencia comunitaria ha sido clave y que culminó con la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

La adopción de la directiva hay que enmarcarla dentro de un proceso más amplio de evolución de una actividad de policía administrativa a la regulación que implica una modificación de la cultura administrativa, un verdadero cambio de paradigma que no se basa en la desregulación o en la eliminación de la intervención administrativa –que produciría un desequilibrio inasumible entre la economía y el orden social– sino en la utilización de distintas técnicas de control, resultado, por otra parte, de la lógica evolución del sistema en una sociedad enormemente desarrollada, profesionalizada y tecnificada. Lo que finalmente se produce es el traslado de la responsabilidad sobre el inicio de la actividad al emprendedor y se reserva el control sobre su ejercicio. De esta forma, el sistema de control previo se transforma en un control posterior previa la comunicación del particular a la Administración de todos los datos precisos para el inicio de la actividad.

La sustitución de sistemas de autorización previa por sistemas de control *ex post* introduce la inseguridad al prestador del servicio sobre el cumplimiento de los requisitos legales. Por otra parte, la Administración no tiene más datos que los que le facilita el particular, datos que sólo podrá comprobar una vez que se haya iniciado la prestación. En sectores como el industrial, en el que hace más de 20 años que se suprimió la autorización previa, la labor de comprobación se encomienda a entidades privadas colaboradoras de la Administración, que ven ahora ampliado su campo de actuación a la prestación de servicios y el urbanismo, donde también se ha modificado el sistema de intervención administrativa. La Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y la competitividad económica de Galicia elimina el régimen de autorización previa al ejercicio de actividades, modifica los sistemas de intervención en el ámbito urbanístico e introduce a las entidades colaboradoras de la Administración en uno y otro sector mediante las entidades de certificación de conformidad municipal (ECCOM).

## 2 La Directiva de servicios y su impacto en el ámbito urbanístico

### 2.1 Las libertades comunitarias: libertad de establecimiento y de prestación de servicios

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, antiguo Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas) regula en sus artículos 26 (mercado interior), 49 a 55 (establecimiento) y 56 a 62 (servicios) las libertades de establecimiento y de libre prestación de servicios que garantizan la movilidad de empresas y profesionales en la UE. Los trabajadores por cuenta propia y los profesionales o personas jurídicas a efectos del artículo 54 del TFUE que

Regap



ESTUDIOS

operan en un Estado miembro podrán: i) llevar a cabo una actividad económica de manera estable y continuada en otro Estado miembro (libertad de establecimiento: artículo 49 del TFUE); o ii) ofrecer y prestar sus servicios en otros Estados miembros de manera temporal sin abandonar su país de origen (libertad de prestar servicios: artículo 56 del TFUE). Ello supone no sólo eliminar cualquier discriminación por razón de nacionalidad, sino también, para que estas libertades se ejerzan efectivamente, adoptar medidas oportunas para facilitar el ejercicio de las mismas: ante todo, la armonización de las normativas nacionales de acceso o su reconocimiento mutuo.

La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, *Directiva de servicios*, es una norma de derecho comunitario derivado que introduce una serie de medidas dirigidas a eliminar obstáculos al desarrollo de actividades de servicios en un mercado único al objeto de garantizar las libertades previstas en los tratados, singularmente las de establecimiento y de prestación de servicios. La directiva tiene carácter transversal, es decir, se aplica a toda actividad de servicios entendida como cualquier actividad económica por cuenta propia prestada a cambio de remuneración, ya sea industrial, mercantil, artesanal o profesional, y sus líneas generales son las siguientes:

- El régimen de autorización previa para el ejercicio de actividades o servicios pasa a ser excepcional y bajo las siguientes condiciones: que el régimen de autorización no sea discriminatorio para el prestador de que se trata, que la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general y, por último, que el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.
- Se establecen medidas para asegurar el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos y la correlativa obligación del Estado miembro en que se preste el servicio asegurará la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio.
- Se determina la obligación de los Estados miembros de poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en esta directiva a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009.

La doctrina<sup>1</sup> ha puesto de manifiesto que implica un cambio de cultura administrativa que supone la liberalización de servicios en el ámbito de aplicación de la directiva, de forma que el régimen de autorización previa al ejercicio o al establecimiento de la actividad o servicio se convierte en excepcional, sometiendo las medidas administrativas de control o intervención de las actividades a un régimen de proporcionalidad, necesidad y no discriminación. Y, aunque en rigor la directiva es en realidad una codificación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las libertades de acceso y la libre prestación de servicios, lo cierto es que constituye un punto de inflexión en el proceso de armonización del derecho administrativo de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>2</sup> que hasta este momento se

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 y ss., señala que la directiva impone un modelo general de intervención en la economía basado en la desregulación y exige a los Estados miembros que toda medida intervencionista se justifique en función de su adecuación al principio de proporcionalidad.

2 AGUADO I CUDOLÁ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B., *El impacto de la Directiva de servicios en las administraciones públicas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 99 y ss. citando a varios autores se refieren al fenómeno de la "europeización del derecho administrativo", expresión

había centrado en sectores como las ayudas públicas, la contratación del sector público, los servicios de interés general o el medio ambiente para hacerlo ahora en la prestación de servicios.

## 2.2 La autorización administrativa previa

La directiva ha supuesto un giro significativo a la exigencia generalizada de autorización administrativa previa al ejercicio de una actividad, que es la forma de intervención y control construida sobre la noción clásica de policía administrativa, de tal forma que los Estados miembros sólo podrán imponer un régimen autorizador si se dan tres condiciones: la existencia de una razón imperiosa de interés general, que sea proporcional su exigencia y que no tenga carácter discriminatorio, tal y como ya venía exigiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El régimen de licencia o autorización administrativa está generalizado en la normativa sectorial, pero ciertamente existen otros sistemas de control. GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>3</sup> estudia las autorizaciones como una de las limitaciones administrativas de derechos, que conceptúan como incidencias que no modifican el derecho subjetivo afectado, ni tampoco la capacidad jurídica o de obrar del titular, sino que actúan, exclusivamente, sobre las condiciones de ejercicio de dicho derecho, dejando inalterados todos los elementos del mismo (configuración, funcionalidad, límites, protección). Esa incidencia sobre las facultades de ejercicio de los derechos está determinada por la necesidad de coordinarlos, bien con los derechos o intereses de otro sujeto, bien (lo que es el supuesto normal de las limitaciones administrativas) con los intereses o derechos de la comunidad o del aparato administrativo. Tales limitaciones de derecho pueden reducirse a tres tipos:

- Prohibición incondicionada y absoluta.
- Prohibición relativa o con reserva de excepción a otorgar por la Administración (técnica de la suspensión de la facultad de ejercicio, modelo entre todos, la autorización o licencia administrativa.
- Libre ejercicio con reserva de excepción prohibitiva impuesta en casos concretos por la Administración (técnica de la eficacia inmediata de la facultad con pendencia de una acción administrativa resolutoria de la misma).

A estos tres tipos de limitaciones administrativas, estudiados por la doctrina italiana<sup>4</sup>, GARCÍA DE ENTERRÍA añade un cuarto, consistente en la obligación positiva de comunicar a la Administración, a efectos de control de los límites de su ejercicio lícito (o de información estadística) determinados ejercicios de derechos. Sobre esta *taxonomía* de las limitaciones administrativas, volveremos al tratar las medidas alternativas a la autorización previstas en la Directiva de servicios. Baste señalar ahora que la Administración precisa de una habilitación legal explícita para actuar imponiendo cualquiera de las limitaciones expuestas, lo que para GARCÍA DE ENTERRÍA supone “*negar la existencia de un supuesto poder abstracto y general*”

con la que hacen referencia a la transformación de los ordenamientos nacionales por el impacto y la influencia de los actos y acciones comunitarias.

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

4 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo, tomo II*, 7ª ed., *cit.*, sigue en este punto a VIGNOCHI, G.

*de la Administración capaz de intercalarse a su arbitrio entre la titularidad de un derecho del ciudadano y su ejercicio*<sup>5</sup>.

## 2.3 Razones imperiosas de interés general

Como hemos señalado, el régimen de autorización está sometido a tres condiciones: proporcionalidad, necesidad y no discriminación. Que la medida de intervención sea proporcionada y no discriminatoria implican un juicio caso por caso. En cuanto a la necesidad de la medida, se equipara a la existencia de razones imperiosas de interés general, concepto jurídico indeterminado que ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del tratado y puede seguir evolucionando. La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión, la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico, y política veterinaria.

La existencia de la razón imperiosa de interés general que justifica el mantenimiento de una autorización previa debe ser justificada por el Estado que la invoca.

## 2.4 Reconocimiento del silencio positivo

Es antiguo el debate en la Unión Europea en torno a la cuestión del silencio positivo para suplir la falta de respuesta de la Administración de los procedimientos administrativos. AGUADO I CUDOLÁ<sup>6</sup> señala que hasta el momento se había producido por meras recomendaciones para la incorporación del silencio como medida de simplificación administrativa. Pero la Directiva de servicios ya se refiere a la falta de respuesta en los procedimientos de autorización en su artículo 13 con esta rotundidad:

*Los procedimientos y trámites de autorización deberán ser adecuados para garantizar a los interesados que se dé curso a su solicitud lo antes posible y, en cualquier caso, dentro de un plazo de respuesta razonable, fijado y hecho público con antelación. El plazo no comenzará a correr hasta el momento de la presentación de toda la documentación. Cuando la complejidad del asunto lo justifique, la autoridad competente podrá ampliar el período una sola vez y por un tiempo limitado. La ampliación y su duración deberán motivarse debidamente y se notificarán al solicitante antes de que haya expirado el período original.*

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

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

*A falta de respuesta en el plazo fijado o ampliado con arreglo al apartado 3, se considerará que la autorización está concedida. No obstante, se podrá prever un régimen distinto cuando dicho régimen esté justificado por una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros.*

Con lo cual el procedimiento autorizatorio, ya de por sí excepcional, tiene como regla general el silencio positivo.<sup>7</sup>

## 2.5 La recepción en el derecho interno de la Directiva de servicios

### 2.5.1 Normativa estatal de trasposición

La Directiva entró en vigor el 28 de diciembre de 2006, al día siguiente de su publicación en el DOUE, y establecía un plazo de tres años para que se finalizase el proceso de trasposición. Este proceso ha sido enormemente complejo; implicó la evaluación y la revisión de normativa estatal, autonómica y local, y, en buena medida, ha desbordado las limitaciones de la propia directiva, que establecía claramente que por razones medioambientales o urbanísticas estaba justificado un régimen autorizatorio, lo que como veremos no fue respetado.<sup>8</sup>

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (ley *paraguas*), estableció una regulación basada en los siguientes principios:

- Libertad de establecimiento. Los prestadores podrán establecerse libremente en territorio español para ejercer una actividad de servicios.
- Prohibición del régimen de autorización previa para el ejercicio de una actividad de servicios salvo casos excepcionales.
- Con carácter general, la realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá acceder a una actividad de servicios y ejercerla por tiempo indefinido. En el siguiente apartado nos referiremos a una y a otra.

La Ley 25/2009, de 22 de diciembre (ley *ómnibus*<sup>9</sup>), de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, introdujo en

7 SANTIAGO IGLESIAS, D., "La incidencia de la Directiva de servicios y de sus normas de trasposición en el régimen jurídico del silencio administrativo", Almeida Cerredá, M. (coord.), *La termita Bolkenstein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Thomson-Reuters, Madrid, 2012, p. 140, señala que una de las modificaciones de mayor trascendencia introducida por esta directiva en los procedimientos autorizatorios es el establecimiento del régimen del silencio administrativo positivo como regla general.

8 Para un análisis detenido del proceso de trasposición de la directiva y la reforma de la intervención administrativa en el marco de la liberalización económica, véase SANTIAGO IGLESIAS, D., "La incidencia de la Directiva de servicios y de sus normas de trasposición en el régimen jurídico del silencio administrativo", *cit.* También en AGUADO I CUODOLÁ, V. y NOGUERA DE LA MUJELA, B., *El impacto de la Directiva de servicios en las administraciones públicas*, *cit.*

9 Las denominaciones de *ley paraguas* para la Ley 17/2009 y de *ley ómnibus* para la Ley 25/2009 han hecho fortuna y así se les llama tanto en la literatura científica como en las propias publicaciones oficiales. En realidad, aunque parecen sobrenombres ingeniosos de origen autóctono, son un préstamo lingüístico del inglés y responden a una mala traducción de la denominación de sendas técnicas legislativas anglosajonas. *Umbrella bill/umbrella legislation* (mal traducida como ley paraguas, el sustantivo *umbrella* es un hiperónimo, un término general que significaría cubierta o protección) significa en realidad marco legislativo. Viene al caso de la Ley 17/2009 porque es la que establece la regulación o marco general del ejercicio de actividades y servicios. Con la denominación *omnibus bill/omnibus legislation* se designa a ley que abarca una serie de temas diversos y no relacionados, utilizando la palabra latina *omnibus* en su significado original "para todo" y no en el referido al transporte colectivo, que sólo existe en castellano. Lo que en cualquier caso resulta apropiado para una ley que, como la 25/2009, es en realidad una norma que modifica otras 48 de rango legal, desde las bases del régimen local hasta la metrología.

la LRJPAC la comunicación previa y la declaración responsable como medios de inicio del procedimiento con un nuevo artículo 71 bis. Se modificó la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL), para introducir medios de control posterior y suprimir la licencia como única forma de intervención administrativa y, al tiempo, reformó también el venerable Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL), que sometía a licencia previa la apertura de establecimientos. De esta forma, la apertura de establecimientos industriales y mercantiles podrá sujetarse a los medios de intervención municipal mediante comunicación previa o declaración responsable y no sólo de licencia. Con ello se logró una adaptación formal de la directiva, pero dejó en manos de los ayuntamientos elegir un sistema u otro sin criterio alguno.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, significó otra vuelta de tuerca más, de forma que los artículos 84, 84 bis y 84 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, (modificados nuevamente por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local), preceptúan ya claramente que el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo con las siguientes excepciones:

a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

b) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.

Las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas sólo se someterán a un régimen de autorización cuando lo establezca una ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico, y resulte proporcionado.

La evaluación de este riesgo se determinará en función de las características de las instalaciones, entre las que estarán las siguientes:

a) La potencia eléctrica o energética de la instalación.

b) La capacidad o aforo de la instalación.

c) La contaminación acústica.

d) La composición de las aguas residuales que emita la instalación y su capacidad de depuración.

e) La existencia de materiales inflamables o contaminantes.

f) Las instalaciones que afecten a bienes declarados del patrimonio histórico.

Se introduce una importante regla para evitar la concurrencia de diversas autorizaciones con el mismo objeto, y es que, según el nuevo e importante apartado 3 del artículo 84 bis de la LRBRL, en caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una entidad

local y otra Administración, la entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente.

Asimismo, el artículo 84 ter dispone taxativamente que, cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial.

A pesar de la rotundidad de la regulación, la Ley de economía sostenible soslaya un aspecto fundamental: el ejercicio de una nueva actividad precisa en la mayor parte de las ocasiones de la realización de una obra y junto con la autorización de la apertura – que se elimina –simultáneamente se precisa una autorización urbanística– que no se modifica. Esto tiene también una importante derivada, la conexión entre la regulación de la intervención municipal y las haciendas locales, y ello porque el Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, regulaba la tasa por el otorgamiento de licencias de apertura y obra, así como el impuesto por la realización de obras y construcciones sujetas a licencia (impuesto sobre instalaciones, construcciones y obras, ICIO). La Ley de economía sostenible modificó la regulación de la tasa de forma que el hecho imponible era tanto el otorgamiento de la licencia de apertura como la verificación posterior en caso de no ser necesaria tal licencia, pero no alteró el hecho imponible del ICIO, que seguía siendo la realización de obra precisada de licencia. Tal hecho, que implica una merma importante de los recursos locales, unido a la difusa supresión de licencia urbanística para las obras que tienen por objeto la implantación de una actividad, llevó a que fuesen muy pocos los ayuntamientos que optasen en sus ordenanzas municipales por suprimir la licencia de obra para la realización de actividades.

Finalmente, el RDL 19/2012, de 25 de mayo, convertido en Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberación del comercio y de determinados servicios, y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, establecen que determinados tipos de actividades comerciales y de servicios (82 del epígrafe del IAE), con un límite de 300 m<sup>2</sup> ampliado a 750 m<sup>2</sup>, quedan exentas de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni otras de clase similar que sujeten a previa autorización el ejercicio de la actividad comercial a desarrollar o la posibilidad misma de la apertura del establecimiento correspondiente. Se modifica la Ley reguladora de las haciendas locales para posibilitar el cobro de la tasa por licencias urbanísticas y del impuesto de instalaciones, construcciones y obras no sólo cuando sea preceptiva licencia, sino también en el caso de declaración responsable o comunicación previa.

## 2.5.2 Medidas alternativas a la autorización: comunicación previa y declaración responsable

Como hemos señalado, la Ley 17/2009 ya estableció una preferencia de la comunicación previa y de la declaración responsable respecto de la autorización administrativa, quedando ambas reguladas en el nuevo artículo 71 bis de la LRJPAC, introducido por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

Regap



ESTUDIOS

El artículo 42 de la LRJPAC ya preveía ese régimen cuando señalaba que la Administración está obligada a dictar resolución expresa salvo *"en los procedimientos en que se produzca la prescripción, la caducidad, la renuncia o el desistimiento en los términos previstos en esta ley, así como los relativos al ejercicio de derechos que sólo deba ser objeto de comunicación y aquéllos en los que se haya producido la pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento"*. La comunicación previa ya existía en la regulación sectorial, concretamente en la de industria, que ya desde el RD 2135/1980, de 26 de septiembre, indicaba que la puesta en funcionamiento de las industrias no necesitara otro requisito que la *comunicación* a la Administración de la certificación expedida por técnico competente, en la que se ponga de manifiesto la adaptación de la obra al proyecto y el cumplimiento de las condiciones técnicas y prescripciones reglamentarias que en su caso correspondan.

PAREJO ALFONSO<sup>10</sup> señala que las técnicas de comunicación previa y declaración responsable son conocidas en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo desde hace tiempo *"y su uso dista de ser marginal, encontrándose además en crecimiento antes del dictado de la Directiva de servicios, al menos en algunos sectores"* y señala, entre ellos, la contratación pública, las subvenciones y, sobre todo, la fiscal.

Señala la LRJPAC que se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

Se entenderá por comunicación previa, continúa indicando la ley, aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad.

Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que determine en cada caso la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las administraciones públicas.

La generalidad de la doctrina<sup>11</sup> ha considerado poco afortunada la configuración legal de la comunicación previa y la declaración responsable, en la que no queda clara la distinción entre una figura y otra: la declaración responsable parece liberar al administrado de la presentación de documentos y faculta a la Administración para la verificación, pero lo cierto es que la presentación de una comunicación previa no impide un control *ex post*; por otra

---

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

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 *«La ley no aclara si al facilitar el interesado los datos permite el inicio de la actividad o si es necesario que la Administración revise o verifique lo presentado antes de que se ponga en marcha la misma; no se concreta qué datos o informaciones resultan exigibles y puede advertirse alguna carencia al omitir la norma reguladora del procedimiento que pueda prever todos estos detalles; por último, emplea el adjetivo exigible para calificar los requisitos para el inicio de la actividad y no se precisa en ningún momento la existencia de un deber previo de la persona interesada si pretende ejercerla.»*

parte, la práctica nos ofrece multitud de ejemplos de comunicaciones previas en las que el particular, para la acreditación del cumplimiento de determinados requisitos acompaña, junto con la documentación acreditativa, una o varias declaraciones responsables<sup>12</sup>. También se discute su regulación en el capítulo que la LRJPAC dedica a la iniciación del procedimiento, junto con la solicitud de persona interesada o la iniciación de oficio cuando, en puridad, no existe procedimiento alguno<sup>13</sup>.

En todo caso, nos hallaríamos en ambos casos ante lo que GARCÍA DE ENTERRÍA denominaba obligación positiva de comunicar a la Administración, a efectos de control de los límites de su ejercicio lícito (o de información estadística) determinados ejercicios de derechos, y que venía a constituir el cuarto supuesto de limitaciones de derechos que el indicado autor añadía a los tres clásicos que hemos visto al examinar el régimen autorizador: prohibición absoluta, prohibición relativa y ejercicio libre con reserva de prohibición.

### 2.5.3 La normativa de adaptación de la Comunidad Autónoma de Galicia

La Comunidad Autónoma de Galicia efectuó un profundo proceso de adaptación de la normativa legal y reglamentaria a la Directiva 2006/123/CE. La Ley 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas leyes de Galicia para su adaptación a la directiva, modificó 23 leyes de la Comunidad Autónoma y dio lugar a la modificación en cascada de más de 40 normas de rango reglamentario. Ese proceso se completó con la simultánea tramitación telemática de los procedimientos y la creación de la sede electrónica.<sup>14</sup>

El resultado de esa adaptación es la generalización de la comunicación previa o la declaración responsable como medio de control administrativo en los procedimientos de la Xunta de Galicia, de manera que la autorización previa es excepcional y casi residual.

A pesar de ello, en este proceso no se había modificado la normativa que la Comunidad Autónoma aprueba para su aplicación por las entidades locales, singularmente la urbanística, la reguladora de los procedimientos ambientales de las actividades clasificadas y la relativa a policía de espectáculos, lo que finalmente se aborda con la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y la competitividad económica de Galicia (LECEG).

12 A Ley 2/2012, de 12 de junio, de dinamización de la actividad comercial en la Comunidad de Madrid, señala que para la ejecución de obras y el ejercicio de la actividad, se iniciarán con la simple presentación (comunicación) de la liquidación tributaria, proyecto técnico y declaración responsable, en la que el interesado manifieste que cumple con la legislación vigente. El Decreto 16/2014, de 11 de febrero, de la Generalitat de Cataluña, de aprobación del reglamento del registro de instalaciones destinadas a actividades con niños y jóvenes, y de modificación del reglamento de instalaciones destinadas a actividades con niños y jóvenes, establece que la persona física o jurídica titular de una instalación juvenil deberá presentar una 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, (La actividad de las administraciones públicas: el contenido), Iustel, Madrid, 2009, p. 41; señala que "al hacer la comunicación, el particular no pide nada ni espera ninguna resolución de la Administración que, en efecto, no tiene que producirse."

14 El Decreto 198/2010, de 2 de diciembre, por el que se regula el desarrollo de la administración electrónica de la Xunta de Galicia, regula el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las administraciones públicas gallegas por medios electrónicos, la tramitación de los procedimientos administrativos incorporados a la tramitación telemática, la creación y regulación de la sede electrónica y del registro electrónico, el impulso y desarrollo de los servicios electrónicos y el establecimiento de estructuras y servicios de interoperabilidad. Desde su entrada en vigor se han adaptado a sus prescripciones la gran parte de los procedimientos administrativos de tal forma que en la actualidad más de 600 procedimientos son de tramitación electrónica.

## 3 La intervención administrativa para el ejercicio de actividades en Galicia

### 3.1 Cuestiones previas

El proceso para la definitiva eliminación de trabas al ejercicio de actividades económicas no puede llevarse a cabo sin el concurso de las administraciones locales. Como ya hemos visto, el proceso parte de la Directiva de servicios y de un complicado proceso normativo que se inició en 2009 y que se intensifica a partir de 2012. También hay que subrayar la actividad de los entes locales, al menos en los municipios de mayor población, estableciendo ordenanzas que introducen la comunicación previa o declaración responsable en las actividades y en las obras menores. Labor que, para ser completa y armónica en todo el territorio, exigía que la Comunidad Autónoma estableciese un régimen jurídico único y estable en las actividades que regula, sí, pero que no autoriza en última instancia al ser competencia exclusivamente municipal y estar sometida a licencia de actividad. Son las denominadas actividades inocuas, las clasificadas y las actividades recreativas y los espectáculos públicos.

A diferencia de otras comunidades autónomas, Galicia carecía de una regulación común del régimen de control administrativo de las actividades. La normativa existente o era estatal y se aplicaba de forma supletoria –caso de las actividades inocuas con el Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955–, o estaba claramente superada –caso del Decreto 133/2008, mero trasunto del RAMINP de 1961<sup>15</sup>–, o se encontraba fragmentada, como en los espectáculos públicos, regulados por un Reglamento estatal de 1982 y por un catálogo aprobado por Decreto de la Xunta de Galicia. A ese régimen dispar se añadió la irrupción mediante la normativa estatal arriba indicada del régimen de control *ex post* para determinadas –no todas– actividades inocuas.

Ante esa situación, se planteaba la necesidad de establecer un régimen jurídico único del ejercicio de actividades en Galicia, eliminando de manera plena y efectiva la licencia de apertura previa a la instalación y al inicio de la actividad (licencias de actividad o instalación y de apertura o funcionamiento). En este sentido, la ley dio cumplimiento en Galicia a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de economía sostenible, que determina que, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. Así, la ley proclama en su artículo 1.2 que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico y de los instrumentos de intervención administrativa aplicables a la instalación y apertura de establecimientos y al ejercicio de actividades económicas y la regulación del régimen de comunicación previa administrativa para el ejercicio de actividades y la realización de actos de uso del suelo y del subsuelo.

La reforma en el régimen jurídico del ejercicio de actividades económicas debía ir acompañada de una modificación importante de la normativa ambiental, de comercio interior, de seguridad industrial y singularmente de la urbanística, que, al exigir autorización previa para realizar

---

15 El Decreto 133/2008, de 12 de junio, por el que se regula la evaluación de incidencia ambiental, sustituyó al Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, que estuvo vigente en Galicia casi 50 años. La nueva regulación poco aportó en lo procedimental a la autorización de actividades, para las que era exigible una información pública mediante anuncio en el DOG, en el BOP y notificación personal a los vecinos y titulares de derechos inmediatos al lugar de la localización propuesta.

cualquier acto de uso de suelo, impedía el pleno ejercicio del derecho a la libre prestación de servicios al imponer a los prestadores un régimen de autorización.

### 3.2 La comunicación previa de apertura en la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y la competitividad económica de Galicia

La nueva ley suprime la licencia de actividad tanto para su implantación (licencia de actividad o instalación) como para su puesta en marcha (licencia de apertura o de funcionamiento).<sup>16</sup> A diferencia de la normativa estatal y de la de otras comunidades autónomas, tal supresión:

- Se aplica a todo tipo de actividades, no sólo a las comerciales o a las de servicios, también industriales, profesionales, turísticas, hostelería, ocio, así como para los espectáculos públicos, actividades recreativas, etc.

- No existe limitación de superficie a la supresión de licencia, con la excepción de las grandes superficies de comercio al por menor de más de 2.500 m<sup>2</sup> de superficie de exposición y venta que precisarán de una autorización comercial autonómica por razón de su incidencia supramunicipal.<sup>17</sup>

- Es independiente de los efectos ambientales de la actividad, ya que no será necesaria la licencia previa aunque la actividad tenga que someterse a algún procedimiento ambiental para evaluar su incidencia o impacto en el medio ambiente.<sup>18</sup>

Bastará una comunicación previa para el inicio de la actividad, para la apertura del establecimiento y también, si es necesaria la realización de una obra, se sustituye la licencia por una comunicación previa del particular interesado. El artículo 24 de la LECEG señala que con carácter previo al inicio de la actividad o de la apertura del establecimiento y, en su caso, para el inicio de la obra o instalación que se destine específicamente a una actividad, los interesados presentarán ante el ayuntamiento respectivo comunicación previa en la que pondrán en conocimiento de la Administración municipal sus datos identificativos. Se somete también al régimen de comunicación previa el cambio de titularidad de las actividades e instalaciones, siendo únicamente necesaria la comunicación del nuevo titular, a diferencia de la redacción del RSCCL que exigía también la intervención del antiguo titular.

16 En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia se suprime con carácter general la necesidad de obtención de licencia municipal de actividad, apertura o funcionamiento para la instalación, implantación o ejercicio de cualquier actividad económica, empresarial, profesional, industrial o comercial. (Artículo 23)

17 La LECEG modifica el artículo 28 de la Ley 13/2010, de 17 de diciembre, del comercio interior de Galicia, señalando que «no será exigible licencia para el inicio y desarrollo de las actividades comerciales objeto de esta ley ni para el cambio de titularidad. En estos casos bastará la comunicación previa prevista en la Ley del emprendimiento de Galicia y en la normativa urbanística, si procede». El artículo 29.2 indica que «se entiende que únicamente tienen incidencia supramunicipal, y por tanto están sujetos a autorización comercial autonómica, la instalación y traslado de los establecimientos comerciales cuya superficie útil de exposición y venta al público sea igual o superior a 2.500 metros cuadrados por el impacto territorial, urbanístico, viario y medioambiental generado. También será preceptiva la citada autorización en el caso de ampliaciones de establecimientos comerciales cuando la superficie resultante tras la ampliación sea igual o superior a 2.500 metros cuadrados.»

18 Se reforma también la Ley 1/1995, de 2 de enero, de protección ambiental de Galicia tal y como señalaremos en el siguiente apartado. Indicamos ahora que las actividades se clasifican en dos grados de protección: impacto ambiental (que preciará su evaluación de conformidad con la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación de impacto ambiental) e incidencia ambiental (que se evaluará de conformidad con lo dispuesto en la propia Ley del emprendimiento).

La ley define con claridad que la comunicación previa como un acto jurídico del particular, que, de acuerdo con la ley, habilita para el inicio de la actividad o la apertura del establecimiento y, en su caso, para el inicio de la obra o instalación.

La puesta en conocimiento de la Administración consiste en la aportación de la siguiente documentación:

- a) Memoria explicativa de la actividad que se pretende realizar, con la manifestación expresa del cumplimiento de todos los requisitos técnicos y administrativos.
- b) Justificante de pago de los tributos municipales.
- c) Declaración de que se cumple con todos los requisitos para el ejercicio de la actividad y de que los locales e instalaciones reúnen las condiciones de seguridad, salubridad y las demás previstas en el planeamiento urbanístico.
- d) Proyecto y documentación técnica que resulte exigible según la naturaleza de la actividad o instalación.
- e) La autorización o declaración ambiental que proceda.
- f) Las autorizaciones e informes sectoriales que sean preceptivos, junto con la manifestación expresa de que se cuenta con todos los necesarios para el inicio de la obra, instalación o actividad.
- g) En su caso, el certificado, acta o informe de conformidad emitido por las entidades de certificación de conformidad municipal reguladas en esta ley.

### 3.3 Efectos de la comunicación previa

La comunicación previa presentada cumpliendo con todos los requisitos habilita para el inicio de la actividad o la apertura del establecimiento y, en su caso, para el inicio de la obra o instalación, y faculta a la Administración pública para verificar la conformidad de los datos que en ella se contienen.

El incumplimiento sobrevenido de las condiciones de la comunicación previa o de los requisitos legales de la actividad será causa de la ineficacia de la comunicación previa, y habilitarán al Ayuntamiento respectivo a su declaración, previa audiencia del interesado.

La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se aporta o incorpora a la comunicación previa conlleva, previa audiencia de la persona interesada, la declaración de ineficacia de la comunicación efectuada e impide el ejercicio del derecho o de la actividad afectada desde el momento en que se conoce, sin perjuicio de las sanciones que procediera imponer por tales hechos.

## 4 La evaluación ambiental de las actividades

Hasta la entrada en vigor de la LECEG, las actividades se sometían a evaluación de impacto ambiental, efectos ambientales o incidencia ambiental, en función de su grado de afección

en el medio ambiente. Las de menor afección quedaban sometidas al Decreto 133/2008, de 12 de junio, por el que se regulaba la evaluación de incidencia ambiental, y que sustituyó al Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, que estuvo vigente en Galicia casi cincuenta años. El Decreto de 2008 poco aportó en lo procedimental a la autorización de actividades, para las que era exigible una información pública mediante anuncio en el DOG, en el BOP y notificación personal a los vecinos y titulares de derechos inmediatos al lugar de la localización propuesta. En lo sustantivo, se mantuvo la necesidad de someter al procedimiento a las actividades potencialmente insalubres, nocivas y peligrosas y, entre ellas, a las que se contenían en un anexo notablemente menor que el del antiguo RAMINP, a pesar de contener más de 120 actividades, y que seguía siendo meramente enunciativo y no limitativo, ya que su artículo 2 indicaba que se someterían igualmente al procedimiento las actividades no incluidas en el anexo, pero que merezcan la consideración de molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

Tras su reforma por la LECEG, la Ley 1/1995, de 2 de enero, de protección ambiental de Galicia, clasifica las actividades de acuerdo con su incidencia ambiental en dos grados de protección:

- a) De evaluación del impacto ambiental. Regulada en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, que es de aplicación a las actividades contenidas en su propio anexo.
- b) De evaluación de la incidencia ambiental. Evaluación de incidencia: la propia Ley 9/2013, que deroga y sustituye al Decreto 133/2008 (antiguo RAMINP D2414/1961).

Se suprime la evaluación de efectos ambientales (Decreto 327/1991, de 20 de octubre, residual e inaplicable en la práctica).

A diferencia de la regulación anterior, la LECEG enumera en un anexo las actividades que se consideran clasificadas a efectos de incidencia ambiental. Anexo que pasa a ser limitativo, de tal forma que sólo las actividades que se regulan en él –menos de 50– deberán ser sometidas a declaración de incidencia ambiental ante el órgano de la consejería competente en materia de medio ambiente, denominado órgano ambiental. El resto de actividades no comprendidas en el anexo y no sometidas a evaluación de impacto, se consideran inocuas.

Con la solicitud de declaración de incidencia ambiental deberá adjuntarse la siguiente documentación:

- a) Proyecto técnico redactado por técnico competente en la materia, en su caso.
- b) Una memoria descriptiva en la que se detallarán:
  - 1º. Los aspectos básicos relativos a la actividad, su localización y repercusiones en el ambiente.
  - 2º. Los tipos y cantidades de residuos, vertidos y emisiones generados por la actividad, y la gestión prevista para ellos.
  - 3º. Los riesgos ambientales que puedan derivarse de la actividad.
  - 4º. La propuesta de medidas preventivas, correctoras y de autocontrol de la incidencia ambiental.

Regap



ESTUDIOS

5º. Las técnicas de restauración del medio afectado y programa de seguimiento del área restaurada en los casos de desmantelamiento de las instalaciones o cese de la actividad.

## 4.1 Procedimiento

El procedimiento es electrónico y se elimina la obligatoriedad de anuncios en diarios oficiales, que se sustituyen por la publicación en la página web institucional de la consejería competente en materia de medio ambiente a fin de que las personas interesadas puedan formular observaciones o alegaciones en relación con las repercusiones ambientales de la actividad durante el plazo de quince días. Simultáneamente, el órgano ambiental consultará a las administraciones públicas afectadas. La consulta podrá ampliarse a otras personas físicas o jurídicas públicas o privadas vinculadas a la protección del medio ambiente. La notificación indicará el plazo en que habrán de remitir, en su caso, las observaciones y alegaciones, plazo que no podrá exceder de quince días. Los informes solicitados y no recibidos en el plazo estipulado se entenderán como favorables, pudiendo continuar el procedimiento. Si el Ayuntamiento emitiese un informe de no compatibilidad del proyecto con planeamiento urbanístico, el órgano ambiental dictará resolución motivada, poniendo fin al procedimiento y archivando las actuaciones.

## 4.2 Resolución

El órgano ambiental emitirá la declaración de incidencia ambiental que proceda, estableciendo, en su caso, las medidas preventivas, correctoras o de restauración que han de observarse en la implantación, desarrollo y cese de la actividad. La declaración de incidencia ambiental deberá ser emitida en el plazo máximo de dos meses desde la presentación de la solicitud. Se establece el silencio positivo como forma de resolución de forma que, si se supera el citado plazo, la declaración se entenderá favorable, quedando la persona solicitante vinculada por las medidas preventivas, correctoras y de restauración recogidas en la memoria presentada con la solicitud.

La declaración de incidencia ambiental tendrá efectos vinculantes para la autoridad municipal, pondrá fin a la vía administrativa y será notificada a la persona solicitante, a las personas interesadas que hubiesen formulado alegaciones y al Ayuntamiento donde se prevea implantar la actividad.

Estarán también sometidas a previa declaración de incidencia ambiental las modificaciones sustanciales de las actividades comprendidas en el anexo.

- a) El incremento superior al 50 % de la capacidad productiva de la instalación.
- b) El incremento superior al 50 % de las materias primas empleadas.
- c) El incremento del consumo de agua o energía superior al 50 %.
- d) El incremento superior al 25 % de las emisiones de contaminantes atmosféricos o la implantación de nuevos focos de emisión catalogados.
- e) El incremento superior al 50 % del vertido de aguas residuales.

- f) La producción de residuos peligrosos o el incremento del 25 % de su volumen.
- g) El incremento en un 25 % de alguno o de la suma del total de contaminantes.
- h) La incorporación al sistema de producción o su aumento por encima del 25 % de sustancias peligrosas, reguladas por el RD 1254/1999, de 16 de julio.

### 4.3 Efectos

Sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Administración autonómica, corresponde al Ayuntamiento la vigilancia y seguimiento del cumplimiento de las condiciones establecidas en la declaración de incidencia ambiental.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en la declaración de incidencia ambiental o de las medidas preventivas, correctoras y de restauración contempladas en la memoria presentada con la solicitud en los casos de silencio positivo se sancionará, cuando proceda, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1995, de 2 de enero, de protección ambiental de Galicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden a que hubiere lugar.

## 5 Espectáculos públicos y actividades recreativas

La regulación de todas las actividades relativas a la organización y celebración de las actividades con afluencia pública de diversión, ocio o distracción, acompañadas o no de consumo de bebidas y alimentos, se ha considerado tradicionalmente un ámbito de actuación de la intervención administrativa: la policía de espectáculos. Concurren en esta materia la garantía de la seguridad ciudadana, la protección del orden público, la limitación de las actividades a las que estuvieren autorizadas y las condiciones de organización, aforo, horario y venta de localidades<sup>19</sup>.

Galicia, como hemos señalado, carecía de una regulación propia en la materia, por lo que en todo lo relativo a la autorización de establecimientos, espectáculos y actividades recreativas era necesario acudir al Reglamento de servicios de las corporaciones locales; al Decreto 133/2008, de incidencia ambiental; y al RD 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de policía de espectáculos públicos y actividades recreativas. La LECEG tiene como objeto la regulación del régimen jurídico y de los instrumentos de intervención administrativa aplicables a la instalación y apertura de establecimientos y al ejercicio de actividades económicas, por lo que regula el régimen de intervención administrativa para la apertura de establecimientos y la organización de espectáculos públicos y actividades recreativas, remitiendo a una ley posterior todo lo relativo a su organización y desarrollo.

En primer lugar, la ley efectúa una definición de su ámbito objetivo y señala que se entenderá por:

<sup>19</sup> 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 y ss.

- Espectáculos públicos: las representaciones, exhibiciones, actuaciones, proyecciones, competiciones o las audiciones de concurrencia pública, de carácter artístico, cultural, deportivas o análogas.

- Actividades recreativas: aquellas que ofrecen al público, espectadores o participantes, actividades, productos o servicios con fines de ocio, recreo o entretenimiento.

El régimen de intervención administrativa, tanto para la apertura de establecimientos como para la organización de espectáculos públicos y actividades recreativas, es la comunicación previa del artículo 24 de la LECEG a la que ya nos hemos referido. De esta manera, la apertura de establecimientos se somete al mismo régimen de intervención administrativa con independencia de su destino o de la actividad que se realice en ellos, con las excepciones que veremos a continuación, ya que se reservan determinados supuestos tasados de autorización administrativa previa mediante la concesión de licencia.

## 5.1 Supuestos de espectáculos públicos y actividades recreativas con licencia previa

Como ya indicamos, la LECEG suprime con carácter general la necesidad de obtención de licencia municipal de actividad, apertura o funcionamiento para la instalación, implantación o ejercicio de cualquier actividad. Con carácter general, porque se aplica a todo tipo de actividades con independencia de su finalidad y a todo tipo de establecimientos con independencia de su destino o características. La única excepción a la obtención de licencia previa es la apertura de establecimientos destinados a determinados espectáculos públicos o actividades recreativas y a su organización. La ley, en atención a la concurrencia de razones de interés general derivadas de la necesaria protección de la seguridad y salud pública, de los derechos de las personas consumidoras y usuarias, del mantenimiento del orden público, así como de la adecuada conservación del medio ambiente y el patrimonio histórico-artístico, exige la obtención de licencia únicamente para estos supuestos:

a) La apertura de establecimientos y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas que se desarrollen en establecimientos públicos con un aforo superior a 500 personas, o que presenten una especial situación de riesgo, de conformidad con lo dispuesto en la normativa técnica en vigor.

b) La instalación de terrazas al aire libre o en la vía pública, anexas al establecimiento.

c) La celebración de espectáculos y actividades extraordinarias y, en todo caso, los que requieran la instalación de escenarios y estructuras móviles.

d) La celebración de los espectáculos públicos y actividades recreativas o deportivas que se desarrollen en más de un término municipal de la Comunidad Autónoma, conforme al procedimiento que reglamentariamente se establezca.

e) La celebración de los espectáculos y festejos taurinos.

f) La apertura de establecimientos y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas cuya normativa específica exija la concesión de autorización.

Todos ellos, con excepción quizás de las terrazas, requerían de licencia previa con anterioridad a la entrada en vigor de la norma. A pesar de ello, su aplicación práctica ha sido problemática sobre todo en el caso de la celebración de espectáculos y actividades que la ley denomina extraordinarios y los que requieran la instalación de espectáculos y estructuras móviles, a los que nos referiremos a continuación.

La ley no define qué debe entenderse por actividades o espectáculos extraordinarios. Tanto el RD 2816/1982 como el Decreto 292/2004, de 18 de noviembre, por el que se aprueba el Catálogo de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad Autónoma de Galicia, entienden por actividades y espectáculos extraordinarios aquellos que se ofrecen en el local que sean distintos de los específicamente autorizados. Señala el citado decreto, en su artículo 3 d), que se considerarán espectáculos públicos y actividades recreativas “extraordinarios” aquellos que, debidamente autorizados, se celebren o desarrollen específica y excepcionalmente en establecimientos autorizados para otros espectáculos o actividades recreativas diferentes a los que se pretende celebrar o desarrollar de forma extraordinaria. Esta definición se ajusta perfectamente al marco legal y es coherente con la regulación que contiene la LECEG.

También es problemática la licencia en el supuesto de espectáculos con escenarios y estructuras móviles en fiestas y verbenas populares, ciertamente los que mayor impacto tienen en la ciudadanía tanto por su cantidad como por la afluencia de público.<sup>20</sup> La cuestión de los escenarios móviles se plantea sobre la documentación técnica que es necesario presentar, algunos de ellos de gran tamaño, complejidad e integrados en un remolque arrastrado por una cabeza tractora. Los remolques matriculados tienen la consideración de vehículo y por ello deben contar con la correspondiente documentación técnica, autorización administrativa y pasar por unas revisiones periódicas.<sup>21</sup> Las alteraciones introducidas en el remolque, una vez matriculado para adaptarlo a escenario, deberán ser realizadas en taller autorizado, con arreglo a documentación técnica y revisadas por la Inspección Técnica de Vehículos.<sup>22</sup>

Regap



ESTUDIOS

### 5.1.1 Procedimiento

El titular del establecimiento o, en su caso, las personas encargadas de la celebración del espectáculo o actividad, deberán presentar una solicitud de licencia ante el Ayuntamiento en que se ubique, que será el competente para su concesión. La solicitud de licencia tendrá el siguiente contenido:

#### a) Datos identificativos del titular o de quien organice la actividad.

20 Durante el año 2010 en Galicia se celebraron hasta 2.387 festejos con verbenas y 5.743 actuaciones, según el estudio *Del palco al escenario. Una aproximación analítica a la industria de la música en las fiestas populares de Galicia*, de la Axencia Galega de Industrias Culturais (AGADIC) y la Facultad de Ciencias de Comunicación de la Universidad de Santiago de Compostela (USC), disponible en la biblioteca digital 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 Artículo 25 del Reglamento general de vehículos aprobado por el Real decreto 2822/1998, de 23 de diciembre.

22 Real decreto 866/2010, de 2 de julio, por el que se regula la tramitación de las reformas de vehículos específica que es reforma de vehículo toda modificación, sustitución, actuación, incorporación o supresión efectuada en un vehículo después de su matriculación y en remolques ligeros después de ser autorizados a circular, que o bien cambia alguna de las características del mismo o es susceptible de alterar los requisitos reglamentariamente aplicables, incluyendo cualquier actuación que implique alguna modificación de los datos que figuran en la tarjeta de ITV del vehículo.

b) Localización del establecimiento público, espectáculo público o actividad para la que se solicita la licencia.

c) Documentación técnica: (proyecto, plan de emergencia, ruidos, documentación ambiental, identificación del técnico, etc.). En cuanto a la documentación que debe aportar el organizador del espectáculo en el caso de verbenas y fiestas populares, sólo deberá acercarse la que resulte exigible conforme a su normativa específica en función de las características de la actividad que se pretende desarrollar.

d) En su caso, la solicitud de licencia o comunicación previa urbanística.

El Ayuntamiento instruirá el expediente y emitirá los informes que determinen el cumplimiento de la normativa aplicable (urbanístico, seguridad contra incendios, etc.), solicitando los informes de las administraciones con competencias concurrentes, señalando la ley que serán vinculantes cuando sean negativos o establezcan condiciones de obligado cumplimiento y que se entenderán favorables transcurrido un mes sin recibir comunicación expresa. La tramitación de solicitud de licencia no podrá exceder de tres meses, transcurridos los cuales sin haber recibido los interesados resolución expresa, se entenderá que el proyecto presentado es correcto y válido a todos los efectos y podrá entender estimada por silencio administrativo su solicitud.

La licencia otorgada por el Ayuntamiento será suficiente para acreditar la actividad, condiciones y características del establecimiento público y deberá exponerse en un lugar visible y de fácil acceso.

## 5.2 Vigencia y extinción de las licencias

Las licencias de los establecimientos abiertos al público se conceden por tiempo indefinido, salvo previsión expresa, y se extinguirán:

- a) Por haber finalizado el espectáculo público o la actividad recreativa.
- b) Por cumplimiento del plazo al que está sometida la actividad o espectáculo público para el que se solicitó la licencia, en los casos en que proceda.
- c) Por caducidad.
- d) Por revocación.
- e) Por renuncia de quien ostente su titularidad.

## 5.3 Revocación y caducidad

Las licencias pueden revocarse en los siguientes supuestos:

- a) Por haberse modificado sustancialmente o haber desaparecido las circunstancias que determinaron el otorgamiento, o haber sobrevenido otras nuevas que, en caso de haber existido, habrían comportado su denegación.

b) Por incumplimiento por parte de quien ostente la titularidad de las licencias de los requisitos o condiciones en virtud de los cuales les fueron otorgadas.

c) Por sanción de conformidad con lo dispuesto en la ley.

d) Por falta de adaptaciones a los nuevos requerimientos establecidos por las normas dentro de los plazos contemplados con esta finalidad.

La Administración puede declarar la caducidad por la no realización de la actividad durante un año ampliable a dos si la actividad o el espectáculo tienen periodos de actividad.

## 6 Régimen sancionador

La LECEG contiene un régimen sancionador específico en el que se tipifican las infracciones y sanciones derivadas de la aplicación de la ley.

### 6.1 Infracciones y sanciones

#### 6.1.1 Muy graves

Son infracciones muy graves, a tenor de la ley:

Abrir un establecimiento y llevar a cabo actividades, o realizar modificaciones, sin efectuar la comunicación previa o sin disponer de las licencias o autorizaciones oportunas, o incumplir sus condiciones, si supusiera un riesgo grave para las personas o los bienes.

La reapertura de actividades afectadas por resolución firme en vía administrativa de clausura o suspensión, mientras perdurase la vigencia de tales medidas.

Incumplir las medidas y condiciones de seguridad e higiene establecidas en el ordenamiento jurídico, así como aquellas específicas recogidas en las correspondientes comunicaciones previas, licencias o autorizaciones, o derivadas de inspecciones, cuando ello supusiera un grave riesgo para la seguridad de las personas o los bienes.

El engaño o falsedad en las comunicaciones previas o en la obtención de las correspondientes licencias o autorizaciones mediante la aportación de documentos o datos.

Modificar los establecimientos públicos e instalaciones sin la correspondiente licencia o autorización, siempre que la referida modificación generase situaciones de grave riesgo para las personas o bienes.

El mal estado de los establecimientos, instalaciones y servicios que supusiera un grave riesgo para la seguridad de las personas.

Incumplir la prohibición de discriminación.

La expedición de certificados, actas, informes o dictámenes cuyo contenido no se ajuste a la realidad de los hechos.

Regap



ESTUDIOS

Las infracciones muy graves podrán ser sancionadas alternativa o acumulativamente en los términos previstos salvo que resultasen incompatibles con:

- a) Multa de 30.050,62 hasta 601.012,1 euros.
- b) Clausura del local o establecimiento por un periodo máximo de tres años.
- c) Suspensión o prohibición de la actividad hasta tres años.

### 6.1.2 Graves

Serán infracciones graves las siguientes:

Abrir un establecimiento y llevar a cabo actividades, o realizar modificaciones, sin efectuar la comunicación previa o sin disponer de las licencias o autorizaciones oportunas, o incumplir sus condiciones, si no supusiera un riesgo grave para las personas o los bienes.

La inexactitud u omisión de carácter esencial en los datos objeto de comunicación previa, licencia o autorización.

Incumplir las medidas y condiciones de seguridad e higiene establecidas en la normativa urbanística y de edificación, así como aquellas específicas recogidas en la comunicación previa o en las correspondientes licencias o autorizaciones, o derivadas de inspecciones, cuando ello no supusiera un grave riesgo para la seguridad de las personas o los bienes, y siempre que no fuera constitutivo de infracción muy grave.

El mal estado de los establecimientos, instalaciones y servicios que no supusiera un grave riesgo para la seguridad del público y ejecutantes.

La comisión, en el plazo de un año, de más de dos infracciones calificadas como leves por resolución firme en vía administrativa.

No colaborar en el ejercicio de las funciones de inspección.

Las certificaciones, verificaciones, inspecciones y controles efectuados por las entidades de certificación de conformidad municipal de forma incompleta o con resultados inexactos por una insuficiente constatación de los hechos o la deficiente aplicación de normas técnicas o reglamentarias.

El incumplimiento de las prescripciones dictadas por la autoridad competente en cuestiones de seguridad, higiene y medio relacionadas con la ley y las normas que la desarrollen.

Las infracciones graves podrán ser sancionadas alternativa o acumulativamente en los términos previstos salvo que resultasen incompatibles con:

- a) Multa de 300,52 a 30.050,61 euros.
- b) Suspensión o prohibición de la actividad por un periodo máximo de un año.
- c) Clausura del local o establecimiento por un periodo máximo de un año.

d) Retirada de la autorización de entidad de certificación de conformidad municipal por un periodo máximo de un año.

### 6.1.3 Infracciones leves

Se consideran infracciones leves las siguientes:

La no comunicación a la Administración competente de los cambios de titularidad de las actividades reguladas en esta ley.

La inexactitud, falsedad u omisión, en cualquier dato o documento que acompaña o consta en la comunicación previa cuando no tuviera carácter esencial.

Cualquier otra acción que constituya incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley o vulneración de las prohibiciones en ella contempladas, cuando no proceda su calificación como infracción muy grave o grave.

Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 300,51 euros.

### 6.1.4 Responsables

Se considera responsables de las infracciones reguladas en la ley las personas físicas o jurídicas que incurran en las faltas tipificadas y, a tal efecto, los titulares de los establecimientos públicos e instalaciones, los organizadores de espectáculos públicos y actividades recreativas y, en su caso, los técnicos redactores del proyecto o de los certificados técnicos serán sancionados como responsables por los hechos que constituyan infracciones administrativas. En caso de existir una pluralidad de responsables a título individual, si no fuera posible determinar el grado de participación de cada uno en la realización de la infracción, responderán de forma solidaria.

Regap



ESTUDIOS

## 7 Las formas de intervención en el ámbito urbanístico en la normativa de Galicia

### 7.1 La situación anterior a la ley y su reforma

La Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (LOUGA), establecía una regulación de las licencias de obra que había permanecido invariable desde su aprobación y que era la tradicional en el derecho urbanístico español y, desde luego en Galicia, prácticamente desde la Ley del suelo de 1956<sup>23</sup>. Ese régimen descansaba en dos premisas:

<sup>23</sup> Disponía el artículo 165 de la Ley de 12 de mayo de 1956, sobre régimen del suelo y ordenación urbana:

- «1. Estarán sujetas a previa licencia, a los efectos de esta ley, las parcelaciones y reparcelaciones urbanas, los movimientos de tierras, las obras de nueva planta, modificación de estructura o aspecto exterior de las existentes, la primera utilización de los edificios y la modificación objetiva del uso de los mismos, la demolición de construcciones, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública y los demás actos que señalen los planes.
2. El procedimiento y condiciones de otorgamiento de las licencias se ajustará en todo caso a lo prevenido en el Reglamento de servicios de las entidades locales.»

a) El sometimiento a licencia previa de todo acto de uso de suelo.

b) La distinción entre obra mayor y menor a los efectos, no de la exigencia de licencia, que ambas la precisan, sino de la presentación de proyecto técnico.

La LOUGA define las obras menores (artículo 195.3) como aquellas obras e instalaciones de técnica simple y escasa entidad constructiva y económica que no supongan alteración del volumen, del uso, de las instalaciones y servicios de uso común o del número de viviendas y locales, ni afecten al diseño exterior, la cimentación, la estructura o las condiciones de habitabilidad o seguridad de los edificios o instalaciones de toda clase; para tales obras no es necesaria la redacción de proyecto técnico ni su presentación ante la Administración municipal. A diferencia de las obras menores, que se definen por sí mismas, las obras mayores lo hacen por contraposición: son todos los actos de uso de suelo que no tengan la naturaleza de obra menor necesitando proyecto técnico en todo caso. Como hemos dicho, unas y otras precisaban de licencia.

La LECEG modifica la LOUGA de forma que la licencia previa no es la única forma de intervención en la edificación y uso del suelo introduciendo la comunicación previa. El sometimiento a licencia pasa a ser por lista tasada y todo lo que no esté sometido a licencia lo está a comunicación previa. Así, son actos precisados de licencia, los siguientes:

a) Los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo que, conforme a la normativa general de ordenación de la edificación, precisen de proyecto de obras de edificación. Las obras de edificación que precisen de proyecto según el artículo 2.2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación:

1. Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

2. Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

3. Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico, y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

4. Las intervenciones en edificios declarados bienes de interés cultural o catalogados por sus singulares características o valores culturales, históricos, artísticos, arquitectónicos o paisajísticos.

---

El Reglamento de servicios de las entidades locales fue aprobado poco después que la Ley del suelo, el 17 de junio de 1955, y aún está en vigor, como nos recuerda el RD 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de servicios de las corporaciones locales.

- b) Las intervenciones en edificios declarados bienes de interés cultural o catalogados por sus singulares características o valores culturales, históricos, artísticos, arquitectónicos o paisajísticos.
- c) Las demoliciones.
- d) Los muros de contención de tierras.
- e) Los grandes movimientos de tierras y las explanaciones.
- f) Las parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación urbanística.
- g) La primera ocupación de los edificios.
- h) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes.
- i) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público.

En definitiva, los actos de uso de suelo que precisan de licencia urbanística previa tras la entrada en vigor de la LECEG son básicamente aquellos para los que la LOE exige proyecto y los que necesitan acto expreso de aprobación según el artículo 11.4 del texto refundido de la Ley del suelo y rehabilitación urbana, aprobado por el Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre. No se modificó la diferenciación entre obras mayores y menores, ni la exigencia de proyecto técnico para aquéllas. En consecuencia, existirán obras mayores precisadas de proyecto según la LOUGA que no lo precisarían según la LOE y que estarán sujetas al régimen de comunicación previa. A continuación se resume en un cuadro la situación antes y después de la entrada en vigor de la LECEG sobre las obras de edificación.

TIPO DE OBRA DE EDIFICACIÓN	CARACTERÍSTICAS	HASTA LA LEY 9/2013	LEY 9/2013
<b>OBRAS MENORES</b>	Obras e instalaciones de técnica simple y escasa entidad constructiva y económica.	LICENCIA	COMUNICACIÓN PREVIA
<b>OBRAS MAYORES (proyecto)</b>	Edificaciones según el artículo 2 de la Ley de ordenación de la edificación: nueva edificación, intervención total o parcial en elementos catalogados.	LICENCIA	LICENCIA
	Resto de obras mayores.	LICENCIA	COMUNICACIÓN PREVIA

## 7.2 La comunicación previa urbanística

Sustituye a las licencias de obra en los supuestos en que no se exija licencia previa, tengan o no por objeto implantar una actividad. En este último caso, la documentación relativa a la actividad se presentará con la comunicación previa urbanística. Al haber finalizado la obra, se presentará comunicación previa para el inicio de la actividad. Se acompañará:

- a) Descripción suficiente de las características del acto de que se trate.



- b) Justificante de pago de los tributos municipales.
- c) En su caso, proyecto técnico exigible legalmente y declaración del técnico o técnicos facultativos que autoricen el proyecto de que este cumple en todos sus extremos con la ordenación urbanística de aplicación.
- d) Copia de las restantes autorizaciones y, en su caso, concesiones administrativas cuando fueran legalmente exigibles al solicitante, o acreditación de haberse solicitado su otorgamiento.
- e) Documento de evaluación ambiental, en caso de requerirla el uso al que vayan destinadas las obras.
- f) Copia de la autorización o dictamen ambiental, así como de las restantes autorizaciones, concesiones o informes sectoriales cuando fueran exigibles.

### 7.2.1 Plazo y procedimiento

Se presentará quince días hábiles antes del inicio de la obra. Dentro de los quince días hábiles siguientes a la comunicación, el Ayuntamiento, sin perjuicio de la comprobación del cumplimiento de los requisitos, podrá declarar completa la documentación presentada o requerir la subsanación de las deficiencias que posea la documentación, adoptando en este caso motivadamente las medidas provisionales que entienda oportunas para evitar toda alteración de la realidad en contra de la ordenación urbanística aplicable, comunicándolas a la persona interesada por cualquier medio que permita acreditar su recepción.

El Ayuntamiento deberá dictar la orden de ejecución que proceda para garantizar la plena adecuación del acto o actos a la ordenación urbanística dentro de los quince días siguientes a la adopción de cualquier medida provisional. La orden que se dicte surtirá los efectos propios de la licencia urbanística.

Este intervalo de quince días que media entre la presentación y el inicio de la obra, introduce una disfunción en el funcionamiento de la comunicación previa, ya que un exceso de celo por parte de la autoridad municipal en la revisión de la documentación o el abuso del trámite de subsanación de deficiencias puede conducir a que, de hecho, se esté ante una intervención municipal previa o una autorización encubierta. Este intervalo de quince días se aparta del régimen general que la propia LECEG establece para las comunicaciones previas al ejercicio de actividades. El proyecto de ley remitido al Parlamento<sup>24</sup> preveía ese intervalo de quince días tanto para la comunicación previa urbanística como para la de actividades y, durante la tramitación parlamentaria, se eliminó para éstas y no para aquéllas, por lo que el régimen homogéneo entre una y otra dejó de serlo. En todo caso, este periodo de quince días no es un plazo en el que obligatoriamente la Administración deba realizar en todos los casos un examen de la comunicación previa aportada ni examinar el cumplimiento de los requisitos de fondo. La ley indica que dentro de ese plazo, y sin perjuicio del control posterior, el Ayuntamiento podrá declarar completa la documentación presentada o requerir la subsanación de las deficiencias que presente la documentación.

---

<sup>24</sup> El proyecto de ley fue publicado en el *Boletín Oficial del Parlamento de Galicia*, número 151, de 3 de septiembre de 2013.

## 7.2.2 Efectos

Transcurrido el plazo de quince días, la presentación de la comunicación previa cumpliendo con todos los requisitos exigidos constituye título habilitante para el inicio de los actos de uso del suelo y del subsuelo sujetos a ella, sin perjuicio de las posteriores facultades de comprobación, control e inspección por parte del Ayuntamiento respectivo.

La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se aporta o incorpora a la comunicación previa comporta, tras la audiencia de la persona interesada, la declaración de ineficacia de la comunicación efectuada e impide el ejercicio del derecho o de la actividad afectada desde el momento en que se conoce, sin perjuicio de las sanciones que proceda imponer por tales hechos.

La resolución administrativa que constata tales actuaciones comportará el inicio de las correspondientes actuaciones y la exigencia de responsabilidades, y podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento durante un periodo de tiempo determinado entre tres meses y un año.

## 7.3 Pluralidad de actuaciones y responsabilidad

Cuando hayan de realizarse diversas actuaciones relacionadas con la misma edificación o inmueble, se presentará una única comunicación previa.

La comunicación previa presentada para los actos de uso del suelo sujetos a ella implica la responsabilidad solidaria de quien promueve las obras, de quien ostenta la propiedad de los terrenos, o los empresarios de las obras, de los técnicos redactores del proyecto y directores de las obras y de su ejecución, respecto a la conformidad de las obras con la ordenación urbanística de aplicación y su adecuación al proyecto presentado.

## 7.4 Exención de licencia

Es preciso tener en cuenta que existen supuestos en los que tanto la LOUGA como la LECEG sometan a previa licencia municipal, pero esta sea concurrente con una autorización de la Administración autonómica, ya que tal y como exige el artículo 84.bis 3 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, en la redacción introducida por la Ley 2/2011 de economía sostenible, caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una entidad local y otra Administración, la entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente. Es el caso, entre otros, de las siguientes:

- Actos de uso del suelo previstos en un proyecto sectorial. En tales casos la propia naturaleza supramunicipal del proyecto y su contenido, que no es otro que regular la implantación de una dotación o infraestructura, hacen innecesaria y redundante una posterior licencia municipal de obras. Carece de sentido alguno comprobar la conformidad de un proyecto sectorial con la normativa o el planeamiento urbanístico cuando la propia legislación de



ordenación del territorio establece que prevalecerán sobre el planeamiento municipal.<sup>25</sup> En este sentido, el interés general cubierto por la licencia municipal está ya garantizado por la Administración de la Comunidad Autónoma, que ya habrá dado trámite de audiencia al Ayuntamiento respectivo, tal como ordenan tanto la Ley de ordenación del territorio como el Decreto 80/2000, de 23 de marzo, por el que se regulan los planes y proyectos sectoriales de incidencia supramunicipal, que prevén el trámite de informe municipal.

- A tenor de la disposición adicional cuarta del Texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de política industrial, aprobado por el Decreto legislativo 1/2015, de 12 de febrero, están exentos de actividad o funcionamiento y también de licencia urbanística los actos de uso del suelo o del subsuelo incluidos en las resoluciones de otorgamiento de derechos mineros y en los proyectos o instalaciones de producción, transporte y distribución de energía eléctrica o de gas para cuya autorización o concesión sea competente la Xunta de Galicia, cuando en el procedimiento de autorización o en el de su evaluación ambiental esté previsto el trámite de audiencia al Ayuntamiento o informe municipal y el proyecto o instalación sean compatibles con el planeamiento y la normativa urbanísticos.

En tales casos, obtenida la autorización o concesión, la persona titular de la instalación o concesión presentará la comunicación previa prevista en la normativa urbanística y en la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia.

## 7.5 Control posterior

Dentro de sus competencias, la Xunta de Galicia y los ayuntamientos quedan facultados para la comprobación, inspección, sanción y demás medidas de control que garanticen que el ejercicio de la actividad o la ejecución de la obra o instalación se adecuan a la normativa vigente. Los ayuntamientos pueden adoptar, en cualquier caso, medidas cautelares cuando se den motivos de urgencia o gravedad.

Los interesados pueden solicitar la realización de una inspección de comprobación del local o establecimiento, que tendrá por objeto la adecuación del mismo a la normativa de aplicación y el cumplimiento de las condiciones legales y técnicas de la actividad.

## 8 Las entidades colaboradoras de la Administración

Las empresas y los particulares desarrollan actividades sociales y económicas. La intervención pública de las mismas se enmarca en lo que el derecho administrativo, en la tradicional división tripartita de Jordana de Pozas, se denomina “policía” y que enmarca toda la actividad administrativa precisa para evitar que la actividad privada atente contra el orden o los intereses públicos.

Esta relación del Estado con el sector privado se ha modificado desde las dos últimas décadas del siglo XX. Sectores económicos se liberalizaron y se abrieron a la competencia y, con

---

<sup>25</sup> El artículo 24, “Eficacia” de la Ley 10/1995, de noviembre, de ordenación del territorio de Galicia, dispone que: «Las determinaciones contenidas en los planes y proyectos sectoriales de incidencia supramunicipal vincularán el planeamiento del ente o entes locales en que se asienten dichos planes o proyectos, que habrán de adaptarse a ellas dentro de los plazos que a tal efecto determinen.»

ello, servicios públicos de carácter económico pasan al sector privado ya como actividades económicas de interés general. La Administración ya no presta el servicio pero sí asegura, mediante una regulación adecuada, que tales prestaciones se mantengan. MUÑOZ MACHADO<sup>26</sup> subraya “*la aparatosa retirada del Estado*” de la gestión de algunos servicios públicos importantes. No obstante, añade que tampoco debe entenderse como una eliminación total de los mismos, porque se han mantenido todos los vinculados a las prerrogativas del poder público y los fundados en criterios sociales y de la solidaridad; por tanto, todas las técnicas e instituciones vinculadas a la organización y funcionamiento de los servicios públicos siguen estando presentes en la actualidad.

Ese cambio de paradigma de la posición del Estado en relación con los servicios públicos de prestador a regulador implica también el desarrollo de una supervisión continua, adoptando normativa por la que se establecen los requisitos de ejercicio de la actividad o servicio así como verificando y controlando el cumplimiento de los mismos<sup>27</sup>. Cuando para esa verificación y control es preciso personal especializado y material técnico que la Administración no posee, recurre a un tercero, mediante una técnica que ÁLVAREZ GARCÍA<sup>28</sup> ha denominado “certificación por tercera parte” y que es realizada por entidades privadas: cuando la actividad de control del cumplimiento de la normativa técnica es realizada no por la Administración pública directamente sino por entidades o agentes externos a ella, públicos o privados, pero en todo caso con personalidad jurídica propia e independientes, nos encontramos ante la técnica de certificación por tercera parte propiamente dicha.

La participación de agentes socioeconómicos en el ejercicio de actividades que corresponden a la Administración ha sido un fenómeno generalizado en toda Europa en dos ámbitos fundamentalmente técnicos: calidad en la fabricación de los productos y seguridad industrial. Desde una perspectiva básica, los sujetos privados elaboran normas técnicas industriales –normalización industrial– que el mercado transforma en obligatorias, pero también realizan controles evaluando la conformidad de un producto o de una empresa por una norma técnica.<sup>29</sup>

Este control o evaluación de conformidad de un producto o de una empresa con una norma técnica recibe genéricamente el nombre de certificación, que consiste en acreditar mediante la emisión de un documento que un determinado producto o una determinada empresa cumplen con los requisitos o exigencias definidos por la norma técnica de aplicación a uno u otra. Una tercera actividad, además de la normalización y certificación, encomendada a empresas privadas es la acreditación, reconocimiento formal de la competencia técnica de una entidad para certificar, inspeccionar o auditar la calidad de los productos.

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

27 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, tomo IV: la actividad administrativa, cit.*, p. 501, habla de una verdadera función regulatoria del Estado en la que la regulación no sería un concepto equivalente al de reglamentación, sino que ésta sería un instrumento de la función regulatoria, siendo la verificación y el control los otros instrumentos de que se vale dicha 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 y ss.

29 ÁLVAREZ GARCÍA, V., “El control de la aplicación de la normativa técnica: acreditación, certificación y marcas de conformidad”, *cit.*, pp. 207 y ss., señala que la colaboración más intensa de los agentes privados, al menos desde el punto de vista cuantitativo en la protección de la seguridad y la calidad industrial, tiene lugar en el ámbito del control. Los poderes públicos han ido renunciando a la realización de estos controles en casi todos los ámbitos. Los sujetos privados pueden evaluar, por tanto, la conformidad de un producto o de una empresa con una norma técnica.

Normalización, certificación y acreditación son las técnicas de protección de la seguridad y de la calidad industrial, y las personas privadas que realizan tales tareas son las denominadas originalmente, y de una manera genérica, entidades colaboradoras de la Administración, nacidas para operar en ámbitos en los que el desarrollo tecnológico es el imperante, careciendo la Administración de medios técnicos y humanos adecuados o sobre los que la regulación técnica es de base privada y asumida por los operadores. La propia exposición de motivos de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria, es clarificadora a este respecto: «*En el campo de la seguridad industrial tienen un relieve especial las disposiciones referentes a normalización, homologación y certificación; el gran incremento y complejidad de las mismas, en todos los países industrializados, ha supuesto que estas funciones hayan pasado en gran parte a ser desarrolladas por entidades colaboradoras de las administraciones públicas y laboratorios privados.*» Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la Administración pública recurre a los particulares porque mediante sus propios medios materiales y personales se ve incapaz de prestar, con la eficacia requerida, determinadas funciones.<sup>30</sup>

Es precisamente el cambio de paradigma al que hemos hecho referencia lo que ha llevado a extender el ámbito original de actuación de tales entidades colaboradoras a otros sectores, en primer término en la auditoría y gestión ambiental, pero también en la disciplina urbanística<sup>31</sup>, así como en otros ámbitos en los que la Administración pública ha pasado de realizar una función gestora a una función reguladora, correspondiendo el control previo del cumplimiento de la normativa a entidades privadas colaboradoras de la Administración.

## 9 Concepto y caracterización

La colaboración de personas físicas o jurídicas en el ejercicio de funciones públicas es el concepto o idea básica sobre la que nuclear el estudio de las denominadas entidades colaboradoras de la Administración. A pesar de la trascendencia de las funciones que tienen encomendadas y de su progresiva expansión en diferentes ámbitos, no existe una regulación general en todo el Estado de las entidades colaboradoras de la Administración. Existen regulaciones parciales en los sectores en los que actúan (seguridad industrial, medio ambiente o urbanismo) y también la Comunidad Autónoma de Cataluña ha legislado sobre las entidades colaboradoras de la Administración regulando con carácter general su régimen jurídico<sup>32</sup>. Hemos de dejar sentado que, con la mencionada excepción catalana, las entidades colaboradoras de la Administración son previstas y reguladas por la normativa sectorial del ámbito en el que actúan y que es enormemente diverso: industria, medio ambiente, sanidad, seguridad alimentaria, calidad, etc. Y que en tales sectores, bien por ostentar una competencia exclusiva, bien por tener competencias de desarrollo o ejecución de la normativa estatal, son las

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

31 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, tomo IV: La actividad administrativa, cit.*, p. 717: «*La utilización de entidades colaboradoras para el ejercicio de las competencias municipales en materia de otorgamiento de licencias es un ejemplo excelente para explicar la progresión de esta clase de técnicas y su importancia actual.*»

32 La Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña dedica todo un capítulo (capítulo II, artículos 91 a 101) de su título VII (Potestades de inspección y control) para regular el régimen jurídico de las entidades colaboradoras, previendo con carácter general que las administraciones públicas de Cataluña pueden encomendar el ejercicio de funciones de inspección y control a entidades colaboradoras debidamente habilitadas en los términos establecidos por la ley y por la normativa sectorial.

comunidades autónomas las que han regulado la intervención de las entidades colaboradoras en los respectivos ámbitos de actuación.

En una primera aproximación, en el ejercicio de funciones públicas colaboran multitud de entidades privadas en diversos campos de actuación: existen entidades colaboradoras de la gestión urbanística (reguladas en el Reglamento de gestión urbanística, RD 3288/1978, de 25 de agosto); entidades colaboradoras de la Seguridad Social (mutuas de accidentes de trabajo); y en materia de recaudación y gestión tributaria (entidades financieras, cajas de ahorro y cooperativas de crédito). Pero ninguna de ellas realiza ni participa de una *función pública soberana*<sup>33</sup> como es el control, la inspección o certificación del cumplimiento de la legalidad vigente. La inspección administrativa forma parte de la tradicional función pública de policía y conlleva el ejercicio de autoridad, de potestad pública, que tiene por objeto la comprobación de una determinada realidad fáctica que debe ponerse en relación, ser contrastada, con la normativa jurídica de aplicación. Son, en consecuencia, las entidades privadas que realizan tales tareas las que denomina la doctrina entidades privadas colaboradoras de la Administración.<sup>34</sup>

## 9.1. Entidades privadas

Se trata de entidades jurídico-privadas. A ello no obsta que existan administraciones públicas que constituyan empresas de capital exclusiva o mayoritariamente público para realizar funciones de control, inspección o verificación escapando de las rigideces del derecho administrativo.<sup>35</sup> Pero sí quedarían excluidos todos los casos de colaboración interadministrativa en cualquiera de sus formas, inclusive cuando se trate de entidades públicas o corporaciones de derecho público.

Lo que resulta relevante a estos efectos es constatar que no es la Administración pública la que a través de sus órganos realiza la actividad, sino que opta por una de las múltiples modalidades de personificación jurídico-privada para realizarla y que se trata de que la entidad tenga personalidad jurídica propia. Ello tiene como consecuencia tanto la existencia de un ánimo de lucro como que se trate de una actividad permanente, no ocasional.

El Consello Consultivo de Galicia<sup>36</sup> en su Dictamen 20/2011 puso de manifiesto que a los efectos de la regulación de las entidades colaboradoras no es necesario distinguir entre públicas y privadas. Primero, porque se trata de una distinción *perturbadora* y, en segundo término, porque la norma legal que el decreto venía a desarrollar había eliminado ya esa

33 El Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de octubre de 1997 (Sala de lo C.A. Sección 3ª, Recurso 5751/1993) con ocasión de examinar la concesión administrativa para la prestación de la inspección técnica de vehículos indica: «*La inspección técnica de vehículos, en cuanto que es un medio para lograr aquella finalidad, participa de la naturaleza de función pública y corresponde ejercerla al Estado -en sentido amplio- por razón de su soberanía. No se trata de una actividad de servicio público dirigida a proporcionar prestaciones a los ciudadanos, ya sean asistenciales o económicas, sino de una función pública soberana. Si bien tradicionalmente, estas funciones, a diferencia de los servicios públicos, eran ejercidas por la Administración, lo cierto es, como se ha preocupado de poner de manifiesto la doctrina, que el orden público se encuentra en proceso de privatización ante la impotencia de aquélla para una gestión eficaz de las funciones soberanas, acudiendo con frecuencia a la colaboración de la empresa privada.*»

34 GALÁN GALÁN, A. y PRIETO ROMERO, C., *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, cit., pp. 29 y ss., y 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 y ss.

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

36 Dictamen del Consello Consultivo de Galicia 20/2011, de 10 de marzo de 2011, al proyecto de decreto por el que se regula la actuación de los organismos de control en materia de seguridad industrial de la Comunidad Autónoma de Galicia.

distinción. Efectivamente, el artículo 15 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria, al regular los organismos de control, los define como personas naturales o jurídicas con capacidad de obrar que dispongan de los medios técnicos, materiales y humanos e imparcialidad necesarios para realizar su cometido y que cumplan las disposiciones técnicas que se dicten con carácter estatal a fin de su reconocimiento en el ámbito de la Unión Europea.

## 9.2 Colaboración con la Administración

### 9.2.1 Contenido de la colaboración

PADRÓS REIG<sup>37</sup> se refiere a la existencia de un nuevo modelo preventivo de Administración, que identifica como *modelo alemán* frente al clásico modelo reactivo o *modelo francés*, y supone una ampliación de concepto tradicional de policía administrativa, que pasa de ser represiva a preventiva, mucho más flexible. Es en este contexto donde se sitúa la actividad de las entidades colaboradoras de la Administración, que el citado autor califica como la *Administración invisible*, en la que es efectuada por entidades privadas una inspección reglamentaria obligatoria puramente administrativa.

Las actuaciones consisten en comprobaciones, verificaciones, inspecciones y en la constatación del resultado de las actuaciones mediante actas, informes o certificaciones emitidos por el personal técnico; todas ellas son reflejo de una función pública y comportan ejercicio de autoridad y así lo considera unánimemente la doctrina, como señala CANALS AMETLLER.<sup>38</sup>

Su actividad es exclusivamente técnica, se realiza bajo su responsabilidad, lo que acarrea la obligatoriedad de suscribir pólizas de seguro, y está sometida, a su vez, al control de la Administración competente, que será la que la ha autorizado, regulado o acreditado.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de noviembre de 2000 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, Recurso 6862/1993), con ocasión de analizar la inscripción de una entidad de inspección y control reglamentario en materia de industria, señaló:

*«La respuesta a este motivo exige determinar previamente la naturaleza de la relación jurídica que se establecía entre la Administración y las entidades de inspección y control reglamentario reguladas por el Real decreto 1407/1987. A tenor de su artículo 1, las competencias administrativas en materia de vigilancia del cumplimiento de la legislación sobre seguridad industrial (a excepción de la seguridad minera, la del medio ambiente industrial y de las inspecciones técnicas de vehículos) podían ser ejercitadas o bien directamente por los poderes públicos o bien “exigiendo a los interesados que presenten los documentos acreditativos del cumplimiento reglamentario correspondiente expedidos por una entidad de inspección y control reglamentario”. La acreditación expedida, a estos efectos, por una de dichas entidades no excluía, sin embargo, la posible verificación por la Administración pública del cumplimiento de los requisitos exigibles en materia de seguridad industrial (artículo 2.1). Esta modalidad de encomienda a entidades privadas de un papel relevante en el ejercicio*

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. y Prieto Romero, C. (coords.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010, p. 27.

*de funciones genuinamente público-administrativas, como son las relativas a la inspección y control de la seguridad industrial, si no llegaba a conferirles la plenitud de la potestad de certificar el efectivo cumplimiento de los requisitos de seguridad industrial (pues, según hemos visto, la Administración se reservaba la última palabra incluso en ese terreno) sí colocaba a aquellas entidades en una relación especial con la Administración presidida por la utilización de la técnica autorizatoria. En efecto, a la “autorización” se refieren, entre otros, los artículos del Real decreto 1407/1987 números 4 (“las entidades que sean autorizadas [...] esta autorización podrá quedar limitada a [...]”), 6 (“las entidades autorizadas para actuar en más de una Comunidad Autónoma [...]”) y 17 (“el incumplimiento de las obligaciones [...] dará lugar a que [...] se acuerde la suspensión temporal de la autorización otorgada”).*

*Las entidades obtenían, pues, una autorización para colaborar con la Administración – en los términos ya expresados– tras el reconocimiento administrativo de que ellas mismas cumplían los requisitos objetivos que la norma (artículo 8 del Real decreto 1407/1987) exigía en orden a su idoneidad; requisitos de competencia, imparcialidad, solvencia, medios humanos y técnicos que condicionaban la inscripción en el registro correspondiente como medio público mediante el que se expresaba la respuesta administrativa a su voluntaria solicitud. Requisitos que, a su vez, vienen justificados por la importancia de la actividad certificante en relación con la magnitud de los riesgos potenciales que para toda la colectividad suponen las actividades industriales.*

*La utilización de la técnica autorizatoria en relación con la encomienda a estas entidades privadas de determinadas funciones de carácter certificante cuyo ejercicio podía tener, respecto de los terceros inspeccionados o controlados, una inmediata eficacia jurídico-administrativa en el ámbito de la seguridad industrial (funciones que, por lo demás, “compartían” con las directamente ejercitables por la Administración controlante, desde el momento en que ésta se reservaba el derecho de no reconocer aquella eficacia jurídica externa e imponer sus propias decisiones en materia de verificación del cumplimiento de requisitos de seguridad), no encaja en el ámbito de las relaciones contractuales para cuya formalización las personas jurídicas debían ostentar la capacidad y no incurrir en las prohibiciones e incompatibilidades previstas por el artículo 9 de la Ley de contratos del Estado de 1965.*

*En efecto, no nos encontramos en presencia de un régimen concesional ni de cualquier otro en que haya unas relaciones bilaterales de naturaleza contractual, a diferencia de lo que ocurría respecto de las estaciones de inspección técnica de vehículos reguladas por el Real decreto 1987/1985, de 24 de septiembre, cuyo artículo 2 adoptaba expresamente el mecanismo concesional».*

Nos hallamos, en consecuencia, con entidades autorizadas para realizar funciones de colaboración administrativa previo reconocimiento de su competencia, imparcialidad, solvencia y medios. La Administración, dependiendo de la previsión legal, podrá o no conferirles la plenitud de la potestad de certificar el efectivo cumplimiento de los requisitos de seguridad.

## 9.2.2 El problema del ejercicio de funciones públicas

Las normas sectoriales atribuyen, en su respectivo ámbito material, las funciones de inspección y control en principio reservados a la Administración pública. Habrá que estar a lo dispuesto en la normativa específica para delimitar el alcance de tales funciones de tal forma que, si

Regap



ESTUDIOS

así se prevé, podrán incluso ejercer funciones públicas de control e inspección orientadas a velar por la legalidad vigente a través del control del cumplimiento de los requisitos establecidos normativamente.<sup>39</sup>

Las potestades de inspección son poderes propios de las administraciones públicas, tal y como resulta del artículo 39 “Colaboración ciudadana” de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), que obliga a los ciudadanos a someterse a las inspecciones e investigaciones de la Administración sólo en los casos previstos por la ley.

GONZÁLEZ NAVARRO<sup>40</sup>, en sus comentarios al artículo 39 LRJPAC, señala que la expresión “colaboración ciudadana” es de una notable amplitud y excede la obligación de facilitar informes o inspecciones, que es a lo que se limita el artículo, por lo demás, y a su entender, una norma incompleta porque proclama un deber, pero ni determina las consecuencias del incumplimiento, ni articula un procedimiento para hacerlo efectivo. Para el citado autor, el precepto designa variadas formas de colaboración, no sólo formal, sino también material y, desde luego, la colaboración permanente y retribuida que, como ya sabemos, es una característica de las entidades privadas de colaboración.

Incompleto o no, el artículo 39 LRJPAC contiene una clara reserva de ley para el otorgamiento de la potestad de inspección y control y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina. CANALS I AMETLLER<sup>41</sup> entiende que la Administración no puede acordar libremente la atribución de funciones públicas a las entidades colaboradoras, porque se trata de competencias propias atribuidas por la ley y concluye que debe ser la ley la que atribuya el traslado de funciones públicas a organizaciones privadas con la importante excepción de las entidades locales que analizaremos en el apartado siguiente.

Por el contrario, PRIETO ROMERO<sup>42</sup> entiende que la colaboración de entidades privadas en el ejercicio de funciones públicas no es materia reservada a la ley. Invoca para ello que la jurisprudencia no ha exigido esa habilitación legal y cita la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) número 243/1994, de 21 de julio, sobre el real decreto que regulaba los organismos de control en materia de industria y que efectivamente concluye que «no cabe, por tanto, negar al Estado la posibilidad de que, en ejercicio de sus funciones normativas en la materia de seguridad industrial, regule las referidas características con relieve externo de las entidades colaboradoras de inspección y control». Señala el indicado autor que el TC no sólo no invoca la necesidad de regular la materia con norma de rango de ley, sino que *obiter dicta* apunta que la decisión puede adoptarla con una norma de carácter organizativo, por lo que al tribunal no le plantea problema alguna la regulación mediante norma reglamentaria. A ello debemos objetar que el Tribunal no hace pronunciamiento alguno sobre la reserva de ley en materia

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. 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, 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. y Prieto Romero, C. (coords.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010, pp. 283 y ss.

de atribución de funciones de la Administración a las entidades colaboradoras, extremo éste que no fue objeto de debate ni podía serlo puesto que se trataba, no de un recurso de inconstitucionalidad<sup>43</sup>, sino de un conflicto de competencias planteado por la Generalitat de Cataluña al amparo del artículo 63 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en el que se discutía únicamente –por razón del proceso– la competencia del Estado para dictar la norma y la vulneración o no de competencias autonómicas.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que PRIETO ROMERO invoca para sostener su tesis, efectivamente valida la competencia de las entidades locales para, mediante ordenanza, regular sus entidades colaboradoras, lo que analizaremos seguidamente.

### 9.2.3 La autonomía local y la atribución de funciones públicas por las entidades locales

La autonomía local garantizada por el artículo 137 de la Constitución atribuye a las entidades locales el ejercicio de poderes, entre ellos la potestad de ordenanza. MUÑOZ MACHADO<sup>44</sup>, al que seguiremos en este apartado, se refiere al poder normativo local, indicando que la autonomía local no es sólo una fórmula de organización para atender los propios intereses, también es una forma de limitar el poder del Estado. Nadie discute el poder normativo de las comunidades autónomas, pero doctrina y jurisprudencia, según el indicado autor, flaquean a la hora de decidir si la ley es la norma habilitante de la ordenanza local o lo es directamente la Constitución; en qué medida puede la ley constreñir o limitar el poder de ordenanza, etc. Es indudable la necesidad de reconocer que las ordenanzas locales pueden ser innovativas basándonos en la amplia potestad concedida a los municipios para la gestión de sus respectivos intereses, que poco se parece a la potestad reglamentaria que necesita una habilitación. Y que los órganos –los plenos municipales– que aprueban tales ordenanzas tienen carácter representativo y democrático, lo que también los diferencia de la Administración del Estado o de las comunidades autónomas. No es posible equiparar a la ordenanza con la Ley, pero el poder normativo local no es equiparable exactamente a la potestad reglamentaria estatal o autonómica. Las ordenanzas locales ocupan, a veces, contenidos propios de las regulaciones legales en cuanto puedan intervenir en materias reservadas a la ley. Continúa MUÑOZ MACHADO señalando que la reserva de ley no puede entenderse de forma que la potestad normativa local quede privada de capacidad normativa o creativa de normas. Se trata de un tema complejo, no pacífico en la doctrina y que excede el contenido del presente trabajo. Pero concluimos con MUÑOZ MACHADO que las entidades locales no precisan inexorablemente de una habilitación legal específica para aprobar disposiciones reglamentarias, ni la función de éstas queda constreñida a la mera complementación de lo dispuesto en las leyes. En otras palabras, como señala CANALS I AMETLLER<sup>45</sup>, la autonomía política y jurídica de los entes locales explica que su vinculación a la Constitución y a la ley sea negativa (hacer todo lo que no está prohibido) en vez de positiva (hacer solo aquello a lo que se está expresamente habilitado) por lo que, para que pueda disponer la ordenanza la atribución de funciones públicas a las entidades colaboradoras, no sería precisa la existencia de una previa

43 De imposible planteamiento por lo demás, puesto que lo que estaba en cuestión era un reglamento y no una ley, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley, que son el objeto del recurso de inconstitucionalidad *ex art.* 31 Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del 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.

habilitación legal expresa, sino que resultaría suficiente la no prohibición legal, esto es, la contradicción con lo dicho por la ley.

Esa es, por otra parte, la tesis de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, núm. 4597/2007, de 26 de junio de 2007) sobre la ordenanza que regulaba la inspección técnica de edificaciones del Ayuntamiento de Madrid, mediante la cual los propietarios del edificio que supere una antigüedad determinada, deberán contratar a un técnico independiente o entidad de inspección técnica homologada, a fin de que emita un informe, en el que establezca el estado de conservación del mismo, y si es preciso o no realizar obras de conservación/rehabilitación, lo que se pondrá en conocimiento del Ayuntamiento respectivo.<sup>46</sup>

### 9.3 Principios de la actuación de las entidades colaboradoras

La normativa sectorial (industria, medio ambiente, urbanismo, etc.) establece una serie de requisitos orientados a garantizar la objetividad de la intervención de las entidades colaboradoras, la seguridad jurídica de los interesados, así como la salvaguarda del interés público. Se trata del cumplimiento de las condiciones de autorización, confidencialidad, imparcialidad e independencia, incompatibilidad y solvencia técnica y financiera.

Deberán, en primer lugar, cumplir las condiciones que sirvieron de base a su acreditación y autorización, a cuyo efecto deberá obtener con carácter anual un informe que confirme dichos extremos, emitido por la entidad de acreditación que lo haya acreditado.

Tienen obligación de guardar la confidencialidad de la información obtenida durante el desempeño de sus actividades para garantizar el secreto comercial, los derechos fundamentales a la intimidad o a la propia imagen o los derivados de la protección de datos de carácter personal.

Respecto de sus actuaciones frente a los interesados y terceros, deben actuar con imparcialidad e independencia para garantizar de esta manera la objetividad de sus actuaciones y que no actúan respecto a intereses de grupo.

Las actividades de la entidad y de su personal deben de respetar el principio de incompatibilidad con cualquier vinculación técnica, comercial, financiera o de cualquier otro tipo que

---

46 La sentencia señala lo siguiente: «En el primer motivo se alega la infracción de los principios constitucionales de legalidad y jerarquía normativa contemplados en los artículos 9.3, 14 y 25, en relación con los artículos 33, 53.1, 103 y 137 de la CE. Aquellos principios y estos preceptos no son infringidos por la ordenanza impugnada (salvo en lo que después se dirá), porque ésta tiene su cobertura en los artículos 181 del Texto refundido de la Ley del suelo, de 9 de abril de 1976, y 19.1 de la Ley 6/98, de 13 de abril, del régimen del suelo y valoraciones, que impone a los propietarios el deber de conservar los edificios de su propiedad en las debidas condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos. La regulación legal del deber no contempla la forma concreta de su imposición (véanse los artículos citados), pues el único precepto que la regula es de naturaleza reglamentaria (artículo 10.3 del Reglamento de disciplina urbanística, de 23 de junio de 1978), y remite a un expediente sancionador, con imposición de multa y posible ejecución subsidiaria. Resulta claro que la ordenanza (en general, los reglamentos) no podrían agravar el deber de conservación, porque ello afectaría al contenido esencial del derecho de propiedad. En consecuencia, este es el deber primario y sustancial impuesto por la ley, pero este deber incluye también el deber accesorio de demostrar su cumplimiento, pues, en efecto, cuando se trata de deberes de resultado, el deber accesorio es inherente al primero. Y la forma y modo en que el propietario demuestra que lo cumple no está regulado en la ley, ni es necesario, porque constituyen, en todo caso, aspectos accesorios que no afectan al contenido esencial del derecho de propiedad, pues el derecho de propiedad sobre el edificio es el mismo antes y después de la vigencia de la ordenanza que aquí se discute, y que se limitó a imponer el deber accesorio de demostración del cumplimiento de un deber principal, el de conservación. Existiendo este último en la ley, el Ayuntamiento está habilitado para regular mediante ordenanza ese otro deber instrumental o formal, que puede incluir, como hace la ordenanza que se impugna, el de pasar una inspección técnica (artículo 25) y el de acreditarla ante el Ayuntamiento mediante la presentación de copia del formulario de inspección (artículo 31).» (La cursiva es nuestra)

podría afectar a su independencia e influenciar el resultado de sus actividades de control reglamentario.

Deberán disponer de los recursos económicos requeridos por la normativa de aplicación que permita asegurar la continuidad de su actividad, así como disponer del personal adecuado al tipo, extensión y volumen de la actividad.

#### 9.4 Habilitación o autorización de entidades

Las entidades colaboradoras realizan una actividad económica, un servicio. Y como tal, le son de aplicación tanto la normativa europea en materia de libre prestación de servicios, singularmente la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, como la estatal que se ha dictado en su trasposición, que veremos de forma detallada más adelante. Conviene anticipar ahora que esa normativa establece como regla general que la prestación de servicios no se someterá a autorización previa salvo en determinadas excepciones suficientemente justificadas.

Y lo cierto es que, al menos hasta 2009, la mayor parte, por no decir la totalidad de la normativa sectorial, sometía a autorización administrativa el ejercicio de la actividad de la entidad colaboradora. El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) en Sentencia 4941/2011, de 29 de junio de 2011, al enjuiciar la modificación del Reglamento de la infraestructura para la calidad y seguridad industrial, que regula las entidades colaboradoras en materia de industria, plantea la cuestión en los siguientes términos:

*«5. Únicamente podrá requerirse autorización administrativa previa de la Administración competente cuando resulte obligado para el cumplimiento de obligaciones del Estado derivadas de la normativa comunitaria o de tratados y convenios internacionales.*

*El carácter general de este precepto obliga, a partir de la entrada en vigor de esta reforma, a interpretar el resto de la Ley de industria a la luz del mismo. Y esto quiere decir que, en virtud de lo dispuesto en su apartado 5, la Administración sólo podrá exigir autorización en los supuestos en los que justifique que tal exigencia resulta obligada para “el cumplimiento de obligaciones del Estado derivadas de la normativa comunitaria o de tratados y convenios internacionales.”*

*Esta interpretación es, asimismo, obligada en virtud de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (LCEur 2006, 3520), la cual ha sido transpuesta precisamente por las ya citadas Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, por las que se reforman diversas leyes para su adaptación a la anterior. Pues bien, la citada directiva condiciona en términos generales la posible supeditación del acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización a determinadas condiciones, en concreto que el régimen no sea discriminatorio para el prestador, que la necesidad de su autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general y que el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva, como lo sería un control a posteriori (artículo 9). Estas limitaciones han sido recogidas en el artículo 5 de la Ley 17/2009 y, en lo que respecta al ámbito industrial, se proyectan en el apartado 5 del artículo 4 de la Ley de industria, que establece que únicamente se puede*

Regap



ESTUDIOS

*requerir autorización administrativa previa para la prestación de servicios “cuando resulte obligado para el cumplimiento de obligaciones del Estado derivadas de la normativa comunitaria o de tratados y convenios internacionales”.*

*Todo lo anterior lleva a la conclusión ineludible de que, si el Estado español quiere establecer un régimen de autorización previa, deberá justificar la concurrencia de una razón imperiosa de interés general o, en concreto, que resulte obligado para el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias o internacionales. Justificación que podría estar en una ley o, en su defecto y siempre que la correspondiente ley sectorial lo admita, en un reglamento aprobado por la Administración.*

*Pues bien, en el supuesto que se discute, el artículo 15 de la Ley de industria, tras su reforma por la referida Ley 25/2009, mantiene en general la exigencia de autorización para los organismos de control. Pero en virtud de lo establecido en el artículo 9 de la Directiva de servicios y en consideración al principio de primacía del derecho comunitario, así como en atención a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 17/2009 y en el artículo 4 de la Ley de industria, esa exigencia legal sólo puede aplicarse, tal como se ha indicado, cuando el Estado justifique mediante ley o reglamento la concurrencia de una razón imperiosa de interés general o que resulte obligado para el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias o internacionales.*

*Sin embargo, ni la propia Ley de industria, cuyo artículo 15 se limita a prever la regla general de necesidad de autorización, ni el reglamento modificado por el Real decreto que se impugna, hacen referencia alguna a esta justificación, lo que obliga a declarar la inaplicación de la exigencia general de autorización para los organismos de control, salvo en los casos en los que se hubiera acreditado tal necesidad de autorización según los criterios antes señalados. Esto supone que, en defecto de autorización, y al margen de la obligatoriedad de acreditación, los organismos de control quedarían en cambio obligados a efectuar la comunicación o declaración responsable prevista en el artículo 4 de la Ley de industria y en los términos previstos en dicho precepto.»*

Esta sentencia, sorprendente y arriesgada, según la doctrina<sup>47</sup> viene a declarar la inaplicación de la exigencia general de autorización para las entidades privadas colaboradoras de la Administración.

En consecuencia, bastaría con que la entidad comunique a la Administración que cumple con los requisitos que ésta le exige para su ejercicio para que pueda iniciar su actividad. El título habilitante sería la comunicación o declaración presentada, normalmente asociada a un registro.<sup>48</sup>

## 10 Control y responsabilidad de su actividad

La Administración que habilita a la entidad cuenta con las potestades de supervisión y control sobre la misma. En todos los supuestos de colaboración de entidades privadas deben

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. y Prieto Romero, C. (coords.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010, pp. 58 y ss. La autora señala que son varios los títulos jurídicos que habilitan a colaborar con la Administración. La encomienda de gestión, el convenio de colaboración, las fórmulas contractuales, la autorización administrativa y la acreditación.

cumplirse los requisitos legalmente exigidos para obtener la habilitación, lo que trae como consecuencia que la Administración conserva las facultades de comprobación del cumplimiento de tales requisitos. La Administración comprobará además la actividad desempeñada por la entidad y, si no actúa conforme a la legalidad, podrá perder su título habilitante o ser sancionada y, si causa un daño, deberá responder del mismo.

Corresponden a la normativa sectorial regular la responsabilidad en que pueden incurrir las entidades colaboradoras como consecuencia de su actuación. Como señala GALÁN<sup>49</sup> las entidades privadas colaboradoras ejercen las funciones públicas bajo su propia responsabilidad, por lo que responden de los daños y perjuicios causados por su actuación. Se trata de un traslado de la responsabilidad de la Administración a la entidad que constituiría la consecuencia de que ésta pueda colaborar con aquélla con autonomía. La función lleva aparejada la responsabilidad y por ello la normativa exige la constitución de una garantía, generalmente un seguro en cuantía suficiente para garantizar las responsabilidades que se pudieran derivar y constituye un requisito para la obtención del título habilitante necesario para el ejercicio de la actividad.

Se plantea en la doctrina qué tipo de responsabilidad es la que asume la entidad, si el régimen de responsabilidad civil propio de las personas jurídico-privadas o bien el régimen de responsabilidad administrativa, específico de las administraciones públicas. Y la cuestión no es pacífica y dista mucho de estar cerrada.

Son argumentos a favor del régimen de responsabilidad civil, la naturaleza jurídico-privada de la entidad, la obligatoriedad de suscribir un seguro para cubrir las responsabilidades *civiles* y la regulación en la LRJPAC de la responsabilidad patrimonial y el concepto restrictivo de Administración pública, limitada a las administraciones públicas territoriales y los organismos públicos de ellas dependientes. Por otra parte, está en el propio fundamento del sistema de entidades colaboradoras el desplazamiento de funciones y responsabilidades del ámbito público al ámbito jurídico-privado que tiene su propio régimen de responsabilidad civil por culpa, distinto de la responsabilidad objetiva patrimonial de la Administración.

Por el contrario, el carácter jurídico-público de sus funciones y la posibilidad de que esas mismas funciones puedan ser ejercidas directamente por la Administración serían argumentos que pesarían a favor de mantener que nos hallamos ante una responsabilidad administrativa. De hecho, entre las decisiones tomadas por la entidad privada algunas o son asumidas por la Administración o se imputan a ésta.

Sea de una u otra manera, como señala PADRÓS REIG<sup>50</sup>, estamos ante un régimen jurídico a medio camino entre lo completamente público y lo completamente privado, y lo cierto es que la Administración podrá responder conjuntamente con la entidad por no haber ejercido correctamente sus obligaciones de control o por no adoptar medidas para evitar el daño. En

49 GALÁN GALÁN, A., "La responsabilidad por los daños causados por la actuación de las entidades privadas colaboradoras de la Administración", Galán Galán, A. y 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.

estos casos podrá responder solidaria o subsidiariamente y, en todo caso, tendría una acción de regreso contra la entidad privada colaboradora<sup>51</sup>.

## 11 Las entidades de control y conformidad municipal (ECCOM)

### 11.1 La regulación de las entidades de certificación de conformidad municipal

La generalización de la comunicación previa como medio de intervención administrativa supone la eliminación de la autorización previa a la implantación y al ejercicio de actividades económicas y desplaza de la Administración al particular la decisión sobre el inicio de la actividad y con ella la responsabilidad en caso de incumplimiento. La certeza que proporciona la autorización administrativa desaparece en aras de la celeridad y la eliminación de trabas administrativas, y en esa dinámica las ECCOM juegan el importante papel de proporcionar a los interesados una verificación independiente por un organismo regulado de la conformidad con la normativa urbanística. Además, la intervención de las ECCOM desplaza, a su vez, la responsabilidad de los interesados a la propia entidad, ya que serán las únicas responsables frente a las administraciones públicas del contenido de sus certificaciones, verificaciones, inspecciones y controles de la conformidad, sustituyendo su actuación la responsabilidad de los demás interesados.

La Ley configura las ECCOM como entidades privadas colaboradoras de la Administración, pero no les atribuye funciones públicas y tampoco sustituyen la actividad de la Administración, siendo su intervención voluntaria para el particular.

Tienen por objeto realizar la evaluación de conformidad con la normativa de aplicación en el ámbito municipal para que la instalación, implantación o ejercicio de cualquier actividad económica, empresarial, profesional, industrial o comercial pueda realizarse en el menor tiempo posible agilizando los procedimientos de control, tal y como señala la propia exposición de motivos de la ley.

La intervención de las entidades de certificación de conformidad municipal será facultativa y no sustituirán en caso alguno las potestades de comprobación, inspección o cualquier otra de la Administración, pero serán las responsables frente a ella de los extremos objeto de certificación.

Habida cuenta de que el cometido de las entidades de certificación de la conformidad ha de llevarse a cabo con un elevado nivel de calidad y de profesionalidad, que deben regirse conforme a los principios de imparcialidad, confidencialidad e independencia, que su labor tendrá efectos administrativos para los ciudadanos y que su funcionamiento y actos estarán bajo el control de la Administración, está justificado que por razones de interés general su actividad esté sometida a autorización administrativa previa en las condiciones contempladas en el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, estableciéndose para ello requisitos objetivos que garanticen la no discriminación y la proporcionalidad.

---

51 GALÁN GALÁN, A., "La responsabilidad por los daños causados por la actuación de las entidades privadas colaboradoras de la Administración", *cit.*, p. 124, señala las diversas formas de articulación de las responsabilidades de la Administración y de la entidad privada colaboradora y la concurrencia de ambas. El autor entiende que se trata de aplicar a la relación entre Administración y entidad privada colaboradora un régimen de responsabilidad muy similar al previsto legalmente para autoridades y funcionarios públicos.

Las ECCOM se regirán por los principios de imparcialidad, confidencialidad e independencia, y sus funciones no sustituirán las potestades de comprobación, inspección o cualquier otra de la Administración. Su autorización y registro corresponderán a la *consellería* competente en materia de seguridad industrial, remitiéndose su posterior desarrollo reglamentario a las normas necesarias para ello, así como sus obligaciones y los requisitos exigibles para el desarrollo de sus actividades y su acreditación.

Las entidades de certificación de conformidad municipal estarán obligadas, como requisito previo a la efectividad de la autorización, a suscribir pólizas de seguro que cubran los riesgos de su responsabilidad en la cuantía que se establezca, sin que esta limite dicha responsabilidad.

Las ECCOM certificarán, verificarán, inspeccionarán o controlarán si la instalación, implantación o ejercicio de cualquier actividad, económica, empresarial, profesional, industrial o comercial, es conforme con la normativa sectorial y con la aplicable en el municipio en donde se realicen o pretendan realizar, y con los campos y normas de actuación que se establezcan reglamentariamente a este efecto.

En sus actuaciones, las ECCOM podrán emitir certificados, actas, informes y dictámenes, que podrán ser asumidos por la Administración pública competente sin perjuicio de sus competencias.

En el ejercicio de sus funciones, las ECCOM y el personal dependiente de ellas desarrollarán sus funciones con independencia, estableciéndose reglamentariamente las disposiciones en materia de incompatibilidades.

Las entidades de certificación de conformidad municipal y sus actos estarán sometidos al control e inspección de la Administración local y de la consejería competente en materia de seguridad industrial. Su actividad no es obligatoria para el particular. Los particulares interesados podrán contratar o no los servicios de las ECCOM, pero, si lo hacen, se produce la importante consecuencia del desplazamiento de la responsabilidad a la entidad. De esa forma, se equilibra de alguna manera la inicial pérdida de seguridad jurídica que, en aras de la simplificación y la celeridad, se produce al sustituir la licencia con la comunicación previa.

## 11.2 Infracciones y sanciones

La LECEG dedica un capítulo al régimen sancionador, de forma que todas las infracciones en materia de espectáculos públicos, apertura de establecimientos y las derivadas de la actividad de las ECCOM se regulan conjuntamente. Nos referiremos ahora a las infracciones específicas relativas a estas entidades, ya que tanto las sanciones como el régimen de responsabilidad es el mismo.

### 11.2.1 Muy graves

Son infracciones muy graves, a tenor de la ley:

La expedición de certificados, actas, informes o dictámenes cuyo contenido no se ajuste a la realidad de los hechos.

Regap



ESTUDIOS

La realización de certificaciones, verificaciones, inspecciones y controles propios de las entidades de certificación sin poseer la correspondiente autorización en vigor para ello.

Las infracciones muy graves podrán ser sancionadas alternativa o acumulativamente en los términos previstos, salvo que resultaran incompatibles. Se establecen las siguientes sanciones:

- a) Multa de 30.050,62 hasta 601.012,1 euros.
- b) Clausura del local o establecimiento por un periodo máximo de tres años.
- c) Suspensión o prohibición de la actividad hasta tres años.
- d) Retirada de la autorización de entidad de certificación de conformidad municipal por un periodo máximo de tres años.

### 11.2.2 Graves

Serán infracciones graves las siguientes:

- a) Las certificaciones, verificaciones, inspecciones y controles efectuados por las entidades de certificación de conformidad municipal de forma incompleta o con resultados inexactos por una insuficiente constatación de los hechos o la deficiente aplicación de normas técnicas o reglamentarias.
- b) El incumplimiento de las obligaciones establecidas reglamentariamente a las entidades de certificación de conformidad municipal.
- c) La acreditación de entidades de certificación de conformidad municipal por parte de las entidades de acreditación cuando se efectuara sin verificar totalmente las condiciones y requisitos técnicos exigidos para el funcionamiento de aquellos o mediante valoración técnicamente inadecuada.
- d) Ocultar datos o alterar los ya aportados a la entidad de certificación de conformidad municipal.
- e) Incurrir las entidades de certificación de conformidad municipal en demora injustificada en remitir al órgano u órganos de la Administración, y en el plazo establecido reglamentariamente, los certificados, actas, informes o dictámenes que fueran resultado de su actuación.

Las infracciones graves podrán ser sancionadas alternativa o acumulativamente en los términos previstos salvo que resultaran incompatibles con:

- a) Multa de 300,52 a 30.050,61 euros.
- b) Suspensión o prohibición de la actividad por un periodo máximo de un año.
- c) Clausura del local o establecimiento por un periodo máximo de un año.
- d) Retirada de la autorización de entidad de certificación de conformidad municipal por un periodo máximo de un año.

### 11.2.3 Infracciones leves

Se considerará infracción leve el incumplimiento de las prescripciones dictadas por la autoridad competente a las entidades de certificación de conformidad municipal conforme al desarrollo de sus funciones.

Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 300,51 euros.

### 11.2.4 Responsables

Cuando una entidad de certificación de conformidad municipal participe en la tramitación administrativa será la responsable de las infracciones reguladas en la presente ley en lo que concierne al objeto de dicha tramitación. Esta responsabilidad reemplazará al resto de sujetos intervinientes y que hemos señalado en el apartado 6.1.4.

## 12 Conclusiones

La transposición de la Directiva de servicios ha introducido en nuestro derecho administrativo nuevas técnicas de control que han relegado a la autorización administrativa previa a la prestación de servicios y al ejercicio de actividades a un plano excepcional, obligando a los estados a justificar su imposición, a motivar que el régimen de autorización no sea discriminatorio para el prestador de que se trata, a invocar que la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general y a determinar que el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva.

La nueva regulación, en realidad un cambio de paradigma, inicialmente circunscrito por la directiva a la prestación de determinados servicios, se ha generalizado para el ejercicio de todo tipo de actividades económicas y ha supuesto también una modificación de los sistemas de intervención urbanística, puesto que la implantación de cualquier actividad implica necesariamente un acto de uso del suelo. En ese sentido, a las leyes generales que se han dictado en aplicación de la directiva se han unido las comunidades autónomas modificando sus respectivos ordenamientos, entre ellas Galicia, que a través de la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia (LECEG), ha llevado a cabo una regulación integral del ejercicio de actividades que parte de la comunicación previa como el régimen ordinario de intervención administrativa también en el ámbito urbanístico.

Por otro lado, paralelamente a la sustitución de controles previos por controles *ex post*, las entidades colaboradoras de la Administración se han configurado como personas jurídico-privadas que realizan tareas administrativas, llegando a ejercer funciones públicas. Actuaciones que se han expandido hasta alcanzar ámbitos tradicionalmente vedados a los particulares, como es la tramitación de licencias urbanísticas. La progresiva eliminación de autorizaciones y su sustitución por comunicaciones previas o declaraciones responsables están convirtiendo tales entidades en instrumentos para descargar a la Administración de tareas técnicas y, a la vez, dar seguridad jurídica a los prestadores de servicios que comienzan su actividad sin la certeza que les proporcionaba una autorización administrativa.

Regap



ESTUDIOS

Las entidades de certificación de conformidad municipal (ECCOM) que prevé la LECEG serán las entidades privadas colaboradoras de la Administración que, de forma voluntaria para el prestador del servicio, dotarán de seguridad jurídica y certeza a la comunicación previa mediante la realización de actuaciones de certificación, verificación, inspección y control de la conformidad de instalaciones, establecimientos y actividades con la normativa de aplicación en el ámbito municipal.

## 13 Addenda

Notas sobre la incidencia de la nueva Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia.

Entregado ya el artículo para su publicación, se publica en el *Diario Oficial de Galicia* n.º 34, de 19 de febrero de 2016, la nueva Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (LSG), que deroga y sustituye íntegramente a la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia. La ley entró en vigor el 19 de marzo de 2016, al mes de su publicación.

El régimen de las licencias municipales y comunicaciones previas se mantiene igual que en la norma derogada. La comunicación previa es el medio general de control administrativo de los actos de edificación y uso de suelo y la licencia urbanística sería la excepción para determinados supuestos tasados que no varían respecto a la antigua ley. Se mantiene también el plazo de quince días hábiles entre la presentación de la comunicación previa y el inicio de la obra. Aportamos un cuadro con la tabla de concordancias entre una y otra norma.

Sí introduce la ley una importante reforma al eliminar la distinción entre obras mayores y menores que, como hemos visto, suponían una distorsión a los efectos de delimitar la diferencia entre los actos de uso de suelo que precisaban licencia y los que no, debido a las diferencias entre la Ley de ordenación de la edificación y la antigua LOUGA al regular la necesidad de proyecto de edificación (más restrictiva la primera).

Con la redacción actual de la Ley del suelo de Galicia, todas las obras que precisen proyecto de edificación con arreglo a la LOE necesitarán licencia urbanística y las que no serán objeto de comunicación previa. Ciertamente es que el artículo 146.1.a) mantiene entre la documentación a aportar con la comunicación previa la descripción técnica de las características del acto de que se trate "o, en su caso, proyecto técnico legalmente exigible", lo que parece indicar que podrían existir comunicaciones previas de obras precisadas de proyecto técnico. No obstante, al eliminarse la definición que de obra menor nos indicaba la LOUGA, los únicos supuestos de obras de edificación en los que puede exigirse proyecto son los previstos en la LOE que, como indica el propio artículo 142.2 a) LSG, precisan de licencia municipal. En consecuencia, la expresión proyecto técnico legalmente exigible debe entenderse como una trasposición de la antigua LOUGA que sí preveía la comunicación previa de obras mayores, y también como una cláusula residual o de cierre para los casos de las normativas sectoriales o específicas que mantenga la necesidad de un proyecto de obras en supuestos en que la LOE no lo exija.

TABLA DE CONCORDANCIAS	
LEY 9/2002, de 30 de diciembre	LEY 2/2016, de 10 de febrero
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	—
194.8	142.3
195	143
196	144
197	145
198	147

## 14 Bibliografía

AGUADO I CUDOLÁ, V. y 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. y 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. y 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.

Regap



ESTUDIOS

- GALÁN GALÁN, A., "La responsabilidad por los daños causados por la actuación de las entidades privadas colaboradoras de la Administración", Galán Galán, A. y Prieto Romero, C. (coords.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010.
- GALÁN GALÁN, A. y PRIETO ROMERO, C., *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y 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*, lustel, Madrid, 2009.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, tomo IV: La actividad administrativa*, lustel, 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. y 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), lustel, 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 Cerrada, M. (coord.), *La termita Bolkenstein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Thomson-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.

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

Personal investigador de acceso al SECTI  
*Universidad 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 exixencias 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 libertad de establecimiento: ¿liberalización o desregulación? 3 La incidencia de la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado sobre el urbanismo comercial. 3.1 El principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional. 4 Razones imperiosas de interés general: protección medioambiental y de ordenación territorial y urbanística. 4.1 Criterio de oportunidad y de proporcionalidad: interpretación de las razones imperiosas de interés general. 5 Consideraciones finales: el nuevo modelo de urbanismo comercial “sostenible”. 6 Bibliografía.

## 1 Introducción

El comercio ha incidido en el nacimiento y en la evolución de la ciudad, ya que como bien sabemos, desde una perspectiva histórica, entre los términos ciudad y comercio se ha producido una cierta simbiosis. Así, el desarrollo del comercio ha mantenido un vínculo constante con la transformación urbana, generando estrechas e intrínsecas relaciones de interdependencia, no siempre pacíficas.

El comercio es una actividad económica con capacidad para influir en un determinado modelo de desarrollo territorial, es decir, en configurar la ciudad en difusa o compacta. Pero, junto a esta dimensión territorial y medioambiental, el comercio suscita un intenso conflicto social y económico con el enfrentamiento entre el comercio tradicional y las grandes superficies, con claras implicaciones para los gestores públicos<sup>1</sup>.

La concurrencia de estos problemas sociales, económicos, territoriales y medioambientales altera las relaciones entre ciudad y comercio, dando lugar a la aparición del problema de la integración de la ordenación espacial del comercio, lo que constituye el objeto de lo que viene denominado como urbanismo comercial<sup>2</sup>. Este fenómeno se entiende, en todo caso, como el conjunto de instrumentos y medidas encaminadas a lograr una evolución racional y sostenible del comercio, teniendo en cuenta tanto su dimensión territorial, como urbanística o medioambiental.

Ante estos conflictos, los poderes públicos intervinieron aprobando una normativa reguladora de la ordenación espacial de los equipamientos comerciales con el fin de conseguir un equilibrio entre los intereses de las grandes superficies comerciales y el comercio tradicional. El legislador ha regulado la ordenación espacial del equipamiento comercial mediante, principalmente, dos tipos de instrumentos: los planes de equipamientos comerciales y las licencias o autorizaciones comerciales.

1 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, 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.

Sin embargo, en la actualidad continúan produciéndose, hecho que demuestra la necesidad de una nueva forma de planificación que analice los impactos ambientales y territoriales asociados al desarrollo de ciertos proyectos de equipamientos comerciales.

El comercio interior está bajo un proceso de transformación que, fundamentalmente, es consecuencia de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DS), la cual ha comportado una profunda revisión del marco jurídico del sector servicios, y todavía permanece en el centro de la Estrategia Europa 2020 como marco de referencia para los programas nacionales de reformas estructurales de fomento de la competitividad y el crecimiento a largo plazo.

La citada directiva apuesta por la liberalización de la prestación de los servicios, aunque, como afirma LÓPEZ PÉREZ, nos deja la puerta abierta para la imposición de restricciones a la libertad de establecimiento, bajo unos requisitos, con la finalidad de proteger el entorno urbano como una de las razones que ampararían la existencia de un régimen de intervención administrativa<sup>3</sup>. Por tanto, estamos ante la posibilidad de recuperar un modelo de ciudad comercial, ordenando la ubicación de las grandes superficies y diseñando un modelo de ciudad compacta con un desarrollo urbano sostenible.

No obstante, la intervención administrativa va perdiendo fuerza en la actualidad, 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 (LGUM)<sup>4</sup>.

## 2 Principio de libertad de establecimiento: ¿liberalización o desregulación?

El principio de libertad de establecimiento se recoge en el artículo 6.1 de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (en adelante, LOCM) cuando expresa que, "con carácter general, la instalación de establecimientos comerciales no estará sujeta a régimen de autorización comercial". En consecuencia, el establecimiento de un régimen de autorización comercial tendrá el carácter de excepcional y deberá ajustarse al principio de proporcionalidad, según lo establecido en el artículo 5.c) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, al principio de no discriminación y si concurren razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 6.2 de LOCM y así se motive suficientemente en la ley que establezca dicho régimen<sup>5</sup>.

No obstante, el precepto citado anteriormente deja un margen de libertad a las Comunidades Autónomas, para que en el ejercicio de las competencias que tengan reconocidas, impongan o no la exigencia de autorización para la instalación de establecimiento comercial, siempre que

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, enero-abril 2014, p. 169-213.

5 Artículos 9 y 10 de la Directiva de servicios.

concurran de manera clara e inequívoca razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial. A su vez, se prohíbe que el otorgamiento de la autorización se supedita a criterios de naturaleza económica, y única y exclusivamente debe respetarse los criterios de proporcionalidad, no discriminación, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, predecibles, transparentes y accesibles (artículo 6.3 de la LOCM).

Dado el contexto económico, el Estado consideró necesario reducir las cargas administrativas que dificultaban el comercio y así conseguir dinamizar el sector, a pesar de las reformas anteriores. Con este objetivo, se aprobó el Real decreto ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Este instrumento jurídico cambia el panorama legislativo de carácter básico en materia de comercio interior, convirtiéndose así en la primera piedra de una nueva tendencia liberalizadora o desreguladora de este sector.

Este real decreto ley, como se afirma en su exposición de motivos, da un paso más en el reto de eliminar todos los supuestos de autorización o licencia municipal previa, motivados en la protección del medio ambiente, la seguridad o la salud pública. Así, su objetivo es el impulso y dinamización de la actividad comercial minorista mediante la eliminación de cargas y restricciones administrativas que afecten al inicio y ejercicio de la actividad comercial.

En esta línea, el artículo 3 del real decreto ley citado determina la inexigencia de la licencia para el inicio y el desarrollo de las actividades comerciales, situadas en cualquier parte del territorio nacional con una superficie de exposición y venta al público inferior a los 300 m<sup>2</sup>. De esta manera, se permite la ejecución de obras e instalaciones y el ejercicio de la actividad comercial con la presentación de una declaración responsable o comunicación previa. El legislador justifica esta posición en la exposición de motivos, manifestando que, después de realizar el juicio de necesidad y proporcionalidad, no son necesarios controles previos por tratarse de actividades que, por su naturaleza, las instalaciones que requieren no tienen un impacto susceptible de control a través de la técnica autorizatoria, la cual se sustituye por un régimen de control *ex post*.

Por consiguiente, las licencias que citábamos se sustituyen por declaración responsable o por comunicación previa, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 *bis* de la Ley 30/1992. Además, el propio legislador determina la aplicación del régimen sancionador en materia de comercio interior, ordenación del suelo y urbanismo, protección de la salud, medio ambiente y del patrimonio histórico-artístico para que este mecanismo no suponga un deterioro de las garantías en la prestación del servicio ni las obligaciones de cumplimiento de la normativa sectorial autonómica o municipal aplicable. A pesar de esto, ponemos en duda que no se produzca un verdadero detrimento de los intereses generales.

Aun así, como especifica el artículo 5, la presentación de la declaración de responsable o de la comunicación previa “no prejuzgará en modo alguno la situación y efectivo acomodo de las condiciones del establecimiento a la normativa aplicable, ni limitará el ejercicio de las potestades administrativas, de comprobación, inspección, sanción, y en general de control que a la Administración en cualquier orden –estatal, autonómico o local– le estén atribuidas por el ordenamiento sectorial aplicable en cada caso”.

Por tanto, con este real decreto ley se fijó un umbral para eximir de licencia o autorización previa, y por consiguiente se reduce el margen de actuación del legislador autonómico en esta materia, al contrario de lo que sucedía con la Ley 1/2010, como hemos especificado anteriormente. De esta manera, se pasa de un control *ex ante* a través de la autorización a un régimen de control *ex post*, fundamentado en una declaración responsable<sup>6</sup>.

Pero el real decreto ley contenía también dos importantes previsiones en relación con el umbral de superficie por debajo del cual las entidades locales podrían exigir licencias comerciales. La primera era una habilitación al Gobierno para modificar al alza dicho umbral, dependiendo de las "circunstancias del mercado y la coyuntura económica"<sup>7</sup>. Y la segunda era el reconocimiento también a las Comunidades Autónomas de la facultad de ampliar dicho umbral si así lo estimasen conveniente en el ámbito de sus competencias<sup>8</sup>.

El citado real decreto ley, tras su convalidación por el Congreso el 14 de junio de 2012, fue substituido por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. En la misma línea, se justifica en la exposición de motivos la modificación por la necesidad de reactivar la economía, estableciendo un mínimo común denominador para todo el Estado que garantice a las empresas un marco de seguridad jurídica y de unidad normativa en todo el territorio, pero sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, puedan regular un régimen de mayor alcance en la eliminación de cualquier tipo de control previo.

Por tanto, se continuaba con la inexistencia de licencia o autorización para el inicio y desarrollo de actividades comerciales, situadas en cualquier parte del territorio nacional, con una superficie de exposición y venta al público inferior a 300 m<sup>2</sup>.

No obstante, poco tiempo después, el umbral de 300 m<sup>2</sup> se amplió a 500 m<sup>2</sup> de superficie máxima de los establecimientos que están exentos de licencia a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de soporte a los emprendedores y su internacionalización. Además, esta ley también amplió a 43 actividades adicionales el anexo de la Ley 12/2012, el cual prevé una lista de actividades exentas de solicitar licencia municipal.

Pero esta tendencia de ir aumentando progresivamente los metros cuadrados que exigen de solicitar licencia para el inicio y desarrollo de actividades comerciales no se ha quedado aquí, y ha dado un paso adelante con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, ampliando el umbral de superficie útil de exposición y venta al público a 750 metros cuadrados<sup>9</sup>. La argumentación de estas medidas gira alrededor del impulso económico y de la eliminación de barreras en el mercado, pero detrás de esto apreciamos una política desreguladora y unificadora de los regímenes jurídicos de cada Comunidad Autónoma, lo que presenta graves problemas jurídicos.

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

7 Disposición final séptima.

8 Disposición final octava.

9 Disposición final tercera de la Ley de garantía de la unidad de mercado.

### 3 La incidencia de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado sobre el urbanismo comercial

Las últimas modificaciones de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (LOCM), ya habían preconizado<sup>10</sup>, en cierto modo, lo que ahora la LGUM prevé con carácter general para todos los servicios.

La LGUM tiene por objeto “hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional (...) y garantizar la integridad del orden económico”.

En cuanto al régimen de las licencias municipales para la apertura de establecimientos comerciales, la disposición final 3.ª de la LGUM incrementa la superficie mínima para la prohibición de autorización respecto a la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, situándola en 750 m<sup>2</sup>.

El *Consell de Garanties Estatutàries* se ha pronunciado acerca de la incidencia de esta medida sobre las competencias de la Generalitat de Cataluña, remitiéndose al Dictamen 20/2013, de 19 de diciembre, sobre la Proposición de ley del Parlamento de Cataluña de horarios comerciales y determinadas actividades de promoción. En dicho dictamen, se examinó la ampliación de la superficie útil de exposición y venta a 300 m<sup>2</sup>, establecida por el Real decreto ley 20/2012, de 22 de agosto, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad: “(...) La ampliación a 300 m<sup>2</sup> significa la afectación de casi la totalidad del comercio, lo que deja un margen de actuación a la Generalitat irrisorio en este aspecto, ya que dispondrían de libertad horaria el 90 % de los establecimientos comerciales minoristas, por lo que tenemos que concluir, como también lo hizo el Consejo Consultivo en dos supuestos similares (DCC núm. 219, de 14 de julio de 2000, F IV.4.E, y DCC núm. 267, de 7 de febrero de 2005, F V.4), que a esta prescripción no se le puede atribuir el carácter de base, no porque formal y aparentemente no dé margen al legislador autonómico (marca un umbral máximo de superficie), sino porque materialmente no permite desarrollar una política propia y singularizada en materia de horarios comerciales (artículo 121.1 c Estatuto de Autonomía de Cataluña), ya que la pretendida base afecta a casi la totalidad de comercios minoristas. Ahora bien, mientras el Tribunal Constitucional no se pronuncie expresamente, sería necesario que el legislador catalán, en el preámbulo de la proposición, aportara las razones que justifican separarse de una norma declarada básica”. En consecuencia, considera que esta regulación no tiene amparo legal en el artículo 149.1.3 CE y vulnera las competencias de la Generalitat relativas al comercio del artículo 121 EAC.

Sobre la base de estas disposiciones, las Comunidades Autónomas han mantenido adaptada a este nuevo marco la exigencia de autorización para la instalación de grandes establecimientos comerciales. No obstante, no es infrecuente que en el régimen de estas autorizaciones el legislador autonómico deslice algunos criterios que pueden resultar contrarios, además de a la Directiva de servicios y a sus normas de transposición, a lo que ahora dispone el artículo 18.2 LGUM. De este modo, cuando el legislador autonómico contempla criterios de política

10 Dado el contexto económico, el Estado consideró necesario reducir las cargas administrativas que dificultaban el comercio y así conseguir dinamizar el sector mediante una serie de reformas: Real decreto ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios; Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados sectores; y la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de soporte a los emprendedores y su internalización.

económica o comercial con la finalidad de favorecer a los pequeños comerciantes, está incurriendo ahora en la conducta prohibida en el artículo 18.2 g) LGUM, consistente en la adopción de “actos, disposiciones y medios de intervención (...) que contengan o apliquen requisitos de naturaleza económica o intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones, en los términos establecidos en las letras e) y f) del artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”.

### 3.1 El principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional

El artículo 6 de la LGUM incorpora el nuevo principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional. Esto constituye la principal novedad que la LGUM aporta al ordenamiento jurídico español<sup>11</sup>. La operatividad de este principio se encuentra en el artículo 19, el cual, bajo la rúbrica “libre iniciativa económica en todo el territorio nacional”, dispone que: “desde el momento en que un operador económico esté legalmente establecido en un lugar del territorio español podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos de dicho lugar”.

Los efectos de este principio son verdaderamente contundentes<sup>12</sup>, ya que, si el desarrollo de una actividad económica en una determinada Comunidad Autónoma queda sujeto a unos requisitos concretos que difieren de los exigidos para la misma actividad en otra Comunidad Autónoma, bastará el cumplimiento de los exigidos en la Comunidad Autónoma en la que se esté establecido para que pueda realizarse la actividad en todo el territorio nacional, sin tener que cumplir los requisitos que otras Comunidades Autónomas hayan podido establecer para el desarrollo de dicha actividad realizada por los operadores establecidos en sus respectivos ámbitos territoriales.

El artículo 20 LGUM, bajo la rúbrica “eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas”, vuelve a repetir el mismo principio de eficacia territorial, especificando algunos supuestos. Así, con carácter general, establece que “tendrán plena eficacia en todo el territorio nacional, sin necesidad de que el operador económico realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos, todos los medios de intervención de las autoridades competentes que permitan el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o acrediten el cumplimiento de ciertas calidades, cualificaciones o circunstancias”<sup>13</sup>.

11 Vid. RODRÍGUEZ BEAS, M., *El comercio en el ordenamiento jurídico español. El urbanismo comercial y la sostenibilidad urbana*, cit., pp. 131 y 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, la previsión no deja de ser redundante: «baste tener en cuenta que, si la intervención de la autoridad competente de origen con arreglo a su normativa propia habilita al operador económico para actuar en todo el territorio nacional y al correspondiente producto para circular libremente y poder ofertarse y venderse en cualquier punto de ese territorio, la posibilidad de exigir nuevos requisitos o acreditaciones añadidos por otras autoridades –por las autoridades de destino– vendría a negar la referida habilitación general», 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.

De este modo, la LGUM no establece unas normas comunes básicas para los operadores para ejercer sus actividades económicas, sino que remite su concreción a la regulación que se establezca desde el lugar de origen del operador. Así, lo que verdaderamente se produce a través de la LGUM es la implantación de la llamada “licencia comercial única”<sup>14</sup>, porque, aunque el legislador no emplea esta expresión, en el apartado 3 del artículo 19 se establece que, “cuando, conforme a la normativa del lugar de destino se exijan requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías a los operadores económicos o a los bienes, distintos de los exigidos u obtenidos al amparo de la normativa del lugar de origen, la autoridad de destino asumirá la plena validez de estos últimos, aunque difieran en su alcance o cuantía. Asimismo, el libre ejercicio operará incluso cuando en la normativa del lugar de origen no se exija ningún requisito, control, cualificación o garantía”.

Por tanto, el legislador, siguiendo su línea desreguladora, establece un principio general de eficacia de la regulación procedente de la autoridad de origen en todo el territorio del Estado. Así, se favorece a la Comunidad Autónoma que fije un régimen menos intervencionista o más flexible, posibilitándole extender su eficacia en todo el territorio y a su vez desplazar las regulaciones de las otras Comunidades Autónomas. Con este sistema, está claro que se tiende a la homogeneización<sup>15</sup> y a la competencia entre los legisladores autonómicos, motivo por el cual se ha calificado este principio como de *dumping* regulatorio<sup>16</sup>.

El Consejo Económico y Social, en su Dictamen 5/2013, de 18 de abril de 2013, sobre el anteproyecto de LGUM, se posicionó contrario a esta regulación del principio de eficacia en todo el territorio estatal, advirtiendo que “(...) la posibilidad de ir hacia un proceso de homogeneización normativa puede producir la convergencia hacia una normativa de mínimos o ausencia de norma y (...) que, al establecer el principio de territorio de origen, se puede introducir un incentivo a la localización empresarial en los territorios con menor regulación o con aquella más favorable para su actividad”<sup>17</sup>.

Además, este nuevo principio provoca un efecto discriminatorio para las empresas radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma, ya que éstas serán las únicas a las que se aplicará la normativa autonómica concreta de aquel territorio<sup>18</sup>.

El contenido y alcance de este principio de eficacia en todo el territorio nacional incide decisivamente en las competencias de las Comunidades Autónomas, ya que se produce un vacío de contenido de las competencias autonómicas, porque, aunque formalmente se respetan,

---

14 En este sentido se pronuncia el *Consell de Garanties Estatutàries* en el Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, sobre la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, p. 50.

15 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”, *cit.* pp. 203 y ss.

16 En este sentido, TORNOS MAS afirma que «todos los legisladores autonómicos pueden competir en rebajas intervencionistas para atraer la instalación de los operadores a su territorio, para que desde el mismo puedan extender su actividad en todo el Estado ya libres de todo control ulterior». TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: una reforma discutible”, *Blog del Institut de Dret Públic*, 17 de diciembre de 2013 [http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2013\\_12\\_01\\_archive.html](http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2013_12_01_archive.html) (Fecha última consulta: 23 noviembre de 2015). En un sentido similar se pronuncia el *Consell de Garanties Estatutàries* en el Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, sobre la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, p. 51.

17 Aunque este dictamen analiza el Anteproyecto de la LGUM, sus críticas pueden volcarse en el propio articulado de la LGUM, porque su contenido no ha variado en lo esencial.

18 El *Consell de Garanties Estatutàries* considera que la LGUM genera un “efecto negativo” para las empresas del territorio autonómico. *Vid.* Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, sobre la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, p. 52.

materialmente quedan afectadas por razón del efecto extraterritorial que se reconoce al ejercicio de idéntica competencia por cualesquiera de otras Comunidades Autónomas<sup>19</sup>.

Sobre esta cuestión, el *Consell de Garanties Estatutàries*, considerando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, determinó que resulta contrario que una norma ordinaria, como es la LGUM, pueda contradecir el artículo 115 EAC, fijando una regla general que atribuya unos efectos extraterritoriales a todas las actuaciones administrativas, que desplazan las previsiones estatutarias. Entiende, entonces, que el Estado no puede ampararse en el título competencial del artículo 149.1.13 CE para regular la unidad de mercado en estos términos y con los efectos tan restrictivos para las competencias de la Generalitat. En consecuencia, concluye que los artículos 19 y 20 de la LGUM comportan un vaciamiento del contenido de las materias estatutarias relacionadas con varios ámbitos económicos, como el comercio interior, y vulneran el artículo 115.1 EAC, relativo al alcance territorial y los efectos de estas competencias<sup>20</sup>.

Finalmente, no podemos olvidar que el principio de eficacia en todo el territorio estatal puede generar una indefinición en la normativa aplicable, creando un escenario de inseguridad jurídica y vulnerando así los artículos 9.3 y 103 CE.

## 4 Razones imperiosas de interés general: protección medioambiental y de ordenación territorial y urbanística

La Directiva de servicios, en el artículo 4.8, contempla el concepto de razón imperiosa de interés general siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y establece una larga lista *numerus apertus*, de la que destacamos la protección del medio ambiente y del entorno urbano, y, como manifiesta el considerando 40, se incluye la planificación urbana y rural.

La normativa reguladora de la ordenación del comercio se transpone en el artículo 6.2 de la LOCM, cuando dispone que los requisitos que se establezcan para la instalación de establecimientos comerciales atenderán conjuntamente a criterios basados en razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial como la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico<sup>21</sup>.

Por tanto, solo es posible establecer un régimen de autorización comercial cuando éste se fundamente en alguna de las citadas razones imperiosas de interés general y que los requisitos que se establezcan para obtener la autorización o emitir el informe estén igualmente ampa-

19 Sobre el efecto extraterritorial, la jurisprudencia es clara al respecto, señalando de forma reiterada que las competencias autonómicas pueden tener efectos supraterritoriales como consecuencia de la "unidad política, jurídica, económica y social de España que impide su división en compartimentos estancos", motivo por el cual «(...) la privación a las comunidades autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación». *Vid.* SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 44/1984, de 27 de marzo; 291/2005, de 10 de noviembre, entre otras.

20 Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, sobre la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, pp. 55-59

21 La protección del medio ambiente y del entorno urbano se ha convertido en la clave de bóveda del nuevo régimen de autorización autonómica de los grandes equipamientos comerciales, ya que vinculan criterios de concesión de la licencia o informe comercial a las determinaciones de la ordenación territorial o del planeamiento urbanístico con otros criterios de tutela del medio ambiente como la movilidad, el impacto paisajístico, la incidencia ambiental y la eficiencia energética.

rados por estas razones. Además, los instrumentos de ordenación del territorio y urbanísticos pueden tratar la ordenación de los equipamientos comerciales si tienen por objeto la efectiva protección del medio ambiente y del entorno urbano o incluso para resolver los problemas territoriales y urbanísticos que originan un tipo de formato de distribución comercial<sup>22</sup>.

Sin embargo, las razones imperiosas de interés general, el medio ambiente y la ordenación del territorio, las que aquí nos interesan, deben interpretarse de forma restrictiva<sup>23</sup>. Esta interpretación restrictiva significa que la mera invocación de la razón imperiosa no justifica la imposición de cualquier control o restricción<sup>24</sup>, y deben responder a criterios de oportunidad y proporcionalidad, es decir, justificar que son las medidas más adecuadas para alcanzar el objetivo pretendido, como, por ejemplo, la defensa de un modelo de ciudad compacta.

#### 4.1 Criterio de oportunidad y de proporcionalidad: interpretación de las razones imperiosas de interés general

El artículo 5 LGUM obliga a que cualquier normativa que establezca límites al acceso o ejercicio de una actividad económica motive su necesidad en la "salv guarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Y, además, dispone que cualquier requisito que imponga un límite a dicha libertad deberá ser proporcionado a la correspondiente razón imperiosa de interés general, de manera que sólo procederá cuando "no exista otro medio no menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica".

Este principio de necesidad y proporcionalidad recogido en la LGUM marca unas diferencias importantes con la Directiva de servicios y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio<sup>25</sup>. En primer lugar, la nueva regulación adopta un criterio distinto en cuanto a su ámbito de aplicación, ya que alcanza a cualquier actividad económica y no sólo a los servicios.

En segundo lugar, la LGUM restringe mucho más el catálogo de razones imperiosas de interés general. Así, la exigencia de autorización a los operadores económicos sólo podrá considerarse necesaria y proporcional cuando esté justificada "por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no pueden salvaguardarse mediante la presentación

---

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

23 Siguiendo el criterio jurisprudencial del Tribunal de Justicia, es de suma importancia realizar esta interpretación restrictiva. En este sentido, la Sentencia de 24 de marzo de 2011, as. C-400/08, "Comisión Europea contra Reino de España" (Rec. p. I-01915), en la que el Tribunal analiza la Ley catalana 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, y afirma que si bien las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales son medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente, para que puedan justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento "deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación". Y, en ese caso enjuiciado, el tribunal rechaza las medidas de intervención adoptadas por el legislador catalán sólo por su falta de argumentación, no por la naturaleza de las 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.

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.

de una declaración responsable o de una comunicación”. E igualmente, en relación con la autorización en el caso de “instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas”, su exigibilidad únicamente se estimará necesaria y proporcional cuando dichas instalaciones e infraestructuras físicas “sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación”.

Obsérvese, pues, que para sujetar el acceso a la actividad, así como la implantación de las instalaciones que dicha actividad requiera, a la obtención previa de una autorización no basta con que concurra cualquiera de las razones imperiosas de interés general que enumera el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, sino que éstas quedan circunscritas a razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad y del entorno urbano o protección del patrimonio histórico-artístico. Ninguna otra razón imperiosa de interés general, como la protección de los derechos de los consumidores, puede aducirse como título habilitante para condicionar la libertad de empresa a la obtención de una autorización administrativa previa.

Además, no basta con que concurra alguna de las referidas razones, sino que la necesidad de exigir una autorización se habrá de fundar en un estricto juicio de proporcionalidad. De este modo, debe acreditarse que no es suficiente la presentación de una declaración responsable o una comunicación para salvaguardar la correspondiente razón imperiosa de interés general.

Así, el cambio que ha introducido la LGUM es verdaderamente notable en relación con lo exigido por la normativa anterior<sup>26</sup>.

Este cambio potencia, sin lugar a dudas, la libertad de empresa, pero suscita serias dudas de si se adecua al orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sobre esta cuestión, el Consejo de Estado, en su Dictamen 631/2013, de 26 de junio de 2013, referido al anteproyecto de ley, afirmó que «no puede reconstituir o reorganizar todo el sistema autorizatorio de las autoridades competentes en materia de actividades económicas: puede y debe sencillamente exigir a éstas que, como dice el artículo 5.1 que diseña el principio que el artículo 17 desarrolla, cuando “establezcan límites al acceso de una actividad económica o su ejercicio o exijan el cumplimiento de requisitos para una actividad”, las autoridades competentes deban motivar su necesidad y la proporcionalidad del medio elegido, considerándose razones para la exigencia de una autorización las que se enumeran en el artículo 17». Y además apostilla que «las razones que este último establece son insuficientes, debiendo expresamente remitir a las más amplias que señala el artículo 5»<sup>27</sup>. Por tanto, determina que va más allá de lo que impone el derecho de la Unión Europea y termina por afectar a las competencias de las Comunidades Autónomas<sup>28</sup>.

26 Así lo han apuntado REBOLLO PUIG, M., “La unidad de mercado y su ordenación”, *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Las reformas generales*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 24 y ss.; y 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 El Consejo de Estado analizó el anteproyecto de ley de la LGUM, pero el contenido de los artículos señalados es en todo coincidente con el articulado actual de la LGUM.

28 Objeción que aún se pone de manifiesto en términos más explícitos en el voto particular que al referido dictamen se formula, en el cual se afirma que: «(...) el citado artículo 17, en su apartado 1, a diferencia de lo que hace el artículo 5, que ajusta su contenido –por remisión al artículo 3.11 de la Ley 17/2009– a una visión correcta de lo que es el marco regulador de la unidad de los mercados en la Unión Europea, sin embargo, opta por romper ese sistema, imponiendo otro modelo muy alejado del modelo interno europeo y que, de la manera en que

De forma similar, el *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya*, en su informe 5/2014, mantiene que los cambios que incorpora la LGUM “limitan de forma notoria la posibilidad de las administraciones autonómicas y locales para decidir si resulta proporcionado o no prohibir o someter a autorización las actividades que sean contrarias a los bienes jurídicos vinculados a las competencias de las que son titulares”, lo que supone un menoscabo de las competencias estatutarias relacionadas con los diversos ámbitos económicos sin contar con habilitación competencial suficiente para hacerlo<sup>29</sup>.

En definitiva, aunque habrá que esperar a lo que el Tribunal Constitucional<sup>30</sup> considere, parece más que dudoso que la LGUM se ajuste al orden constitucional de distribución de competencias, por cuanto, según el reparto en las diversas materias, como en el caso que aquí nos afecta, el comercio interior, corresponde a las Comunidades Autónomas y no al Estado decidir sobre si las actividades quedan o no sujetas a autorización. Y, sin embargo, esa decisión queda ampliamente condicionada por el artículo 17.1 a) de la LGUM, al restringirse de manera anticipada las causas de necesidad que pueden legitimar o habilitar dicha decisión, restricción que, como afirma FERNÁNDEZ FARRERES, careciendo de cobertura en el derecho de la Unión Europea, tampoco parece que pueda ampararse en las competencias del Estado de las cláusulas 1, 6, 13 y 18 del artículo 149.1 de la Constitución<sup>31</sup>.

## 5 Consideraciones finales: el nuevo modelo de urbanismo comercial “sostenible”

El llamado urbanismo comercial ha evolucionado hacia la incorporación progresiva del factor medioambiental en la ordenación de los equipamientos comerciales, ya que, a pesar de su

---

está jurídicamente armado en el anteproyecto, atenta muy gravemente tanto contra la autonomía constitucional de las Comunidades Autónomas como contra la lógica de la protección de múltiples bienes constitucionales que otras leyes y reglamentos estatales han perfilado cuidadosamente». Además insiste en que «(...) sin la más mínima justificación, y sin examinar ni remitir a decisiones caso por caso o sector por sector (...) a través del análisis reposado de si tienen o no sentido y es proporcional al fin de interés general perseguido mantener las actuales o futuras prohibiciones o al menos someterlas a autorización, el artículo 17.1 propuesto levanta miles de prohibiciones que se contienen en la legislación estatal básica o general (según cuál sea el alcance que el Estado tenga de las competencias en esa materia) y en todas las leyes y reglamentos autonómicos y ordenanzas municipales (...)». Concluye «si en la UE los Estados entienden que, por mucho que haya mercado interior, ellos en principio, en uso de su soberanía, pueden, para la defensa de esos intereses generales, prohibir o someter a control proporcional actividades concretas y por eso el derecho de la Unión cede ante ellos (salvo que por *quorum* muy reforzado los Estados decidan aproximar, caso por caso, sus legislaciones), ello implica que, no exigiéndolo el derecho de la Unión, esas potestades del Estado, Comunidades Autónomas y entes locales, sólo se pueden limitar aplicando la Constitución y será el Estado caso por caso, y desde luego las Comunidades Autónomas o las entidades locales cuando la Constitución y las leyes les hayan atribuido la competencia de defensa de esos intereses generales, quienes tengan que decidir si es proporcionado o no prohibir, o someter a autorización las actividades contrarias a éstos de que se trate. (...) en suma, al autorizar en abstracto, y sin examinar si el Estado tiene o no competencias, cientos de actividades actualmente prohibidas o sometidas a autorización como mecanismo social y democrático de defensa de esos intereses generales y al entender derogado, y prohibir también en abstracto y de manera generalizada, que las Comunidades Autónomas puedan someter en el futuro a control consistente en exigir autorización a cuantas actividades actualmente o en el futuro pretendan salvaguardar uno de esos doce intereses generales si tienen competencia en la materia, el anteproyecto incurre en inconstitucionalidad manifiesta (...)».

29 *Vid.* Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries 5/2014, de 14 de febrero, sobre la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, p. 46-47.

30 El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 8 de abril actual, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 1454-2014, promovido por el Consejo de Gobierno de Andalucía contra los artículos 6; 14.2; 17, último inciso del párrafo primero y letras a) a d); 18.2, letras b) a f); 19; 20; 21.2 y 3; 23.2; 26; 27; disposición adicional décima y disposiciones finales primera, segunda y cuarta de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 8 de abril actual, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1397-2014, promovido por el Parlamento de Cataluña, contra los artículos 14.2 y, por conexión, 23.2; 16; 17; 18 y, por conexión, 5 y disposición final segunda; 19; 20; 26.5; 27 en relación con la disposición final primera, apartado tres; apartado uno y, por conexión, dos de la disposición final tercera y disposición final cuarta de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado.

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

denominación, en sus orígenes sólo trataban cuestiones de política comercial y económica, mediante la utilización de instrumentos de ordenación territorial y urbanismo<sup>32</sup>.

A raíz de la transposición de la Directiva de servicios en nuestro ordenamiento jurídico, en concreto a la legislación sobre distribución comercial, se ha podido observar cómo el legislador estatal y los autonómicos han utilizado la tutela medioambiental y la ordenación del territorio como razón imperiosa de interés general y así justificar su intervención, ya que en las regulaciones anteriores a la Directiva, como señalaba VILLAREJO GALENDE, «se había hecho un uso torticero del urbanismo, de la ordenación del territorio y de la protección del medio ambiente (...)», y destaca que «la preocupación ambiental no operaba más que como una mera coartada ideológica para unos legisladores que, acomplejados por sus incisivas políticas comerciales, se escudaban en los costes externos generados por los grandes establecimientos»<sup>33</sup>.

El nuevo modelo de urbanismo comercial “sostenible” se asienta sobre dos pilares: la protección del medio ambiente y la ordenación territorial y urbanística. Éstos se han configurado como las razones imperiosas de interés general que justifican la intervención de las administraciones públicas y permite estipular controles *ex ante*, autorización o informe comercial, conforme a la Directiva de servicios.

Todas las Comunidades Autónomas han aprobado ya sus reformas de la normativa comercial, lo que implica que ya se ha producido el cambio de modelo que requería la Directiva de servicios. A pesar del esfuerzo de adaptación del legislador estatal y los autonómicos, aún queda camino por recorrer<sup>34</sup>. Del análisis de las reformas autonómicas se observan algunos problemas, entre ellos los derivados de la discrecionalidad en el otorgamiento de las autorizaciones e informes comerciales y el cumplimiento del principio de proporcionalidad que estipula la Directiva de servicios. Este último es un reto para los legisladores autonómicos, ya que deben justificar que las medidas adoptadas son apropiadas para conseguir los objetivos perseguidos, sin ir más allá de lo necesario. Así, se debe ajustar a los criterios ya consolidados que resultan de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como son adecuación, necesidad y proporcionalidad, para alcanzar el fin perseguido<sup>35</sup>.

En la ordenación de los equipamientos comerciales se considera conveniente utilizar los instrumentos propios de la ordenación del territorio para así adecuarse a los parámetros marcados por la Directiva de servicios, evitar conflictos como el posible solapamiento de controles y, ante todo, asegurar la efectiva y real tutela medioambiental.

32 En este 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.

34 Esta es una de las principales conclusiones de los resultados del proceso de evaluación de la Directiva de servicios por la Comisión Europea. Informe de la Comisión Europea: “Hacia un mejor funcionamiento del mercado único de servicios, partiendo de los resultados del proceso de evaluación recíproco de la Directiva de servicios”, Bruselas, 27 de enero de 2011, COM (2011), p. 3.

35 En este sentido, resulta interesante la STJUE de 24 de marzo de 2011, as. C-400/08, “Comisión Europea contra Reino de España” (Rec. P. I-01915), en la que el tribunal analiza la Ley catalana 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales. También cabe destacar la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de octubre de 2015, la cual analiza el Decreto 211/2012, de 25 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la obtención de la autorización comercial autonómica.

De esta manera, el urbanismo comercial, como consecuencia de la Directiva de servicios, ya ha iniciado un cambio de rumbo, instaurando un nuevo modelo de desarrollo urbano sostenible mediante las técnicas de la ordenación del territorio<sup>36</sup>.

Pero, como se ha analizado, la LGUM incide en el urbanismo comercial, creando un nuevo frente de polémica y disputa con las Comunidades Autónomas. Esta disposición ataca al ámbito competencial de las Comunidades Autónomas y los entes locales, fortaleciendo la unidad de mercado. Se puede apreciar cómo el legislador intenta uniformizar los ordenamientos jurídicos, a pesar de la atribución de competencias autonómicas reconocidas en el bloque de constitucionalidad.

Esta ley es la prueba de que el Gobierno del Estado está aprovechando la crisis económica para implementar políticas de recentralización y de desregulación. La desregulación es palpable en la licencia única, lo que provocará un evidente proceso de “*dumping* desregulador” entre las Comunidades Autónomas y una estrategia de selección adversa de riesgos por parte de los agentes económicos en el momento de decidir dónde ubicar su instalación de origen en el territorio español.

Por ello, se producirá una armonización competitiva sobre la base de una normativa de mínimos. En este tipo de normativas predominará la atracción de intereses económicos en detrimento del interés general, provocando una disminución de garantías en materias como la seguridad, la salud pública, el medio ambiente y los derechos de los consumidores. De este modo, se ve peligrar el llamado urbanismo comercial “sostenible”, ya que se produce una rebaja del nivel de protección medioambiental. Se aprecia un retroceso en la protección ambiental, ya que la Directiva de servicios y su normativa de transposición supusieron una elevación clara, constante y permanente del nivel de protección ambiental<sup>37</sup>.

Nos resulta sorprendente ver cómo se ignora en esta ley un principio básico como es el de prevención o precaución, recogido en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Este principio, que actúa especialmente en materia de medio ambiente, debe reconocerse como inspirador de cualquier disposición y como elemento clave en la interpretación de la simplificación administrativa.

En definitiva, la LGUM tiene graves implicaciones en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, cuyo ejercicio queda indirecta pero intensamente condicionado, y en especial en Cataluña, afectando a su propio modelo de comercio de proximidad.

## 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.

---

36 La doctrina presagia una nueva era del urbanismo comercial español. *Vid.* VILLAREJO GALENDE, H., “Licencias comerciales: su persistencia tras la Directiva de servicios”, *cit.*, p. 110.

37 Sobre la consideración constitucional del principio de no regresión ambiental o cláusula *stand still*, véase la reciente STC de 5 de noviembre de 2015.

- 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, enero-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 de la 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.
- 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 diciembre de 2013 [http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2013\\_12\\_01\\_archive.html](http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2013_12_01_archive.html) (Fecha última consulta: 23 de noviembre 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 culpabilidad en las sanciones de las Autoridades administrativas independientes

#### The culpability element and the punishment power of independent administrative authorities



FEDERICO DINELLI

Investigador de Derecho Administrativo  
Universidad de Roma Tre (Italia)  
federico.dinelli@uniroma3.it

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

Regap



ESTUDIOS

**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.

**Resumen:** El elemento de la culpabilidad pertenece a la estructura de la infracción, tanto administrativa como penal. Muchas de las autoridades administrativas independientes están llamadas a aplicar sanciones, cuyo grado de punibilidad a menudo resulta extremadamente elevado. Es, por tanto, interesante analizar en qué casos y cuándo existe la posibilidad de evitar la aplicación de una sanción asumiendo que el sujeto que ha incurrido en ella debe ser considerado no culpable. Este trabajo, tras una reconstrucción teórica del concepto de culpa, analiza los distintos casos en los que el elemento de la (no) culpabilidad ha sido valorado por la jurisprudencia italiana y europea como un factor que excluye la posibilidad de sancionar una conducta ilícita desde el punto de vista material.

**Palabras clave:** culpabilidad, infracción administrativa, sanciones, autoridades administrativas independientes.

**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.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 La culpabilidad en la ley n.º 689/1981 y en el derecho penal. 3 La personalidad de la responsabilidad y la responsabilidad solidaria de la persona jurídica. 4 La presunción de culpabilidad en la interpretación jurisprudencial. 5 La culpabilidad como mero conocimiento del carácter ofensivo de la conducta. 6 El eximente de la buena fe y la correspondiente prueba en la casuística jurisprudencial. 7 La presunción de culpabilidad y la personalidad de la responsabilidad en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la U.E., sección I, 13 de julio de 2011, n.º 39/07. 8 Conclusiones. 9 Bibliografía.

## 1 Introducción

El presente trabajo profundiza en una temática que, a pesar de no haber sido tratada en profundidad por la doctrina administrativa, presenta aspectos de indudable interés, tanto en el caso de Italia como en el de España y demás países en los cuales existen autoridades administrativas independientes que actúan dotadas de poder sancionador. De hecho, a efectos de la aplicación de las sanciones de dichas autoridades, el requisito de la culpabilidad adquiere la misma importancia que la comisión objetiva de una infracción contemplada en la legislación. Sin embargo, la poca costumbre de los administrativistas de enfrentarse a aspectos “psicológicos” relevantes para el derecho ha tenido como resultado la carencia hasta el momento de contribuciones dedicadas de forma específica al tema aquí abordado. Aunque el trabajo que a continuación se expone se basa principalmente en el caso italiano, como se podrá apreciar, no está falto de referencias a la jurisprudencia europea. Lo que de nuevo demuestra que se trata de un tema de teoría general, poco condicionado por la disciplina del derecho positivo existente en las normativas nacionales.

## 2 La culpabilidad en la ley n.º 689/1981 y en el derecho penal

La estructura de la infracción administrativa –según la doctrina más autorizada<sup>1</sup>– es la de una infracción típica, antijurídica y culpable. Se trata de características análogas a las de la infracción penal, tanto es verdad que gran parte de las infracciones administrativas se derivan, como es sabido, de la llamada hipótesis de despenalización.

Por otra parte, la ley de referencia en materia de sanciones administrativas pecuniarias, a cuyos principios remite constantemente la jurisprudencia administrativa en materia de sanciones de las Autoridades administrativas independientes, se ocupa de la despenalización: aludimos, obviamente, a la ley n.º 689 del 1981, que, en su artículo 3, sobre el elemento subjetivo de la infracción administrativa, establece lo siguiente: «En las infracciones en las que es aplicable una sanción administrativa, cada uno es responsable de su acción u omisión, consciente y voluntaria, sea esta dolosa o culposa. [...] En caso de que una infracción se cometa por error sobre el hecho, el autor no es responsable cuando el error no ha sido cometido por su culpa».

Esta disposición recoge, casi literalmente, la contemplada en el artículo 42, apartado 4, del Código Penal, según la cual: «En las multas cada uno responde de sus propias acciones u omisiones conscientes y voluntarias, ya sean dolosas o culposas».

---

1 Cfr. PALIERO, C.E. y TRAVI, A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988; CASETTA, E., “Illecito amministrativo”, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet, Torino, 1993, pp. 10 y ss. Importantes, en la materia, son también las obras de 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.

Esta última norma se debe interpretar a su vez en base al apartado primero del artículo 42 del Código Penal, apartado 1, según el cual «Nadie puede ser sancionado por una acción u omisión que la ley contempla como delito, si no la ha cometido de forma consciente y voluntaria».

La interpretación de esta disposición ha comprometido notablemente la doctrina penalista. La afirmación según la cual la conducta debe ser consciente y voluntaria corre, de hecho, el riesgo de generar equívocos sobre la intención que el legislador realmente ha querido expresar. En la medida en que, en el lenguaje de uso común, por conducta consciente y voluntaria normalmente se entiende una conducta que el sujeto autor ha tenido de forma consciente y ha querido de forma concreta.

Sin embargo, de ser así, la conducta consciente y voluntaria acabaría por coincidir con el dolo, algo que, evidentemente, no es posible.

La doctrina penalista<sup>2</sup> más autorizada, por tanto, ha reconstruido este concepto en términos de *suitas*, es decir, en el sentido de una conducta susceptible de ser dominada por un impulso de la voluntad: de este modo se vuelven sancionables también las conductas que el sujeto ha adoptado de forma no voluntaria, y que habría podido evitar poniendo una mayor atención.

En cuanto al dolo y la culpa, contemplados en el artículo 3 de la ley n.º 689/1981, como es sabido, el primero contempla el caso del sujeto que ha previsto y querido voluntariamente como consecuencia de su acción u omisión la conducta sancionable; el segundo contempla el caso del sujeto que ha actuado con negligencia, imprudencia o incompetencia (llamada culpa genérica), o que ha incumplido leyes, reglamentos, órdenes o normativas (llamada culpa específica).

Hechas estas premisas, cabe ahora buscar respuesta a algunos interrogantes que nos llevan directamente al tema aquí afrontado, es decir, el de la culpabilidad en la comisión de las infracciones administrativas sancionables por las Autoridades administrativas independientes<sup>3</sup>.

### 3 La personalidad de la culpa y la responsabilidad solidaria de la persona jurídica

El primer interrogante surge de la constatación de que, normalmente, las sanciones impuestas por las Autoridades administrativas independientes tienen como destinatarias personas jurídicas, en gran parte sociedades de capital. Cabe, por tanto, preguntarse cómo es posible adscribir una conducta caracterizada por la conciencia y la voluntad, dolosa o culposa, a sujetos impersonales, desprovistos de una psiquis responsable de este tipo de conductas.

La ley n.º 689 de 1981, en su artículo 6, de alguna manera se encarga de afrontar el problema, estableciendo que «Si la infracción es cometida por el representante o por un trabajador de una persona jurídica, un ente carente de personalidad jurídica o un empresario, en el ejer-

2 Ver, por ejemplo, ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 340 y ss.; MANTOVANI, F., "Colpa", *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, Utet, Torino, 1988, p. 3.

3 Sobre el tema del poder sancionador de las autoridades administrativas independientes cfr. BANI, E., *Il potere sanzionatore delle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000. Con especial referencia a la Autoridad defensora de la competencia, cfr. POLICE, A., *Tutela della competenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007.

cicio de sus funciones o tareas, la persona jurídica, el ente o el empresario están obligados solidariamente con el autor de la infracción al pago de la cantidad por este debida».

Esta disposición, que según la doctrina<sup>4</sup> autorizada contempla una hipótesis de responsabilidad objetiva, es sin duda aplicable –al menos teóricamente– también a todas las infracciones susceptibles de ser sancionadas por las Autoridades administrativas independientes; algo que ha sido confirmado también por el Consejo de Estado<sup>5</sup>, según el cual «el Código de consumo, en relación a las prácticas comerciales desleales, configura para esta materia la responsabilidad directa –y no solidaria con el que materialmente ha actuado por cuenta propia: artículo 6, apartado tercero, l. n.º 689 de 1981– de la persona jurídica por la infracción administrativa. Es un supuesto excepcional, porque normalmente se asume que el sistema sancionador de este tipo de infracciones, de la misma manera que en la infracción penal, no admite una responsabilidad directa de la persona jurídica (p. ej. Casación, 30 de octubre de 1986, n.º 6369; 5 de julio de 1997, n.º 6055; 30 de mayo de 2001, n.º 7351; 6 de julio de 2004, n.º 12321; 28 de abril de 2006, n.º 9880; 13 de mayo 2010, n.º 11643)».

Dicho esto, el Consejo de Estado subraya que «para evitar diferencias de trato indebidas es necesario adaptar la referencia que dicho artículo 11 (y por consiguiente, el artículo 23, apartado once), l. n.º 689 de 1981, hace a la personalidad del autor de la infracción a efectos de la cuantificación de la sanción administrativa pecuniaria: y razonablemente esta referencia consiste ante todo en la conducta general de la empresa, especialmente en el pasado, en relación al tipo de infracción de que se trate en el caso, o en casos análogos».

A pesar de estas interpretaciones, es necesario sin embargo subrayar que, en realidad es bastante raro que la jurisprudencia distinga entre quién ha actuado en nombre y representación de la sociedad y la propia sociedad. El elemento de la culpabilidad, como se verá, se centra principalmente en la conducta de la empresa considerada en general, no en la de quien ha actuado en su interés. Por lo demás, la propia jurisprudencia constitucional, en varias ocasiones, ha reiterado que «el principio de la personalidad de la pena no tiene ningún impacto en las sanciones administrativas»<sup>6</sup>, y en cualquier caso el Tribunal de Casación (sección I, 6 de mayo de 1991, n.º 4995) ha subrayado que la responsabilidad solidaria del ente o empresa se mantiene, incluso en caso de que no se haya identificado al autor material de la infracción, no teniendo relevancia la imposibilidad de ejercer una acción de repetición contra este último<sup>7</sup>.

Además, la jurisprudencia ha afirmado también (cfr. Consejo de Estado sección VI, 21 de enero de 2013, n.º 306) que «en materia de sanciones administrativas, hay que considerar que lo establecido sobre la responsabilidad solidaria de la persona jurídica, en caso de infracción cometida por sus representantes o trabajadores (artículo 6 apartado 3, l. n.º 689 del 1981), contempla no solo el caso de los sujetos ligados a la persona jurídica o al ente por un vínculo orgánico formal o un contrato de trabajo subordinado, sino también aquellos casos en los que las relaciones se han establecido mediante adjudicación o invocando la

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

5 Cfr. sentencia de la Sección VI, 27 de octubre de 2011, n.º 5785.

6 Así Corte Cos., sent. n.º 159 de 1994 y sentencia n.º 363 de 1995. Críticos, sobre este punto, se muestran RIONDATO, S. y ZANCANI, S., "Le Autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative", Cavaleri, P., Dalle, Vedove G. y Duret, P. (dirs.), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Cedam, Padova, 2003, pp. 129 y ss.

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

capacidad de otro operador (entendiendo que el contratante se beneficia de la actividad de dicho operador), a condición de que la actividad cuyo ejercicio ha presentado la conducta sancionable se compruebe que es atribuible a la iniciativa del beneficiario en su calidad de contratante (argumento según Casación, sección II, 21 de diciembre de 2009, n.º 26927)».

En estos casos, al fin y al cabo, más que la hipótesis de responsabilidad solidaria, debería considerarse la hipótesis de concurrencia en la infracción, con la consiguiente punibilidad de todos los que han contribuido a su comisión, según el artículo 5 de la ley n.º 689/1981.

## 4 La presunción de culpabilidad en la interpretación de la jurisprudencia

Por lo que se refiere a la detección, durante el procedimiento judicial, de la culpa o el dolo, la jurisprudencia es firme –aunque en el pasado no ha carecido de vacilaciones<sup>8</sup>– al afirmar que la ley n.º 689 de 1981 contempla una presunción *iuris tantum* sobre la existencia de culpabilidad una vez que se haya producido la conducta material que incurre en el supuesto sancionado. En consecuencia, es el sujeto que impugna la sanción el que debe demostrar la ausencia del elemento subjetivo, invocando circunstancias válidas para probar la existencia de un error excusable o al menos de la buena fe<sup>9</sup>.

En otros términos, la mera comisión del elemento material de la infracción da lugar a una presunción de culpabilidad susceptible de prueba contraria.

En concreto, según el **Consejo de Estado**<sup>10</sup>, «en tema de sanciones administrativas es necesaria y al mismo tiempo suficiente la conciencia y voluntad de la conducta activa u omisiva, sin que sea necesaria la demostración concreta del dolo o la culpa. De ello se desprende que el eximente de la buena fe, aplicable también a la infracción administrativa contemplada en la ley n.º 689 de 1981, se convierte en causa de exclusión de la responsabilidad administrativa solo cuando existen elementos objetivos idóneos para llevar al autor de la infracción al convencimiento de que su conducta es legal y conste que el transgresor ha hecho todo lo posible para cumplir los requisitos de ley, en cuyo caso no se puede presentar acusación contra el mismo».

## 5 La culpabilidad como mera conciencia del carácter ofensivo de la conducta

La cuestión de la buena fe, y por tanto del desconocimiento de haber actuado en contra de lo dispuesto en una norma, es recurrente también en otras sentencias, donde se afirma que para cometer una infracción de las normas de competencia no es necesario haber actuado siendo consciente de infringir las normas, sino que es suficiente tener conocimiento de que la conducta propia es idónea para determinar una restricción del libre juego de la compe-

8 Cfr. Casación Civil, Sección I, 23 de abril de 1992, n.º 4900.

9 Bastante críticos, al respecto, se muestran PALIERO, C.E. y TRAVI, A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, cit.

10 Ver Secc. VI, 21 de junio de 2011, n.º 3719.

tencia<sup>11</sup>. Es suficiente, en otros términos, el conocimiento del carácter ofensivo del hecho, no ya de su antijuridicidad<sup>12</sup>. Los principios aquí expuestos encuentran confirmación en la interpretación de los órganos de justicia comunitarios.

El Tribunal de Primera Instancia de la U.E., de hecho, ha afirmado más de una vez que «para que una infracción de las normas sobre competencia pueda considerarse cometida intencionadamente, no es necesario que la empresa tuviera conciencia de haber infringido dichas normas, sino que es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto o el efecto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia en el mercado común»<sup>13</sup>.

Ahora, es evidente que, si analizamos la mayoría de las sanciones impuestas por las Autoridades administrativas independientes, y en primer lugar por la Autoridad italiana de competencia, los casos materiales de conducta ilícita están a menudo poco tipificados: la prueba es que se utilizan conceptos jurídicos indeterminados como «acuerdo restrictivo de la competencia», «abuso de posición dominante», «publicidad engañosa», o «práctica comercial desleal». Son todos ellos supuestos en los que la conducta material de la infracción puede adoptar las más diversas formas: en un contexto de este tipo, quizás el elemento subjetivo podría en efecto cobrar valor como válvula de seguridad, para recuperar las garantías que se pierden habida cuenta de la indefinición del caso.

Sin embargo, no parece que esto suceda, excepto en algunos casos, donde en efecto la empresa sancionada logra demostrar su carencia de culpa y evitar así la sanción.

## 6 El eximente de la buena fe y la prueba correspondiente en la casuística jurisprudencial

Es necesario subrayar que la jurisprudencia interpreta la regla de la buena fe en el sentido de que, para que pueda haber error sobre la legalidad de la conducta, no es suficiente una mera percepción en este sentido del autor, sino que es necesario un elemento objetivo, ajeno al autor de la infracción, que lo haya podido llevar al convencimiento de que su conducta era legal.

Esto ha sucedido, por ejemplo, en un caso muy importante, sobre el que dictaminó la conocida sentencia del Consejo de Estado, secc. IV, 10 de marzo de 2006, n.º 1271, que abordó varios casos de abuso de posición dominante incriminados a Telecom Italia, con la consiguiente imposición de una sanción consistente en el pago de 76 millones de euros por parte de dicha sociedad.

En esta sentencia se afrontó el problema del reparto de competencias entre la Autoridad reguladora italiana de comunicaciones (Agcom) y la Autoridad de competencia (Agcm), en relación al mercado de servicios de telefonía, el cual está sometido al poder regulador de Agcom.

11 Así CGCE, 8 de noviembre de 1983, causas reunidas de 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82 y 110/82, IAZ, así como desde el punto de vista de la jurisprudencia nacional, Consejo de Estado, secc. VI, 23 de abril de 2002, n.º 2199.

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

13 Cfr. sentencias del Tribunal 2 de julio de 1992, causa T-61/89, *Dansk Pelsdyravlforening/Commissione*, punto 157 y 14 de mayo de 1998, causa T-347/94, *Mayr-Melnhof/Commissione*, punto 375).

El Consejo de Estado ha afirmado que el hecho de que dicho mercado esté sometido al control y la regulación de Agcom no excluye la competencia general de Agcm, pero, en base al derecho positivo, solo implica que Agcm, cuando interviene, tiene que obtener el informe, obligatorio pero no vinculante, de Agcom.

En cualquier caso, entre los distintos abusos de los que se acusó a Telecom se encontraba el haber introducido cláusulas abusivas en las ofertas contractuales dirigidas a la clientela *business*, en cuanto que tenían como objetivo excluir a otros operadores y fidelizar a la clientela.

Estas cláusulas, cuyo carácter abusivo fue comprobado por el Consejo de Estado, confirmando la evaluación de Agcm, habían sido sin embargo autorizadas por Agcom dentro del ámbito del ejercicio de su función de control y regulación.

Pues bien, mientras que Agcm no dio ninguna importancia a esta circunstancia, el Consejo de Estado, por el contrario, le concedió una gran relevancia, reconociendo que «Agcm debía considerar la incidencia de la autorización en relación al elemento subjetivo del abuso y la gravedad del mismo. Por tanto, debería haber considerado que la autorización concedida era excluyente del carácter doloso de la conducta y la gravedad del mismo, y en consecuencia haber impuesto solo la sanción de la amonestación, y no también la pecuniaria».

Dentro del ámbito de esta sentencia se cita otra muy significativa de la Corte di Giustizia del 9 de septiembre de 2003, C-198/2001, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Agcm*, que no ha pasado desapercibida para la doctrina<sup>14</sup>. En ella el juez comunitario afirma que, en presencia de una normativa nacional que impone a las empresas conductas anticompetitivas –en el caso se trataba de la normativa italiana que había instituido una forma de monopolio en el sector de la producción de cerillas, con la creación de un Consorcio al que obligatoriamente tenían que inscribirse las empresas productoras, las cuales se repartían después las cuotas de producción–, que entran en contraste con los artículos 81 y siguientes del Tratado, la Autoridad de competencia nacional, aunque, por una parte, está obligada a no aplicar esta normativa por entrar en contraste con el derecho comunitario, por la otra, sin embargo, no puede imponer sanciones a las empresas implicadas por conductas realizadas; puede imponer sanciones a las empresas implicadas solo por las conductas posteriores a la decisión de excluir la aplicación de dicha normativa nacional, una vez que esta decisión se ha convertido en definitiva para estas; además, puede imponer sanciones a las empresas implicadas por conductas realizadas si estas se han visto simplemente facilitadas o impulsadas por dicha normativa nacional, teniendo debidamente en cuenta las especificidades del contexto normativo en el que las empresas han actuado.

Por tanto, en los casos en que la normativa nacional impone una conducta anticompetitiva, no se pueden aplicar sanciones a las empresas que han tenido una conducta de este tipo, dada la necesidad de garantizar la certidumbre jurídica y de evitar formas de responsabilidad objetiva de dichas empresas.

Cabe subrayar que estas afirmaciones de la Corte di Giustizia se circunscriben a un marco jurisprudencial que no parece del todo claro en relación a los conceptos de culpabilidad en

14 Prueba de ello son los comentarios de CASSESE, S., “Il diritto comunitario della competenza prevale sul diritto amministrativo nazionale”, *Giornale de Diritto Amministrativo*, n.º 11, 2003, pp. 1132 y ss.; LIBERTINI, M., “La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della competenza”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n.º 11, 2003, pp. 1135 y ss.; y NAPOLITANO, G., “Il diritto della competenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n.º 11, 2003, pp. 1138 y ss.

la aplicación de las sanciones administrativas; hay que considerar, en concreto, que en la sentencia del 11 de julio de 2002, C-210/00, la Corte ha afirmado que el principio «*Nulla poena sine culpa*» codificado en el artículo 6, párrafo 2, de la Convención europea de los derechos humanos es aplicable solo a las sanciones penales. Sin embargo, la Corte di Giustizia por sanciones penales no entiende todas aquellas contempladas como tales dentro de nuestro ordenamiento, como es sabido, en Italia se adopta un criterio formal para distinguir las sanciones penales, ya que estas se definen mediante la reclusión, la multa, el arresto y la penalización. El concepto de sanción penal adoptado por la Corte di Giustizia apunta, sin embargo, al objeto de la propia sanción: si el objeto es restringir una conducta respecto a la que se debe expresar un juicio de censura ético-social, es una sanción penal.

En cualquier caso, la Corte se ocupa de precisar que una sanción, incluso de carácter no penal, solo se puede imponer si tiene un fundamento jurídico claro e inequívoco. Por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia, las disposiciones de derecho comunitario deben respetar el principio de proporcionalidad.

Una sentencia interesante, en la que se ha excluido la culpabilidad de la empresa sancionada, es también la del Consejo de Estado, secc. VI, 9 de mayo de 2011, n.º 2742, en la que el juez administrativo tuvo que analizar una hipótesis de retraso en la cesión de una rama de empresa prescrita por la Autoridad de competencia como condición para autorizar una concentración.

En este caso, el juez administrativo, después de recordar que, de derecho, en el tema de las sanciones administrativas pecuniarias impuestas según el artículo 19, l. del 10 de octubre de 1990, n.º 287 –por operaciones de concentración prohibidas por el artículo 18, apartado 1, o por incumplimiento de las prescripciones adoptadas por Agcm en virtud del artículo 18, apartado 3, necesarias para restaurar condiciones de competencia efectiva y eliminar los efectos distorsionantes–, la disposición normativa contemplada en el citado artículo 19, subrayando casos tipificados basados en la mera conducta según un criterio de acción u omisión necesaria, ancla el juicio de culpabilidad en parámetros normativos ajenos al dato puramente psicológico, teniendo como consecuencia que, una vez incorporado y probado por la Autoridad el caso tipificado de infracción, en virtud de la presunción de culpa presente en el sistema de la responsabilidad por infracción administrativa, recaerá sobre el transgresor la carga de la prueba para demostrar que se ha actuado sin culpabilidad, afirma que «[...] dicha regla de distribución de la carga probatoria adquiere importancia, desde el punto de vista sistemático, tanto por la aplicación de los principios relativos a la reconstrucción/ análisis de los elementos (constitutivos, impeditivos, modificativos y/o extintivos) del caso de derecho positivo reclamado en juicio (incorporando así como excusa que excluye la culpabilidad un hecho que impide la pretensión sancionadora de la Autoridad) como por la aplicación del criterio de la facilidad probatoria para la parte sobre la que recae la carga de la prueba (entrando, normalmente, los hechos en los que se basa el eximente objeto de análisis, junto con las fuentes de prueba, dentro del ámbito de la conciencia/disponibilidad del propio transgresor)».

A la luz de estos principios, en caso de retraso en el cumplimiento de las prescripciones de la Autoridad, la empresa imputada por una infracción contra las normas de defensa de la competencia deberá, en concreto, probar de forma plena y rigurosa: i) que ha adoptado todas las medidas necesarias, basadas en los criterios de profesionalidad y experiencia propios de

un operador comercial del sector, dirigidas a cumplir, dentro del plazo fijado, la prescripción de dicha Autoridad; ii) no haber podido prevenir, en base a los mismos criterios de juicio, el retraso en el cumplimiento, debido a factores imprevisibles e inevitables ajenos a su esfera de responsabilidad (por ej., tendencia imprevisible del mercado, conductas de terceros, etc.).

No obstante, el Consejo de Estado observa que «en caso de que la prescripción de la Autoridad tenga por objeto la cesión de una rama de empresa o de una empresa entera [...] dentro de un plazo establecido, en unas condiciones económicas que permitan la continuación de la actividad de la empresa (destinada a cesión) en condiciones de competencia, el eventual incumplimiento del plazo deberá evaluarse *cum grano salis* y con una cierta flexibilidad, en cuanto que el hecho de que esté pendiente puede ser de por sí un elemento distorsionador de las relaciones de fuerza contractual entre la empresa obligada a la cesión y los potenciales compradores, los cuales, acercándose la fecha de vencimiento del plazo, se verán de forma natural inclinados a aprovecharse del “estado de opresión” en el que tiene que actuar la empresa obligada a la cesión, para imponer, desde una posición tendencial de fuerza contractual, condiciones de adquisición favorables para sí».

En este caso, el Consejo de Estado en efecto ha excluido la culpabilidad de la empresa, al haber demostrado esta que el retraso de aproximadamente seis meses en el cumplimiento de las prescripciones impuestas por la Autoridad se había visto determinado por circunstancias imprevisibles y ajenas a la misma, contra las cuales no cabía ningún tipo de acusación. En este sentido, han sido consideradas, entre otras, la dificultad de encontrar compradores a causa de los problemas que caracterizan la estructura económico-financiera de la empresa; la necesidad de proceder a la refinanciación/coertura/reestructuración de la organización financiera/económica/empresarial de la propia empresa, con el desembolso de notables recursos financieros; el fracaso de las negociaciones contractuales entabladas con terceros interesados en la adquisición, ante la inminencia del vencimiento del plazo establecido por la Autoridad, con motivo de la formulación de condiciones contractuales inaceptables por parte de los potenciales compradores; la marcha imprevisible del mercado de materias primas justamente en las fases más delicadas de la negociación, caracterizado por un aumento anómalo de los precios que daban lugar a la correspondiente disminución de la rentabilidad y del margen de beneficios de las empresas activas en el sector.

Esta sentencia demuestra que las decisiones de la Autoridad de defensa de la competencia –a pesar de que están teleológicamente dirigidas a evitar o sancionar distorsiones de la competencia– pueden ser de por sí una fuente de distorsión del mercado, en la medida en que pueden incidir en las relaciones de fuerza entre las empresas que operan en el mismo. El principio de culpabilidad, en estos casos, puede ser utilizado como un factor reequilibrador de dicha distorsión, protegiendo a la empresa de las posibles presiones que de forma indebida sus competidoras puedan ejercer sobre la misma.

## 7 La presunción de culpabilidad y la personalidad de la responsabilidad en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la U.E., Secc. I, 13 de julio de 2011, n.º 39/07.

Muy interesante, por los principios que se afirman sobre la personalidad y la culpabilidad de la responsabilidad de las empresas responsables de conductas que van en contra de la

Regap



ESTUDIOS

competencia, es también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la U.E. Secc. I, Sent., 13-07-2011, n.º 39/07, en la que el juez comunitario ha afrontado el problema de la aplicación de las sanciones en relación a grupos de empresas, en el caso ENI s.p.a. y de su filial al 100%. En concreto, lo más importante de la cuestión analizada es si la sociedad matriz se puede considerar responsable solidaria por las infracciones de las normas de competencia imputables a la empresa filial.

Según la defensa de ENI, no se puede presuponer que una sociedad que controla la totalidad del capital de su filial ejerza una influencia determinante sobre su conducta. El Tribunal de primera instancia, sin embargo, desmiente esta afirmación, subrayando que el derecho comunitario en materia de competencia se refiere a las actividades de las empresas y que «la noción de empresa abarca cualquier sujeto que ejerza una actividad económica, prescindiendo del estatus jurídico de dicho sujeto y de sus modalidades de financiación». En otros términos, la noción de empresa debe entenderse referida a una unidad económica incluso cuando, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas, físicas o jurídicas.

Como corolario –según el Tribunal– «la conducta de una filial puede ser imputada a la sociedad matriz concretamente en caso de que dicha filial, a pesar de tener personalidad jurídica distinta, no determine de forma autónoma su conducta en el mercado, sino que se atenga en esencia a las instrucciones que recibe de la sociedad matriz, teniendo en cuenta, en concreto, los vínculos económicos, organizativos y jurídicos existentes entre las dos entidades jurídicas. De hecho, esto se produce porque, en dicha situación, la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y, por tanto, forman una sola empresa». Así, prosigue el juez europeo, «el hecho de que una sociedad matriz y su filial constituyan una sola empresa permite a la Comisión dictar una sentencia que impone multas a la sociedad matriz, sin necesidad de demostrar la implicación personal de esta última en la infracción».

Por estos motivos, en el caso concreto de que una sociedad matriz ostente el 100% del capital de una filial que haya infringido las normas comunitarias en materia de competencia, «se puede presuponer *iuris tantum* que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante sobre la conducta de su filial». A la luz de estas consideraciones, el Tribunal considera suficiente que la Comisión pruebe que la sociedad matriz ostenta la totalidad del capital de una filial para poder presuponer que esta última ejerce una influencia determinante sobre la política comercial de la filial. La Comisión podrá después considerar a la sociedad matriz responsable solidaria para el pago de la multa impuesta a su filial, a menos que dicha sociedad matriz, a la que incumbe la carga de la prueba para rebatir dicha presunción, «no alegue medios de prueba suficientes que demuestren que su filial se comporta de forma autónoma en el mercado».

La conclusión del Tribunal de Primera Instancia, por tanto, es que, contrariamente a lo afirmado por ENI, se puede presuponer *iuris tantum* que una sociedad matriz que ostente el 100% del capital de su filial ejerce una influencia determinante sobre su conducta.

## 8 Conclusiones

El análisis expuesto demuestra que el elemento de la culpabilidad puede desarrollar un papel determinante en el ámbito del procedimiento sancionador de las autoridades administrativas

independientes. Aunque normalmente la comisión material de una infracción es suficiente para dar lugar a la aplicación de la correspondiente sanción, el operador económico puede sin embargo demostrar que no puede ser penalizado por dicha conducta, alegando en contra la existencia de “excusas”. Entre estas, puede encontrarse la existencia de un marco normativo especialmente complejo o contradictorio, la confianza depositada en indicaciones procedentes de otras administraciones, y la imposibilidad de exigir una conducta diferente, a causa de situaciones de fuerza mayor. La jurisprudencia nacional italiana ha aplicado con extrema parsimonia las causas de exclusión de la culpabilidad, mientras que la jurisprudencia europea ha aclarado que la existencia de la culpa reside en la mera conciencia del carácter ofensivo de la conducta, sin que sea necesario tampoco conocer su antijuridicidad. Fiel a su enfoque sustantivista, además, la jurisprudencia de la Corte di Giustizia ha aclarado también que la conducta ilícita de una sociedad filial controlada al cien por cien, en un principio, es imputable también al ámbito subjetivo de la matriz, sin perjuicio de prueba contraria sobre el grado real de autonomía con el que la primera actúa en el mercado.

El resultado es un marco en el cual el elemento de la culpabilidad se reduce a “válvula de seguridad” del sistema, a la que recurrir en todos aquellos casos en los que la aplicación de una sanción esté caracterizada por una injusticia sustantiva. Por tanto, no es arriesgado afirmar que el principio de la no culpabilidad, típico elemento de carácter subjetivo, acabe por traducirse en una especie de cláusula general de equidad, relevante desde el punto de vista objetivo de la relación entre acción y sanción.

## 9 Bibliografía

- ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffré, 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.º 11, 2003.
- CERBO, P., *Le sanzioni amministrative*, Giuffré, Milano, 1999.
- GIOVAGNOLI, R. e FRATINI, M., *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrina e giurisprudenza*, Giuffré, Milano, 2009.
- LIBERTINI, M., “La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n.º 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.º 11, 2003.
- PALIERO, C. E. e TRAVI, A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffré, 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 procedurali*, 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

Abogado (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 devanditos 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 jurisprudencial 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 El principio de seguridad jurídica. 3 La unificación de la jurisprudencia a través del recurso de casación. 4 Los cambios de criterio jurisprudenciales. 5 La aplicación retroactiva de los cambios de criterio en la jurisprudencia. 6 El interesante caso de la Sentencia del Pleno del TC 7/2015 de 22 de enero. 7 Conclusiones. 8 Bibliografía.

# 1 Introducción

La mayoría de las situaciones jurídicas encierran un conflicto entre los principios de seguridad jurídica y de justicia.

En las soluciones que el ordenamiento jurídico da para la resolución de dichos conflictos unas veces se priman las exigencias del primero y otras las del segundo. Lo ideal sería alcanzar un razonable equilibrio entre ambos, aunque a menudo no es fácil decantarse por la primacía de uno u otro.

Pero una de las materias en las que la seguridad jurídica constituye un factor clave es la relativa a la aplicación de los criterios jurisprudenciales de interpretación de las normas: para los ciudadanos resulta esencial tener la certeza de que las reglas de juego no se van a cambiar a mitad de litigio, a menos, claro está, que le resulten más favorables. Esto es una exigencia básica del principio de seguridad jurídica.

Ocurre, sin embargo, que con frecuencia los tribunales cambian de criterio en este aspecto, muchas veces a peor –al menos desde la perspectiva del ciudadano– y aplican los nuevos criterios, de forma retroactiva, a situaciones surgidas al amparo de criterios anteriores más favorables.

En la medida en que la jurisprudencia no tiene eficacia normativa, no es una fuente del derecho, sino que solo lo complementa; se ha venido negando tradicionalmente por parte de la jurisprudencia la imposibilidad de evitar que los cambios de criterio puedan dejar de ser aplicados a situaciones jurídicas nacidas o consolidadas al amparo de las interpretaciones judiciales anteriores sobre las normas aplicables.

Sin embargo, y frente a tal principio general, algunos autores abogan por entender que en determinados supuestos, y precisamente en aras del principio de seguridad jurídica, la jurisprudencia ha de tener exclusivamente eficacia prospectiva, sin que puedan aplicarse cambios de criterio jurisprudencial *in peius*.

Uno de los supuestos en que con más intensidad se percibe esta necesidad es, sin duda, cuando lo que está en juego es la aplicación de potestades sancionadoras o susceptibles de producir efectos desfavorables a los ciudadanos. En estos casos los cambios de criterio en la jurisprudencia no deberían tener carácter retroactivo, sino solo prospectivo, a menos, claro está, que fuesen más favorables al ciudadano. El presente artículo se propone, precisamente, abundar en esta idea.

## 2 El principio de seguridad jurídica

Los principios generales del derecho –en expresión célebre, acuñada en diversas sentencias del Tribunal Supremo de los años 90, de las que fue ponente don Javier Delgado Barrio– “son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas”<sup>1</sup>.

Y de entre estos principios generales destaca el de seguridad jurídica, que suele definirse como la certeza del derecho, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación,

---

1 Entre muchas otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1990 (EDJ 1990/5139).

que expresa la seguridad de que se conozca, o pueda conocerse, lo previsto como prohibido, ordenado o permitido por el poder público.

Es un principio general que en España ha sido elevado a rango constitucional en el artículo 9.3 de la Constitución, y del que, en una fecha tan temprana como 1981, el Tribunal Constitucional llegó a decir que constituye la suma equilibrada del resto de los principios que se enumeran en ese mismo artículo (“certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad”) que permite promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad<sup>2</sup>.

Más recientemente, el Tribunal Constitucional, en su STC 234/2012, de 13 de diciembre, con cita de la STC 136/2011, de 13 de septiembre, ha señalado que el principio de seguridad jurídica debe entenderse como «la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero) y como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación en la aplicación del derecho (STC 37/1991, de 14 de febrero)<sup>3</sup>».

En relación con la actividad jurisdiccional, el principio de seguridad jurídica descansa, en general, sobre la base de la vinculación de los jueces y tribunales con los precedentes conformados por las decisiones adoptadas a la hora de resolver casos análogos, que es, precisamente, lo que conocemos como jurisprudencia.

La ley no enumera la jurisprudencia entre las fuentes del derecho, aunque sí señala que tiene por misión complementar el ordenamiento jurídico (artículo 1 Cc).

La aplicación práctica del principio de seguridad jurídica en la actividad jurisdiccional alcanza su máxima expresión en la institución de la cosa juzgada, recogida en el artículo 222 de la LEC, que excluye un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo (cfr. artículo 222.1 LEC) y que vincula a los tribunales a lo ya resuelto con fuerza de cosa juzgada en las sentencias firmes que hayan puesto fin a procesos anteriores que constituya un antecedente lógico de lo que sea su objeto, y siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal (cfr. artículo 222.4 LEC).

El principio de seguridad jurídica en la aplicación del derecho exige que, ante el planteamiento de problemas semejantes, las respuestas judiciales sean igualmente parecidas. La dificultad que existe para ello es que, debido al principio de independencia judicial (artículo 117.1 de la Constitución), los diferentes órganos de la Administración de Justicia, unipersonales y colegiados, desplegados a lo largo y ancho del territorio nacional, no actúan de forma coordinada, y por tanto pueden tener, y de hecho tienen en la práctica, respuestas no coincidentes sobre las mismas cuestiones.

Además, los mismos juzgados y tribunales pueden ir cambiando de criterio a lo largo del tiempo, y es lógico e incluso deseable que así sea: de un lado, porque los tribunales no tienen por qué conformarse con asumir los postulados establecidos por otros, sino que pueden apartarse de ellos razonándolo debidamente; y de otro porque la jurisprudencia debe ser algo

<sup>2</sup> STC 27/1981, de 20 de julio.

<sup>3</sup> STC 37/91, de 14 febrero, fundamento jurídico 5 (EDJ 1991/1563).

vivo y ha de evolucionar junto con la realidad social –el propio artículo 3.1. Cc dice que las normas han de interpretarse de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas–, buscando en todo momento la interpretación de la norma que resulte más justa. Y no cabe evolución, como es lógico, sin la ruptura con los precedentes jurisprudenciales, tanto propios como ajenos.

Y aquí está el conflicto, que late casi siempre en cualquier situación jurídica, entre el principio de justicia, que los juzgados y tribunales deben intentar satisfacer al resolver las concretas controversias jurídicas que se les plantean, y el principio de seguridad jurídica que exige, en principio, esa identidad de respuestas judiciales ante las mismas situaciones.

De ahí que sea necesario, en aras del principio de seguridad jurídica, uniformizar los criterios aplicables por juzgados y tribunales.

### 3 La unificación de la jurisprudencia a través del recurso de casación

La tarea de uniformizar la jurisprudencia corresponde, precisamente, al Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, que tiene por finalidad revisar la aplicación del derecho, tanto sustantivo como procesal, que realizan los tribunales de inferior grado, y depurar los criterios interpretativos de las normas, estableciendo, en su caso, la interpretación que resulte correcta.

La vigente ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, que, a pesar de haber sido derogada en este aspecto por la Ley orgánica 7/2015, pero que aún estará en vigor hasta el 22 de julio de 2016<sup>4</sup>, recoge la modalidad del recurso de casación en interés de la ley, como ya lo hacía su antecesora, la Ley de 27 de diciembre de 1956<sup>5</sup>, y también el recurso de casación para la unificación de doctrina.

Ambos recursos responden a supuestos diversos pero, aun bajo criterios y circunstancias distintas, tienen por objeto en último término la búsqueda de esa necesaria uniformidad de la jurisprudencia que demandan las exigencias del principio de seguridad jurídica.

Y así dice la ley aún vigente que la sentencia que se dicte en los recursos de casación en interés de la ley, “cuando sea estimatoria fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y a partir de su inserción en él vinculará a todos los jueces y tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional” (cfr. artículo 100.7 LJCA).

La reforma operada por la Ley orgánica 7/2015<sup>6</sup> suprime tanto la modalidad del recurso de casación en interés de la ley como también el recurso de casación para unificación de doctrina que, de alguna manera, viene a subsumir en la única modalidad unificada que se crea de recurso de casación, y que cabe solo por infracciones del ordenamiento jurídico, eso sí, tanto por motivos procesales como sustantivos, siempre que exista, a juicio del tribunal al que le corresponde conocer de este recurso, interés casacional, que es el elemento que se

---

4 Véase la disposición final décima de la LO 7/2015.

5 Véase el artículo 101 de la derogada Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (BOE de 28 de diciembre de 1956).

6 Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley orgánica 6/85, de 1 de julio, del poder judicial.

erige en el presupuesto básico de admisibilidad del recurso y que se presume que concurre, entre otros supuestos, cuando la sentencia se aparta deliberadamente de la jurisprudencia existente para casos similares.

Y además, el recurso de casación cabrá no solo, como hasta ahora, contra las sentencias dictadas en única instancia por los tribunales superiores de justicia y la Audiencia Nacional, sino incluso contra sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo<sup>7</sup> y por las que resuelvan los recursos de apelación, lo que resulta muy positivo, por cuanto va a permitir que el Tribunal Supremo realice su labor hermenéutica también en relación con asuntos que hasta ahora estaban excluidos de su conocimiento.

Y, aunque la nueva regulación del recurso de casación no define la creación de la doctrina legal en los mismos términos en que lo hace la ley aún vigente, esto es, con las exigencias de publicidad y vinculación de los jueces y tribunales inferiores, sí establece que la sentencia que se dicte al resolver los recursos de casación habrá de fijar la interpretación de la norma que proceda, y que dicha interpretación podrá ser alegada como fundamento de posteriores recursos de casación cuando se aparten de ella las resoluciones judiciales que dicten los juzgados y tribunales de inferior grado.

En el anteproyecto de reforma de la LOPJ se preveía (disposición final cuarta) la creación de un recurso extraordinario de casación para unificación de doctrina, con el que se mantuvo muy crítico el CGPJ en su informe a dicho anteproyecto, y que finalmente ha sido abandonado, al menos de momento<sup>8</sup>.

Se supone que la reforma legal recientemente aprobada pretende facilitar la formación de jurisprudencia aplicable en todo el territorio nacional y reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. Eso, al menos, es lo que expresa el propio preámbulo de la ley.

Por eso, aunque la regulación de la LO 7/2015 sea distinta, los principios que la orientan, en lo que se refiere a reserva de la tarea hermenéutica al Tribunal Supremo, son los mismos que en la legislación que se deroga.

Y en relación con ella decía don Gonzalo Moliner Tamborero, presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, en un conocido artículo<sup>9</sup>, que la doctrina legal establecida en los recursos de casación en interés de la ley tiene un carácter cuasi-legislativo, por cuanto viene a colmar una laguna del ordenamiento, su eficacia pende de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, y resulta vinculante para los jueces y tribunales de inferior grado, como expresamente señala el artículo 100.7 LJCA.

Añadía, además, que, en cuanto que cualquier sentencia aplicativa de una norma constituye en sí misma una “pequeña novedad adherida a aquella” o “una determinada interpretación de la misma”, ha de convenirse en que estas sentencias tienen un carácter “quasi normativo”, pues complementan al texto de la norma, pasando, de alguna manera, a formar parte de ella.

7 Las de cuantía inferior a 30.000 euros.

8 Puede consultarse el texto del informe del CGPJ al anteproyecto en la página web del Consejo ([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”, magistrado presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. *Revista del Poder Judicial*, n.º 93, diciembre 2012.

Otros autores –algunos muy críticos, por cierto, con la regulación del recurso de casación en interés de la ley– han defendido, incluso, que la doctrina legal definida por el Tribunal Supremo a través de estos recursos tiene un carácter claramente normativo, como es el caso del catedrático de derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, D. Juan Alfonso Santamaría Pastor, cuando señala que «el legislador confiere al Tribunal Supremo un auténtico poder normativo, al permitirle declarar, con carácter vinculante, cuál sea la única interpretación correcta de una norma; y tal declaración, se vea como se vea, constituye una auténtica norma jurídica, que complementa el texto literal de la disposición objeto del proceso»<sup>10</sup>. También puede citarse entre ellos al profesor de derecho administrativo de la Universidad de Valencia Dr. D. Gabriel Doménech Pascual<sup>11</sup>.

Y ciertamente así es, ya que estas sentencias que crean doctrina legal poseen la misma fuerza de ley que la norma interpretada tiene reconocida, y en tal sentido la vinculación que en ellas se establece es máxima, ya que una vez publicadas pasan a tener el reconocimiento más intenso que en materia de seguridad jurídica se puede ofrecer, en cuanto que los demás jueces y tribunales del mismo orden jurisdiccional sólo podrán apartarse de ellas previo planeamiento de la cuestión de inconstitucionalidad –aunque, claro está, no contra la sentencia, sino contra la norma que interpreta, como ha dicho el TC en su Sentencia 37/12 (BOE 12.04.12)–, que es, precisamente, el mismo régimen que el ordenamiento jurídico tiene establecido para que los juzgados y tribunales puedan dejar de aplicar una norma legal, conforme a las previsiones contenidas en los artículos 163 CE, artículos 35 y 36 LOTC y artículo 5.2 LOPJ.

Ya no ocurrirá lo mismo, en el futuro, con el recurso de casación que se regula en la reforma operada por la Ley orgánica 7/2015, ya que ni existirá el recurso de casación en interés de la ley, ni las sentencias resolutorias de recursos de casación han de ser publicadas en el BOE, ni se dice expresamente que resulten vinculantes para los jueces y tribunales de inferior grado, lo que probablemente sea considerado como algo positivo por quienes veían en tal regulación del artículo 100.7 LJCA un ataque al principio de independencia judicial consagrado en el artículo 117.1 de la Constitución, que no obstante había sido ya descartada por el Tribunal Constitucional<sup>12</sup>.

## 4 Los cambios de criterio jurisprudenciales

Aunque, como antes se ha dicho, a partir de ahora los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo no estén obligados a seguir la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo, sino que podrán apartarse de ella, razonándolo debidamente, nótese que lo que motiva objetivamente el recurso de casación no es el mero apartamiento por los jueces y magistrados de la doctrina del Tribunal Supremo –por ignorancia, equivocación o despiste–, sino el apartamiento deliberado y consciente por considerar errónea su doctrina<sup>13</sup>. A nadie se le escapa que en la inmensa mayoría de las ocasiones, a la hora de dictar

10 SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Iustel, Madrid, 2010.

11 Merece la pena leer el excelente trabajo 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 Véase la Sentencia TC 37/12, en la que se rechaza la inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Elche en relación con el artículo 100.7 LJCA, por entenderla contraria al principio de independencia judicial.

13 Véase el artículo 88.3.b LJCA, en la redacción dada por la Ley orgánica 7/2015.

sentencia, los juzgados y tribunales asumirán casi siempre los postulados establecidos por el Tribunal Supremo de forma acrítica, maquinal y automática, y probablemente serán muy pocas las ocasiones en las que tendrán el tiempo, los argumentos, la motivación y, por qué no decirlo, la valentía suficiente como para razonar una determinada postura contraria a la interpretación establecida por dicho tribunal. También, hay que reconocerlo, por la especial *auctoritas* de que goza su jurisprudencia.

Ocurre, sin embargo, que la jurisprudencia –incluida la del Tribunal Supremo– no siempre es uniforme y, unas veces, tras años de interpretaciones asumidas por los diferentes tribunales, el Tribunal Supremo acaba estableciendo un criterio específico en sentido distinto al establecido por tribunales de inferior grado. Otras veces el propio Tribunal Supremo cambia bruscamente de criterio y rectifica su propia doctrina.

En todas estas situaciones, especialmente en las segundas, como luego se verá, se plantean conflictos entre los principios de seguridad jurídica y de justicia.

Existen numerosos ejemplos de unas y otras.

Así ocurrió, por ejemplo, en relación con los efectos del silencio administrativo en la solicitud de licencias. Tras la diversidad de opiniones y pronunciamientos judiciales al respecto, el Tribunal Supremo acabó fijando doctrina legal en su Sentencia de 28 de enero de 2009 (BOE 30.03.09), estableciendo que no pueden entenderse adquiridas por silencio licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística<sup>14</sup>. Pero hasta ese momento no habían sido pocos los juzgados y tribunales que habían sostenido que el mero transcurso del plazo para resolver, sin haber recibido notificación alguna, conllevaba la automática obtención de la licencia de acuerdo con el proyecto que se hubiese presentado para ello, incluso en los casos en que su contenido contradijese la normativa o el planeamiento urbanístico, sin perjuicio, por supuesto, de la posibilidad de la Administración de proceder a su revisión aunque, eso sí, con las correspondientes consecuencias indemnizatorias.

Algo parecido ocurrió cuando el Tribunal Supremo, rectificando el criterio establecido por el TSJ de la Comunidad Valenciana, estableció como doctrina legal en su Sentencia de 19 de noviembre de 2012 que la Administración tributaria puede reiterar los actos de gestión tributaria anulados jurisdiccionalmente, tanto si lo habían sido por motivos de forma como de fondo.

Pero incluso, como decimos, el Tribunal Supremo ha modificado sus criterios. Baste citar, entre otras, la Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2014 (Recurso de Casación 2314/02), que declaró, sin establecer doctrina legal, que los planes de ordenación de recursos humanos no tienen la consideración de disposiciones de carácter general, rectificando expresamente la doctrina que anteriormente había establecido en sentido contrario en las sentencias de 9 de abril de 2013 (Casación 209/2012), de 8 de enero de 2013 (Casación 1635/2012), 23 de septiembre de 2013 (Casación 2655/2012) y de 5 de marzo de 2012 (Casación 6439/2010).

<sup>14</sup> Esta sentencia ha recibido innumerables críticas por quienes entienden que vacía por completo el sentido de la institución del silencio administrativo.

Pero sin duda el caso más célebre y polémico de rectificación de criterios se ha dado en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012<sup>15</sup>, que modificó por completo el criterio sobre la forma en que ha de acreditarse el intento de notificación del artículo 58.4 de la Ley 30/92, que el propio tribunal había establecido diez años antes en la anterior Sentencia de 17 de noviembre de 2003<sup>16</sup>.

En esa anterior sentencia del año 2003, en efecto, se había fijado como doctrina legal que, a los efectos de tener por cumplida la obligación de notificar a que se refiere el artículo 58.4 de la Ley 30/92<sup>17</sup>, el intento de notificación efectuado por la Administración queda culminado con el momento en que el órgano administrativo en cuestión recibe la devolución del envío y se debía acreditar mediante el registro de entrada en el órgano administrativo dentro del plazo máximo de duración del procedimiento, lo que revestía una indudable trascendencia práctica en los procedimientos con efectos desfavorables para el ciudadano, ya que la caducidad, que la Ley 30/92 anuda al transcurso del plazo máximo, se entendía producida si, dentro del plazo máximo fijado por la norma, no constaba que hubiese tenido entrada, a través del registro del concreto órgano administrativo, la acreditación del intento de notificación, normalmente la devolución del servicio de Correos.

Esta doctrina propició, todo hay que decirlo, maniobras de todas clases tendentes a dilatar la recogida de las notificaciones, con el fin de provocar la caducidad del procedimiento, en bastantes casos con éxito.

Pero, más allá de lo anecdótico, lo importante es que, al amparo de esa doctrina legal del año 2003, se había formado un cuerpo de jurisprudencia absolutamente consolidada en los tribunales superiores de justicia sobre el cómputo del *dies ad quem* del plazo de caducidad en los procedimientos con efectos desfavorables para los ciudadanos, tales como los expedientes de reposición de la legalidad urbanística, expedientes sancionadores, etc.

Según esa jurisprudencia, para que pudiese entenderse cumplida en plazo la obligación de notificar la resolución que ponga fin al expediente, no era suficiente con que la notificación se produjese dentro del plazo máximo establecido en la norma, sino que también se exigía que la acreditación de ésta tuviese entrada en el registro del órgano administrativo antes de la finalización de aquél.

Sin embargo, en su Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2013, se rectifica la anterior doctrina y ya no se exige, a los efectos de tener por cumplida la obligación de notificar, que el intento de notificación tenga entrada en el órgano administrativo dentro del plazo máximo fijado por la norma, sino que pasa a entenderse que es suficiente con que dentro de ese plazo se lleve a cabo el intento de notificación, con independencia de que la entrada en el registro del órgano administrativo tenga lugar más tarde.

Otras veces los cambios de criterio no vienen por la vía de la fijación de doctrina legal sobre la interpretación de ciertas normas, sino por el establecimiento de criterios sobre requisitos procesales de admisibilidad de los recursos, como por ejemplo ocurrió con el célebre Auto

---

15 BOE de 10 de enero de 2014.

16 BOE de 5 de enero de 2004.

17 "Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado".

del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2011, que puso fin a los escritos de preparación del recurso de casación meramente formularios y pasó a exigir una mayor concreción y anticipación en la explicación de los motivos de casación, las normas estatales vulneradas y su relevancia en el fallo.

Algo semejante ocurrió en materia de error judicial cuando, a partir de su Sentencia de 23 de septiembre de 2013<sup>18</sup>, el Tribunal Supremo comenzó a exigir, como requisito formal de admisibilidad de la demanda de error, el previo planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ, criterio, por cierto, más que discutible, puesto que hay determinados errores de derecho de las sentencias, cuando derivan de posiciones jurídicamente razonadas, aunque erróneas, que no pueden ser combatidos por la vía del incidente de nulidad de actuaciones, que solo procede cuando la sentencia incurra en arbitrariedad, incongruencia, etc.

En suma, en todos estos supuestos el Tribunal Supremo ha cambiado su criterio sobre la interpretación de normas concretas y, normalmente, para establecer interpretaciones más estrictas y desfavorables para los ciudadanos. Y la cuestión que se plantea, y que se verá en el siguiente apartado, es en qué medida tales cambios de criterio pueden aplicarse a litigios en curso que se hubiesen iniciado bajo la vigencia de los criterios anteriores.

Como antes se vio, la misión de la jurisprudencia es complementar el ordenamiento jurídico, pero no completarlo, expresión esta última de la que el legislador quiso huir expresamente. La frontera entre “complementar” y “completar” es muy difusa, pero qué duda cabe de que en ocasiones es fácil que se invada, en cierto modo, la actividad del legislador, dando un paso atrás en la protección del ciudadano en materia de seguridad jurídica, como sin duda ocurrió con el cambio de criterio en materia de caducidad de los procedimientos.

Y no podríamos finalizar este análisis sin hacer mención a los casos en los que el tribunal definió doctrina legal palmariamente ilegal y errónea, como ocurrió en la Sentencia del TS de 24 de abril de 1999<sup>19</sup>, en la que señaló que el exceso en el plazo de duración máxima del procedimiento administrativo no lleva consigo la caducidad del mismo, desconociendo lo que expresamente disponía ya entonces el artículo de la Ley 30/92 al respecto. Curiosamente, los juzgados y tribunales de inferior grado optaron, directamente, por no aplicar esta doctrina, a la vista de su manifiesta y flagrante incorrección.

Algo parecido ocurrió cuando en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2003 se desconoció directamente el ordenamiento comunitario en materia de IVA.

## 5 La aplicación retroactiva de los cambios de criterio en la jurisprudencia

Si los cambios de criterio en la jurisprudencia son lógicos y deseables, ocurre que en muchas ocasiones tales cambios provocan situaciones problemáticas cuando se aplican a litigios que se encuentran en curso y que se habían planteado al amparo de la jurisprudencia existente al tiempo en que se inician.

<sup>18</sup> Procedimiento de error judicial n.º 9/2013 (EDJ 2013/197263).

<sup>19</sup> EDJ 1999/11618.

Así ocurre cuando, después de plantearse litigios con base en una determinada doctrina del Tribunal Supremo, vigente al tiempo de ocurrir los hechos e iniciarse el pleito, se da luego la circunstancia de que, antes de recaer sentencia, el Tribunal Supremo cambia de criterio –casi siempre con interpretaciones más estrictas y menos favorables a los particulares– y el juzgado o tribunal que está conociendo del asunto decide aplicar entonces el nuevo criterio para resolver el litigio, dejando por completo desprevénidas a las partes afectadas por tales cambios.

Esta situación se ha dado, por ejemplo, en todos los procedimientos en los que se planteaba la caducidad del procedimiento administrativo sobre la base de la doctrina legal fijada en la STS de 17 de noviembre de 2003, y en los que no había recaído sentencia en el momento; el Tribunal Supremo rectificó esa doctrina en su Sentencia de 3 de diciembre de 2013. En ellos, los tribunales ante los que pendían dichos recursos aplicaron la nueva doctrina legal, sin consideración alguna a su posible aplicación retroactiva.

La cuestión que se planteaba, entonces, y nos planteamos ahora, es si ese nuevo criterio, o esa nueva doctrina legal, resultaba aplicable para resolver litigios que se encontraban en curso cuando se cambió el criterio. O si el principio de seguridad jurídica debería haber evitado la aplicación retroactiva del nuevo criterio jurisprudencial a situaciones surgidas con anterioridad a su formulación.

En algunos de esos casos se acudió en amparo al Tribunal Constitucional, que normalmente se sacudió de encima la cuestión con el argumento de que se trataba de “asuntos de legalidad ordinaria”.

La interpretación oficial y ortodoxa en esos supuestos pasaba y pasa por entender que a los cambios de criterio jurisprudencial no les resulta aplicable el principio general de irretroactividad que sí se establece en el artículo 2.3 Cc solo para las normas, y ello en la medida en que la jurisprudencia no tiene la condición de norma, que las sentencias no crean derecho, sino que simplemente lo aplican, que los criterios asumidos como doctrina legal o jurisprudencial no tienen carácter normativo, sino que únicamente interpretan la ley, haciéndole decir lo que ya está en su texto y, en último término, que los jueces y tribunales pueden cambiar de criterio en cualquier momento sobre cualquier interpretación de las normas, siempre que lo razonen debidamente.

La Sala IV del TS analizó esta cuestión en varias sentencias, de 30 de abril, 13, 18 y 26 de junio de 2002, en las que recoge la tesis que se acaba de señalar y, por lo tanto, niega que se pueda hablar siquiera de aplicación retroactiva de la jurisprudencia, ya que ésta no tiene el carácter de norma jurídica ni de fuente del derecho<sup>20</sup>.

---

20 La doctrina común a todas estas sentencias se condensa así: “El problema que ahora se suscita consiste en esclarecer si la doctrina sentada en la Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1997, a la que acabamos de hacer referencia, debe ser aplicable a hechos que se hayan producido antes de la indicada fecha –tesis de la resolución combatida–, o si, como sostiene la de contraste, solamente a partir de dicha fecha debe aplicarse la aludida doctrina, de tal manera que únicamente desde ese momento podría acordarse el alta en el RETA de aquellos subagentes a quienes esta dedicación haya reportado ingresos en la cuantía ya aludida, aun cuando el inicio de la actividad hubiera tenido lugar con anterioridad. La sentencia recurrida entiende que la aludida doctrina, en cuanto meramente interpreta un precepto legal, debe aplicarse a todas las situaciones existentes a partir de la vigencia del precepto interpretado, mientras que la referencial atribuye a la aludida doctrina un carácter “cuasi normativo”, por cuanto considera que ha venido a colmar una laguna del ordenamiento, y de ello deduce que, tal como sucede, en opinión de los juzgadores, respecto de las normas jurídicas, no puede atribuirse a la repetida Sentencia de 29 de octubre de 1997 EDJ 1997/8174 efecto retroactivo; octavo.- La regla general acerca de la irretroactividad de toda norma jurídica (“ley” en sentido lato) que no disponga lo contrario viene expresamente consagrada en el artículo 2.3 del Código civil EDL 1889/1, pero esta irretroactividad no puede predicarse tampoco respecto de la jurisprudencia, porque ésta no tiene el carácter de tal norma jurídica, y no constituye tan siquiera una verdadera fuente del ordenamiento, sino que únicamente “complementa” a éste (artículo 1.6 del mismo código), lo que significa que los pronunciamientos jurisprudenciales no son constitutivos, sino meramente declarativos, de tal suerte que

Y el TSJ de Galicia, en su Sentencia de 14 de noviembre de 2008 EDJ 2008/324259), señala que “un último punto sobre el que queremos incidir es el relativo al efecto retroactivo de la doctrina jurisprudencial, al alegar el recurrente que su actuación fue la correcta al adaptarse a la vigente en su momento, sin que le pueda ser aplicable la dictada con posterioridad. Nada más lejos de la realidad, porque, a diferencia de las leyes, que normalmente tienen efecto prospectivo, las sentencias tienen naturaleza declarativa y retroactiva, por no crear derecho, sino aplicarlo (STS 07/02/02)”.

Sin embargo, cabe también otra interpretación más ambiciosa que, aunque se aparta de la línea oficial, debería ser posible defender en ciertos casos, y de la que se derivaría la imposibilidad de aplicación de la nueva doctrina legal y los nuevos criterios jurisprudenciales a los supuestos nacidos antes de su entrada en vigor, proyectándose solo como una aplicación a futuro, para los supuestos de hecho que nazcan con posterioridad.

Especialmente cuando se trate de litigios relativos al ejercicio de potestades sancionadoras o susceptibles de producir efectos desfavorables en los ciudadanos, que son, precisamente, los supuestos en los que está constitucionalmente garantizada la irretroactividad de las normas (cfr. artículo 9 de la Constitución).

Cuando se trata de la definición de doctrina legal al amparo del artículo 100.7 LJCA, que como antes se vio tiene un carácter cuasi-normativo, por las especiales características que la rodean, su publicación en el BOE y los efectos vinculantes que a partir de su publicación produce para los juzgados y tribunales de inferior grado, parece que la tesis sobre la imposibilidad de aplicación retroactiva adquiere tintes más relevantes.

Pero, más allá de estos supuestos de definición de doctrina legal –llamados por cierto a desaparecer con la nueva regulación del recurso de casación en la LO 7/2015, como antes se vio–, la cuestión puede plantearse en términos más amplios, ya que en el futuro, de acuerdo con dicha reforma, el Tribunal Supremo, al resolver esta clase de recursos, está obligado a fijar la interpretación correcta de la norma, introduciendo con ello esa “novedad adherida a la norma” de que antes hablábamos, por lo que no debería resultar descabellado sostener que tal interpretación, en lo novedoso, vendría a suponer un nuevo aspecto de la norma interpretada que, como tal, debería gozar de irretroactividad, como la propia norma, a menos que se diga lo contrario (artículo 2.3 Cc) y ello precisamente en virtud del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

En el derecho anglosajón existe una institución específica, denominada *prospective overruling*, que permite al juez limitar los efectos de los nuevos criterios a las decisiones que se adopten en el futuro. Aunque en nuestro ordenamiento no está previsto, nada debería impedir que así se acordase caso por caso, en función de las circunstancias concurrentes.

La cuestión es, sin duda, polémica y muy discutible. De hecho, en el artículo al que ya nos hemos referido unas cuantas veces, del Sr. Moliner Tamborero, después de realizar una

---

el precepto que ha sido objeto de interpretación jurisprudencial no se ve en modo alguno modificado o alterado por virtud de la doctrina que lo interpreta, sino que el significado y el alcance del precepto interpretado ha sido siempre el mismo desde que la norma legal o reglamentaria de la que aquél forma parte se promulgó, y lo seguirá siendo en tanto no se derogue o se modifique. Las sentencias sólo pueden tener eficacia constitutiva con carácter general cuando así venga establecido por excepción, como es el caso del control de constitucionalidad de las leyes, o de la legalidad de los reglamentos, o de los convenios colectivos; pero, aun en estos casos, no se reemplaza la norma anulada, sino que se declara la nulidad de ésta, de acuerdo con otra norma (la Constitución o la ley), y lo único que se preserva son los casos anteriores decididos por sentencias firmes (artículo 40 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional)”.

exposición valiente y decidida, poniendo el acento en las consecuencias del principio de seguridad jurídica, y haciendo presagiar una conclusión favorable a la eficacia únicamente prospectiva de las sentencias que definen doctrina legal, finalmente se decanta por entender que el principio general ha de ser la aplicación de los cambios de criterio jurisprudencial a todos los hechos acaecidos durante la vigencia de las normas que interpretan, aunque sean anteriores al cambio de criterio, con la única excepción de las sentencias con eficacia constitutiva (por ejemplo, sobre el control de constitucionalidad de las leyes o la legalidad de los reglamentos<sup>21</sup>), y siempre con el respeto a los límites y exigencias que se derivan del principio de cosa juzgada.

Sin embargo, hay autores que asumen una posición más decidida en este aspecto.

Así, el catedrático de derecho civil de la Universidad de Valencia Dr. Blanco Gascó señala que la eficacia retroactiva de los cambios de criterio jurisprudencial debe ser atemperada en los siguientes supuestos: “1. Cuando el cambio de criterio introduzca un obstáculo o un requisito procesal o sustantivo no exigido por la doctrina jurisprudencial en el momento de presentar la demanda o de producirse la situación (relación) jurídico-material; 2. Cuando el cambio de criterio se refiera a relaciones jurídicas duraderas o de trato sucesivo –para el autor la nueva doctrina jurisprudencial no se puede extender a las prestaciones y situaciones que sean debidas o nazcan después del cambio de criterio–; 3. Cuando el cambio de criterio suponga una situación objetivamente menos beneficiosa para el sujeto en el sentido de limitar o restringir un derecho o facultad que, de acuerdo con el criterio anterior, había sido declarado válido y que el nuevo criterio, sin mediar modificación legislativa, declara nulo; 4. Cuando el cambio de criterio obedezca a una interpretación de una norma nacional con base en una directiva comunitaria aún no transpuesta y en periodo de serlo”<sup>22</sup>.

En todos estos casos, este autor señala que, a su entender, las sentencias no pueden afectar a supuestos nacidos antes de ser dictadas.

A su vez, el magistrado del Tribunal Constitucional D. Juan Antonio Xiol Ríos ha afirmado «que, cuando el cambio de criterio jurisprudencial comporta una vulneración de principios constitucionales de garantía, produce efectos discriminatorios o conlleva la modificación de la situación de confianza consolidada en función de la cual se ha podido actuar, se deberá tener en cuenta esta circunstancia no para la no aplicación de la nueva jurisprudencia, sino para la valoración que la actuación de buena fe apoyada en una jurisprudencia errónea y después modificada pueda tener para el reconocimiento de efectos derivados de los actos o conductas correspondientes en aplicación de principios constitucionales como los de garantía, seguridad jurídica, retroactividad de la norma posterior más favorable, prohibición de la arbitrariedad (por ejemplo, en el cumplimiento de los requisitos formales para interponer

---

21 Véase, entre otras, la Sentencia del TSJ de Andalucía (Granada) de 20 de julio de 2015 (EDJ 2015/196538): «Así como no puede mantenerse que, mientras otra cosa no se establezca, los fallos de inconstitucionalidad tienen eficacia prospectiva o de futuro, pues el principio o regla general es la afirmación contraria, como recuerda la STS de 2 de junio de 2010, a salvo siempre los supuestos en que el Tribunal Constitucional ejerza la facultad que le corresponde de limitar por exigencias o por razones de índole constitucional la natural eficacia retroactiva de dichos fallos, e incluso la de atribuir a su declaración de inconstitucionalidad, por iguales exigencias, sólo una eficacia prospectiva o de futuro, también los efectos de las STS de 13 y 14 de junio de 2011, a la luz de lo dispuesto en el artículo 73, conducen a la misma conclusión, pues en nuestro ordenamiento jurídico, la contravención de una norma jurídica de superior rango determina para la de rango inferior que la contraviene la sanción de nulidad radical o de pleno derecho; y los efectos de ésta, de este grado sumo de invalidez, son como regla y en principio efectos *ex tunc*, que se retrotraen al momento mismo en que entró en vigor la norma ilegal (STS de 2 de junio de 2010)».

22 BLASCO GASCÓ, F. P., *La norma jurisprudencial. Nacimiento, eficacia y cambio*, Tirant lo Blanch, Tratados 2000, Valencia, pp. 99 y ss.

un recurso, eximirse de la condena en costas o realizar válidamente un acto procesal o en la aplicación de una norma penal con arreglo a varias etapas en su interpretación jurisprudencial respetando el principio de certeza de la ley penal y el efecto retroactivo de la norma penal posterior más favorable)»<sup>23</sup>.

El propio TJCE ha admitido que el principio de seguridad jurídica constituye un límite a la aplicación retroactiva de criterios jurisprudenciales interpretativos de las normas a supuestos nacidos antes de su declaración. Así lo ha declarado, entre otras, en su Sentencia de 20 de diciembre de 1995 (caso Bosman), en la que, tras comenzar sentando el principio general de aplicación de los criterios interpretativos de una norma a todas las relaciones jurídicas nacidas al amparo de la misma, aunque fuesen anteriores a la sentencia<sup>24</sup>, a continuación excepciona tal declaración general, por exigencias del principio general de seguridad jurídica, en los siguientes términos: «Sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de cualquier interesado de invocar una disposición que el tribunal ha interpretado con el fin de cuestionar unas relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Tal limitación únicamente puede ser admitida por el Tribunal de Justicia en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada (véanse, en especial, las sentencias Blaizot, antes citada, apartado 28, y Legros y otros, antes citada, apartado 30)».

En todo caso, en estas notas queremos centrarnos en los supuestos en que lo que está en juego es el ejercicio de potestades sancionadoras, o susceptibles de producir efectos desfavorables para el ciudadano, ya que en tal caso la prohibición de irretroactividad, como expresión del principio de seguridad jurídica, adquiere unas connotaciones mucho más intensas.

No puede dejar de recordarse que en estos supuestos la irretroactividad, en cuanto se refiere a la aplicación de nuevas normas, salvo que sean más favorables que las vigentes, se eleva a principio constitucional (artículos 9.3 y 25 de la Constitución), y ello en virtud del principio de seguridad jurídica, que está en la base de las necesarias limitaciones que han de aplicarse a la aplicación retroactiva de los cambios de criterio jurisprudencial.

Hay autores, como el abogado del Estado en excedencia D. Martín Orozco Muñoz<sup>25</sup>, que han señalado de forma valiente y decidida que, «de la misma manera que existe un principio general de no retroactividad de la ley y una prohibición de la retroactividad *in peius* de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de los derechos fundamentales, tales principios deben ser igualmente aplicables a la jurisprudencia y, más en concreto, a los cambios de criterios jurisprudenciales *in peius*».

Este criterio, tal como está formulado, resulta intachable. Y no solo por las razones que apunta, sino también por elementales razones de seguridad jurídica. Hay que tener en cuen-

23 FERRERES COMELLA, V. y XIOL RÍOS, J. A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p. 94.

24 "Con arreglo a reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 177, hace el Tribunal de Justicia de una norma de derecho comunitario aclara y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (Sentencia de 2 de febrero 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 y ss.

ta, además, que la conformidad a derecho de cualquier actuación administrativa tiene que enjuiciarse a tenor de la normativa vigente cuando se dicta<sup>26</sup>, como no puede ser de otra manera, dado el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que impide que puedan considerarse en el litigio –a menos que previamente se plantee a las partes por el trámite del artículo 33.2 LJCA– hechos o cuestiones nuevas sobre los que no haya habido oportunidad de pronunciarse en vía administrativa (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1992, 160/2001 y 158/2005, así como las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1993, 2 de julio de 1994, 20 de enero de 1996, 27 de febrero de 1999 y 25 de mayo de 2000). Y la publicación en el BOE de una nueva doctrina legal, o la fijación de un criterio interpretativo distinto de aquel sobre cuya base se planteó el litigio, no deja de ser una cuestión nueva sobre la que no han tenido oportunidad de pronunciarse las partes en la vía administrativa previa.

En materia de aplicación retroactiva de normas sancionadoras existe una copiosa jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo tiene declarado reiteradamente, con base en el artículo 25 de la Constitución, que la norma aplicable a una infracción administrativa ha de ser la que esté vigente en el momento de la comisión de la infracción, salvo que la posterior resulte más favorable, habiéndose positivizado este criterio, para todas las infracciones administrativas, en la legislación ordinaria, en el artículo 128 de la Ley 30/1992, según el cual “serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa, disposiciones sancionadoras que no se aplicarán con efecto retroactivo salvo cuando favorezcan al presunto infractor”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, razonando *sensu contrario*, a partir de la prohibición de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, plasmada en el artículo 9.3 de la Constitución, ha elaborado el principio de la retroactividad de las normas sancionadoras posteriores más favorables, criterio que hoy se encuentra asumido, a nivel general, por el artículo 128 de la Ley 30/1992, como se ha dicho.

Abundando en lo dicho, en relación con la cuestión de la norma aplicable en materia sancionadora, debe recordarse que, en el ámbito procesal y procedimental, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1989 resuelve de manera muy sencilla el viejo problema de cuál es la norma aplicable, si la vigente en el momento de producirse la infracción o de dictarse la resolución (o la sentencia), pues desde la perspectiva de la retroactividad siempre se aplicará la más favorable.

Más aún, la sentencia del TS de 13 de diciembre de 1991 admite la aplicación retroactiva de la norma sancionadora favorable incluso cuando el “procedimiento sancionador se encuentre en fase de impugnación jurisdiccional”, “puesto que –apostilla la de 26 de mayo de 1992– posibilita la aplicación de la nueva normativa sin retroacción de procedimiento, siendo además aconsejable por razones de economía procesal, siempre que se haga sin menosprecio del derecho de defensa”.

---

26 Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, n.º 763/2008, recaída en el P.O. 4222/2006.

Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1991, de modo expreso, declara que la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado se refiere no solo a la tipificación de la infracción y sanción, sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior (favorable al infractor), señalando que: «Es criterio constante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el derecho administrativo sancionador participa, con ciertos matices, de la misma naturaleza y principios del derecho penal, que en cuanto interesa a este recurso se manifiesta en tres aspectos: 1. Aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado, que para las infracciones penales establece expresamente el artículo 24 del Código penal y, con su carácter general, *a sensu contrario*, en el artículo 9.3 CE, al establecer la irretroactividad únicamente para las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, aplicación retroactiva de la norma posterior más favorable que implícitamente admite también la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 1989, de forma que la norma posterior más favorable al inculpado deberá serle de aplicación, bien por tipificar el hecho como infracción de menor gravedad, imponer una sanción más benigna, establecer un plazo inferior de prescripción que le favorece».

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto Regina c. Kirk) ha señalado que «el principio de irretroactividad de la norma penal es un principio común a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, reconocido como derecho fundamental por el artículo 7 del Convenio de Roma y que forma parte de los principios generales del derecho, cuya observancia debe garantizar el tribunal».

Por eso, partiendo de que, tal como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, resultan de aplicación los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, habrá de convenirse en que la doctrina de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables ha de referirse a unas y otras, debiéndose recordar la STC de 30 de marzo de 1981, que destaca cómo el artículo 9.3 de la Constitución garantiza la irretroactividad de las normas sancionadoras, dentro de cuya rúbrica han de entenderse incluidas las administrativas sancionadoras, y declara que la norma 9.3 ha de interpretarse también *contrario sensu*, entendiendo que la Constitución garantiza la retroactividad de la ley penal más favorable, principio ya consagrado en el Código penal. El Tribunal Constitucional reconoce que el principio reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución no tiene cabida en el artículo 25.1 de la CE, por lo que no cabría fundar en él un recurso de amparo. Sin embargo, han prosperado recursos de amparo invocando el artículo 17.1 y 24 de la Constitución española.

Las exigencias del principio de seguridad jurídica deben llevar a que todas estas consideraciones sobre la retroactividad de las normas sancionadoras o desfavorables sean igualmente aplicables a los cambios de criterio jurisprudenciales, cuando se trate de litigios que versen sobre el ejercicio de esta clase de potestades. Y ello porque, parafraseando de nuevo al Sr. Moliner<sup>27</sup>, la aplicación de un cambio de criterio a un litigio que se inició bajo la vigencia del criterio anterior, convierte de hecho en retroactiva la aplicación del nuevo criterio a hechos producidos con anterioridad a su adopción, lo que sin duda choca con la seguridad jurídica e infringe claramente sus límites, ya que la nueva interpretación permitiría defender que quien actuó en la confianza de una interpretación determinada, que expresamente era tenida por

27 MOLINER TAMBORERO, G., "Fuerza vinculante de las sentencias de casación. Referencia especial a las dictadas en unificación de doctrina", *cit.*

correcta, puede verse afectado en su seguridad jurídica, o incluso en el derecho a recibir un trato igual al que fue aplicado a quienes actuaron con anterioridad bajo la protección de la antigua interpretación. Todo ello referido, claro está, a un auténtico cambio de criterio, entendiendo por tal el que se produce sin modificación legislativa y con nuevos argumentos, como está claramente admitido de acuerdo con la doctrina constitucional y con la necesaria y permitida evolución jurisprudencial (por todas, SSTC 8/1991, de 30 de marzo, 48/1987, de 22 de abril, 200/1990, de 10 de diciembre, 59/1996, de 26 de marzo, 145/1997, de 15 de septiembre).

Y ello, como decimos, en aras de la seguridad jurídica en cuanto principio garantizado por la Constitución en el artículo 9.3, CE, pues no cabe duda de que quien está respetando el sentido de una norma, de acuerdo con la interpretación ofrecida por la jurisprudencia, se va a ver afectado en su derecho por una interpretación jurisprudencial distinta de la que lo movió a actuar de una determinada manera. Y la cuestión se vuelve especialmente grave cuando quien cree estar cumpliendo una norma, según el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se encuentra con un cambio de doctrina jurisprudencial que lleva a que aquella primera actuación no se considere a la postre adecuada a derecho.

Y más cuando la frontera entre “completar” y “complementar” el ordenamiento jurídico es tan difusa.

Volviendo al caso concreto que antes citábamos, relativo al cambio de criterio del Tribunal Supremo en materia de acreditación del intento de notificación, no cabe duda de que, a partir de la fijación de la nueva doctrina legal por la Sentencia de 3.12.14, existe un nuevo aspecto, definido judicialmente, que complementa el artículo 58.4 de la Ley 30/92, respecto a cuándo debe entenderse efectuado y acreditado el intento de notificación del acto que pone fin al procedimiento, a efectos del cómputo del plazo máximo de duración legalmente establecido, determinante de la incursión en caducidad del procedimiento, que no resulta directamente extraíble del propio texto legal, sino que ha sido fruto de la labor de complemento de la norma que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene legalmente encomendada.

En tal supuesto en concreto, la cuestión presenta unos aspectos que distan de ser claros y que imponen actuar con especial prudencia y rigor, ya que el texto literal de la norma nada aclara, y tan razonable resulta la interpretación establecida por la doctrina legal sentada por el TS en su Sentencia de 17.11.03 como la que acaba de establecer diez años más tarde en la nueva Sentencia de 3.12.13, y no puede negarse que, después de haberse asentado en garantía de la seguridad jurídica de los ciudadanos una determinada interpretación más exigente que lo que resulta del propio texto legal –como es la obligación de que no solo se haya producido el intento de notificación en plazo, sino también que quede acreditado en el expediente, por registro de entrada, dentro de dicho plazo–, pasar a dulcificar esta exigencia fijando ahora una doctrina más laxa y favorable a la Administración no parece que pueda razonablemente aplicarse con carácter retroactivo, y menos cuando se trata de procedimientos sancionadores o restrictivos de derechos individuales.

En estos casos, no parece razonable que el nuevo criterio pueda aplicarse retroactivamente si perjudica al interesado, pues ello iría directamente en contra del principio constitucional de seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas –carácter del que en cierto modo participa la doctrina legal, como hemos visto– desfavorables o restrictivas de derechos indi-

viduales, a menos que el nuevo criterio favoreciese al interesado, en cuyo caso su aplicación sería obligada.

Lo contrario sería tanto como hacer depender el acogimiento o no de la demanda de la eventualidad de la mayor o menor duración del proceso o la mayor o menor premura con que se hubiese dictado la sentencia de instancia, pues en función de tales circunstancias puede que cambie el criterio jurisprudencial sobre la cuestión objeto de debate. Y los ciudadanos no pueden quedar al albur de que se les aplique una u otra interpretación del derecho de forma diferente en función del tiempo de tramitación del litigio.

No entenderlo así sería como utilizar la indebida dilación del procedimiento como un arma arrojadiza en contra del ciudadano.

La cuestión adquiere tintes muy interesantes cuando se trata de procedimientos en los que se tramita conjuntamente la reposición de la legalidad y la sanción correspondiente, como es el caso de los supuestos en materia de infracciones a la Ley 22/88 de costas. En estos casos, a diferencia de lo que ocurre con los expedientes de disciplina urbanística, en los que se tramitan separadamente los expedientes sancionadores y los de reposición de la legalidad, el ejercicio de las potestades relativas al procedimiento sancionador y de reposición de la legalidad se encuadran en un único procedimiento, que está regulado en los artículos 101 y siguientes de la Ley de costas y 192 y siguientes de su reglamento.

Así lo ha recordado, precisamente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, entre otras en su Sentencia 692/2009 de 25 junio<sup>28</sup>.

Y en relación con la duración máxima del procedimiento, con la consecuencia de caducidad en caso de exceso, el artículo 102 de la Ley 22/88 establece que el plazo para notificación de la resolución de los procedimientos sancionadores será de doce meses, transcurrido el cual sin que se produzca aquélla se dictará resolución en la que se declare la caducidad del procedimiento y ordene el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en la legislación vigente.

La cuestión es que, a los efectos antedichos, no cabe distinguir entre una duración máxima del procedimiento en cuanto a su vertiente sancionadora y otra distinta para su vertiente de reposición de las cosas a su estado anterior, ya que el legislador no lo ha decidido así, y ambos aspectos están equiparados legalmente a efectos de caducidad, pues el artículo 44.2 de la Ley 30/1992 se refiere tanto a los procedimientos sancionadores como a aquéllos en los que la Administración ejerce potestades susceptibles de producir efectos desfavorables, como es la relativa a la reposición de las cosas a su estado anterior.

Por eso, en este tipo de supuestos no parece equivocado sostener que, si cuando se comete la infracción, y también cuando se tramita el procedimiento administrativo sancionador, e incluso el posterior procedimiento jurisdiccional, la doctrina legal sobre el *dies ad quem* para el cómputo del plazo establecido de duración máximo del procedimiento, era la de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17.11.03<sup>29</sup>, y se da la circunstancia de que la devolución

28 EDJ 2009/172468.

29 Según dicho criterio, se debía entender producida la caducidad del procedimiento porque lo relevante para que se entienda cumplido en plazo el intento de notificación y evitar la caducidad es que quede constancia del "momento en que la Administración reciba la devolución del envío", lo que es coherente con la constante jurisprudencia que preconiza que las notificaciones son actos administrativos

del envío frustrado tiene entrada en el registro del órgano administrativo después de vencido el plazo máximo de duración del procedimiento por lo que, con arreglo a dicha doctrina, no se puede entender cumplido en plazo el intento de notificación, si resulta que durante la pendencia del litigio se produce el cambio de criterio con la publicación en el BOE de la nueva doctrina legal plasmada en la Sentencia del TS de 3.12.13, y se da la circunstancia de que, aunque, como se ha dicho, no consta la entrada en plazo de la devolución del envío, sí consta, aunque de forma tardía, que el intento de notificación se produjo dentro del plazo máximo, la solución ha de ser, de todas formas, la aplicación del criterio vigente al tiempo de ocurrir los hechos y, por tanto, la caducidad del procedimiento, en razón a que quien tenía que haber acreditado el intento de notificación antes de una determinada fecha no lo hizo (cfr. Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 3 de marzo de 2011, recurso de apelación 4281/2010), y sin que pueda resolverse la cuestión aplicando el cambio de criterio establecido tras la citada Sentencia de 3.12.13, aplicación que debe entenderse improcedente en función de todas las consideraciones que se han realizado sobre el carácter cuasi-normativo de la doctrina legal, la irretroactividad de las disposiciones desfavorables y, en último término, del principio general de seguridad jurídica.

## 6 El interesante caso de la Sentencia del Pleno del TC 7/2015, de 22 de enero

Por último, no podemos cerrar estas reflexiones sin hacer referencia a una reciente sentencia del Tribunal Constitucional que, aunque referida a cuestiones formales y no sustantivas, representa un hito en materia de aplicación retroactiva de la jurisprudencia.

Y es que dentro del panorama cada vez más sombrío, complejo y exigente para el acceso al recurso de casación, que ha llegado a convertirse en una agotadora carrera de obstáculos, incluso para el jurista más avezado que exige, además, un entrenamiento intenso y una puesta al día constante, brillan destellos que hacen mantener viva la esperanza en la justicia material, al margen de formalismos, y uno de ellos es la reciente y positivamente sorprendente Sentencia del Pleno del TC 7/2015<sup>30</sup>, en la que, contra todo pronóstico, se ha venido a admitir que, al menos, cuando se trata de cuestiones formales derivadas de cambios de criterio en materia de admisibilidad de recursos, cabe la posibilidad de que los defectos en que, según esos nuevos criterios, se hubiese podido incurrir, sean subsanados *a posteriori* cumpliendo, aunque sea extemporáneamente, los nuevos requisitos que se exijan de forma sobrevenida y que, sin embargo, no se exigían cuando se inició el recurso.

Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en dicha sentencia, admitiendo la posibilidad de subsanar el escrito preparatorio del recurso de casación cuando no se ajustaba a los criterios de admisibilidad sobrevenidos establecidos por el Tribunal Supremo después de la preparación del recurso.

Es cierto que no es una postura pacíficamente asumida, ya que la sentencia cuenta con el voto particular de cuatro magistrados (uno de ellos, por cierto, el propio ponente, Sr. Xiol

---

de trámite que tienen que constar, necesariamente, en el expediente, de manera que su acreditación le incumbe al respectivo órgano administrativo, sin que pueda hacerse cargar a los administrados con la probanza del hecho negativo de no haberse practicado (Sentencia TS de 17.11.97 y 17.11.01).

30 EDJ 2015/2256.

Ríos) que advierten que la solución dada al caso concreto conlleva “riesgos imprevisibles para el tratamiento procesal futuro de los recursos de casación en todos los órdenes jurisdiccionales (...) pues de ella parece seguirse la consecuencia de que los defectos de los escritos de iniciación del recurso de casación son subsanables con carácter general, en contra de la jurisprudencia ordinaria y constitucional seguida hasta el momento”.

Pero al menos ofrece una vía para remediar, en parte –bien que referida solo a requisitos formales– las consecuencias de la aplicación retroactiva de los cambios de criterio de los tribunales y esos sí que, por desgracia –y no tanto los riesgos a los que hace referencia el voto particular– son verdaderamente imprevisibles.

## 7 Conclusión

En los supuestos de cambios de criterio jurisprudencial sobre la interpretación de normas relativas al ejercicio de potestades sancionadoras o susceptibles de causar efectos desfavorables a los ciudadanos, debería impedirse la aplicación retroactiva de los nuevos criterios a situaciones surgidas o consolidadas al amparo de los criterios anteriores, a menos que fuesen más favorables para el particular.

En estos casos debería admitirse, por tanto, como excepción al principio general, que las sentencias que recogiesen cambios de criterio en tales supuestos solo podrían tener efecto prospectivo, nunca retroactivo, con la única excepción indicada de que el nuevo criterio resultase más favorable al ciudadano.

Con ello no se estaría dotando a las sentencias de un efecto normativo que no poseen, sino simplemente atendiendo a las más elementales exigencias que se derivan del principio de seguridad jurídica.

## 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. y 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

Magistrado (Galicia, España)  
f.cominges@poderjudicial.es

Regap



NOTAS

**Sumario:** 1 Administración local. 1.1 Modificación de la plantilla para amortización de plaza cuyo titular se encuentra en situación de excedencia ocupando un puesto eventual en otra Administración. Requisitos procedimentales. 1.2 Negociación colectiva en la aprobación de los presupuestos municipales. 1.3 Competencia del alcalde para la recuperación de oficio de bienes de dominio público. 2 Bienes públicos. 2.1 Naturaleza pública demanial del suelo de la isla de Ons. 3 Contratos públicos y subvenciones. 3.1 Revisión de la concesión del servicio de transporte marítimo en la ría de Vigo en régimen de exclusividad por incompatibilidad con el derecho de la Unión Europea. Derecho del contratista a obtener una indemnización. 3.2 Contratos mixtos. Servicio de gestión integral de espacios de un complejo hospitalario. Posibilidad de licitación en un mismo contrato de los servicios de suministro energético, limpieza, seguridad, etc. 3.3 Reintegración de fondos FEDER. Plazo de prescripción. 3.4 Protección de datos personales en los procedimientos de otorgamiento de subvenciones. 4 Expropiación forzosa. 4.1 Composición del Jurado de Expropiación Forzosa de Galicia. El vocal técnico representante del ayuntamiento expropiante debe tener la titulación de arquitecto. 4.2 Insolvencia de la entidad beneficiaria de la expropiación. Deber subsidiario de la Administración expropiante de pagar el justiprecio a los propietarios afectados, en relevo de la beneficiaria. 5 Personal. 5.1 Procedimientos de selección de personal. Designación de los miembros del tribunal de la oposición: acto de trámite calificado impugnabile con la resolución final. Infracción de los principios de paridad de género y de imparcialidad y objetividad. 5.2 Edad mínima y máxima para poder acceder a las brigadas contra incendios forestales. 5.3 Supresión de la paga extra de los funcionarios de la Administración autonómica (Justicia). Entrada en vigor respecto de la paga adicional del complemento específico. 6 Responsabilidad patrimonial. 6.1 Accidente de circulación por defectuoso estado de la calzada (mancha de aceite). Cómputo del plazo de prescripción cuando resulta en un principio dudosa la titularidad de la carretera. Requisitos de la relación de causalidad. 7 Sanciones administrativas. 7.1 Participación en manifestación ilegal. Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana. 8 Tributos. 8.1 Canon eólico. 8.2 Impuesto de construcciones, instalaciones y obras. Tras la liquidación definitiva, la Administración local ya no puede revisar la base imponible del impuesto. 9 Urbanismo y ordenación del territorio. 9.1 Plan General de Ordenación Municipal. Evaluación ambiental estratégica. 9.2 Revisión del planeamiento general. Indemnizaciones por vinculaciones singulares. 9.3 Gestión urbanística. Sistema de cooperación.

Naturaleza jurídica de las cuotas de urbanización. Posibilidad de impugnación indirecta del proyecto de reparcelación. 9.4 Compatibilidad con la Directiva de servicios del Decreto 211/2012 regulador del procedimiento para la obtención de la autorización comercial autonómica.

## 1 Administración local

### 1.1 Modificación de la plantilla para amortización de plaza cuyo titular se encuentra en situación de excedencia ocupando un puesto eventual en otra Administración. Requisitos procedimentales

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) de **15 de julio de 2015** (rec. 258/2013, ponente: Ilmo. Sr. López González) desestimó el recurso interpuesto contra el acuerdo plenario de un ayuntamiento que modificó la plantilla para amortizar una plaza de personal laboral fijo cuyo titular se encontraba en situación de excedencia por incompatibilidad al ocupar un puesto eventual en la diputación provincial. Se señala lo siguiente en la sentencia:

*«(...) 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 en la aprobación de los presupuestos municipales

En la sentencia del **TSJG de 3 de junio de 2015** (rec. 256/2013, relatora: Ilma. Sra. Galindo Gil) se anula en parte el acuerdo de aprobación de los presupuestos de un ayuntamiento por haberse omitido en su tramitación el requisito de la negociación colectiva. Se afirma en la sentencia 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 del alcalde para la recuperación de oficio de bienes de dominio público**

La sentencia del **TSJG** de **30 de abril de 2015** (rec. 4052/2015, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) se pronuncia sobre los requisitos competenciales y substantivos para el ejercicio

de la potestad municipal de recuperación posesoria de bienes de dominio público en los siguientes términos:

«(...) 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 Bienes públicos

### 2.1 Naturaleza pública demanial del suelo de la isla de Ons

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en la Sentencia de **13 de mayo de 2015** (RC 1778/2013, relator: Excmo. Sr. Fernández Valverde), rechazó el recurso promovido por el Ayuntamiento de Bueu contra el Decreto 174/2010, de 1 de octubre, del Consejo de la Xunta de Galicia, que desarrolla el régimen jurídico y regula el procedimiento para el otorgamiento de las concesiones de la isla de Ons, con los siguientes 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 y subvenciones

#### 3.1 Revisión de la concesión del servicio de transporte marítimo en la ría de Vigo en régimen de exclusividad por incompatibilidad con el derecho de la Unión Europea. Derecho del contratista a obtener una indemnización

En la sentencia del **TS de 13 de octubre de 2015** (RC 2353/2014, ponente: Excmo. Sr. Lucas Murillo de la Cueva) se le reconoce a la antigua concesionaria del servicio público de transporte marítimo regular de viajeros en la ría de Vigo el derecho a percibir una indemnización por los perjuicios derivados de la pérdida de la exclusividad en la prestación del servicio como consecuencia de la revisión de oficio de la concesión por imperativo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El TS toma como punto de partida los siguientes 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. Servicio de gestión integral de espacios de un complejo hospitalario. Posibilidad de licitación en un mismo contrato de los servicios de suministro energético, limpieza, seguridad, etc.

El **TSJG** (Secc. 2ª), en la sentencia de **9 de julio de 2015** (recs. 4180/2014 e 4234/2014, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera), estima el recurso formulado por el SERGAS contra una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) que había anulado los pliegos de la licitación del servicio de gestión integral de espacios del Complejo Hospitalario Universitario de Ourense. Considera el Tribunal gallego que es posible licitar conjuntamente, en un mismo contrato, los servicios de limpieza, suministro energético, seguridad, mantenimiento, etc., de un hospital, dado que:

*«(...) si 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 Reintegro de fondos FEDER. Plazo de prescripción

La sentencia del **Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de septiembre de 2015** (rec. 685/2014, ponente: Ilma. Sra. Cadenas Cortina) anula una resolución de la Dirección General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Hacienda que obligaba a la Diputación Provincial de Ourense a reintegrar unos diez millones de euros percibidos de subvenciones del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) destinadas a la construcción de infraestructuras de depuración de aguas residuales domésticas en pequeños núcleos rurales (proyectos DAREDO y DEPUTRANS del Programa de Iniciativa Comunitaria INTERREG III). La resolución impugnada tenía su última causa en las investigaciones realizadas por la Oficina Antifraude Europea (OLAF), en las que se habían detectado graves irregularidades en los procedimientos de licitación de las obras. El Tribunal Superior anula la resolución impugnada por apreciar causa de prescripción, sin pronunciarse sobre las irregularidades denunciadas por la 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 personales en los procedimientos de otorgamiento de subvenciones

En la sentencia del **Tribunal Supremo** de **9 de marzo de 2015** (RC 3552/2012, relator: Del Riego Valledor) se desestima el recurso interpuesto por la Xunta de Galicia contra una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que sancionó a la Xunta de Galicia por publicar los datos personales de determinadas personas discapacitadas perceptoras de ayudas del Fondo de Acción Social. En la sentencia se incide 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 del Jurado de Expropiación Forzosa de Galicia. El vocal técnico representante del ayuntamiento expropiante debe tener la titulación de arquitecto

El **TSJG**, en la sentencia de **4 de noviembre de 2015** (rec. 7346/2011, relator: Ilmo. Sr. Villares Naveira), anuló una resolución del Jurado de Expropiación Forzosa de Galicia de fijación de justiprecio tras constatar un defecto sustancial en la composición del jurado. El ayuntamiento expropiante envió como representante (vocal técnico) a un abogado de XESTUR (beneficiaria de la expropiación). El tribunal insiste en que el vocal de la Administración expropiante debe poseer la titulación de arquitecto, tratándose de un requisito esencial porque:

«(...) Non se trata dun membro calquera do xurado, senón do **vocal 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 vocal 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 de la entidad beneficiaria de la expropiación. Obligación subsidiaria de la Administración expropiante de pagar el justiprecio a los propietarios afectados, en sustitución de la beneficiaria

El Ayuntamiento de Miño expropió unos terrenos para la ejecución de un complejo residencial-deportivo, promovido por una entidad mercantil en calidad de beneficiaria de la expropiación. Tras la ocupación de los terrenos y la determinación definitiva del justiprecio expropiatorio, la beneficiaria entró en situación de concurso e insolvencia. En la sentencia del **TS** de **6 de**

**julio de 2015** (RC 3349/2013, ponente: Excmo. Sr. Trillo Alonso) se ratificó la decisión del TSJG, que declaró la responsabilidad subsidiaria del Ayuntamiento y, consiguientemente, su deber de pagar el justiprecio en relevo de la beneficiaria de la expropiación. El Alto Tribunal incide en que, conforme a lo dispuesto en el artículo 33.3 de la 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 una 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*

Regap



NOTAS

*y de las Libertades Fundamentales de 1952; es decir, con las garantías que se confieren a 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 Personal

### 5.1 Procedimientos de selección de personal. Designación de los miembros del tribunal de la oposición: acto de trámite calificado impugnabile con la resolución final. Infracción de los principios de paridad de género y de imparcialidad y objetividad

El **TSJG**, en la sentencia de **17 de junio de 2015** (rec. 1/2015, ponente: Ilmo. Sr. Chaves García), confirmó en apelación la anulación de los resultados de la oposición convocada para cubrir varios puestos de una Administración local, por la defectuosa composición del tribunal de selección. En primer lugar concluye, desde una perspectiva procesal, que es posible esperar a la resolución final del procedimiento selectivo para cuestionar el nombramiento de los miembros del tribunal, ya 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*

Regap



NOTAS

de la Ley, como es la composición paritaria del mismo (al margen de las circunstancias específicas de los designados) se alcanzan 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 el incumplimiento del **principio de paridad** en los miembros del tribunal de la oposición, afirmó lo siguiente:

«(...) 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».

Y sobre la infracción del **principio de imparcialidad**, por tener la mayoría de los miembros del tribunal vínculos con determinado partido político y con las 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 predeterminar 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 Edad mínima y máxima para poder acceder a las brigadas contra incendios forestales

La sentencia del **TSJG** (Secc. 1ª) de **18 de noviembre de 2015** (rec. 435/2015, ponente: Ilmo. Sr. Chaves García) rechazó el recurso interpuesto por un sindicato contra la resolución aprobatoria de las bases de selección para la contratación temporal de brigadistas para prevención y defensa contra incendios, en las que se impuso un límite de edad de entre 18 y 60 años para poder participar en la convocatoria. Se afirma lo siguiente en la sentencia:

«(...) 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 de la paga extra de los funcionarios de la Administración autonómica (justicia). Entrada en vigor respecto de la paga adicional del complemento específico

La sentencia del **TSJG de 4 de febrero de 2015** (rec. de interés de ley 309/2014, relator: Ilmo. Sr. Díaz Casales) estima un recurso de interés de ley interpuesto por la Xunta de Galicia y fija la siguiente doctrina 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».

Se justifica dicha doctrina 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 Responsabilidad patrimonial

### 6.1 Accidente de circulación por defectuoso estado de la calzada (mancha de aceite). Cómputo del plazo de prescripción cuando resulta en un principio dudosa la titularidad de la carretera. Requisitos de la relación de causalidad

El **TSJG** examina en su sentencia de **16 de septiembre de 2015** (rec. 7008/2012, relatora: Ilma. Sra. Fernández Conde) la responsabilidad patrimonial derivada de accidentes de circulo-

lación por defectuoso mantenimiento de la carretera. En primer lugar, establece el siguiente criterio para el cómputo del plazo de prescripción cuando en un principio resulta dudosa la titularidad de la carretera:

*«(...) 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».*

Y, sobre el fondo del asunto, concluye desestimando la 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 perso-*

Regap



NOTAS

nales cuyo importe reclama. Fundando la responsabilidad en el incumplimiento del deber 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 alternatively 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 Sanciones administrativas

### 7.1 Participación en manifestación ilegal. Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana

En la sentencia del **TSJG** (Secc. 1ª) de **27 de mayo de 2015** (rec. 249/2013, relator: Ilmo. Sr. Díaz Casales) se anula la sanción impuesta por el Ministerio del Interior a un participante en una manifestación independentista no comunicada en la que se acabó quemando una bandera española, por no haberse probado que fuese uno de los promotores u organizadores de la algarada. Concluye así el tribunal gallego 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

El **TS**, en la sentencia de **27 de noviembre de 2015** (RC 1757/2014, relator: Excmo. Sr. Huelin Martínez de Velasco), desestima totalmente el recurso promovido por la Asociación Eólica de Galicia contra la Orden de la Xunta de Galicia de 15 de enero de 2010 aprobatoria del modelo de declaración de alta, modificación y baja del canon eólico (DOG 25/01/2010). En primer lugar, concluye que el canon no incurre en doble imposición respecto del impuesto de bienes inmuebles (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, rechaza el argumento impugnatorio sobre la aplicación del 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 tercer lugar, considera que el canon no infringe el principio de igualdad. Y, finalmente, reconoce que el canon eólico gallego es compatible con las:

«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 Impuesto de construcciones, instalaciones y obras. Tras la liquidación definitiva, la Administración local ya no puede revisar la base imponible del impuesto

El **TS**, en su sentencia de **12 de marzo de 2015** (RC 696/2014, relator: Excmo. Sr. Frías Ponce), desestima un recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Ayuntamiento de Ferrol. Concluye que, tras la liquidación definitiva del impuesto de construcciones, instalaciones y obras (ICIO), ya no es posible realizar una inspección de la edificación finalizada y revisar la base imponible del impuesto. Afirma el 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 aquella 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 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 y ordenación del territorio

### 9.1 Plan General de Ordenación Municipal. Evaluación ambiental estratégica

El **TS** (Secc. 5ª), en dos sentencias de fechas respectivas **23 de diciembre de 2014** (RC 3158/2012, ponente: Excmo. Sr. Peces Morate) y **10 de noviembre de 2015** (RC 1658/2014, ponente: Excmo. Sr. De Oro-Pulido López), estimó los recursos de casación, revocó las sentencias de instancia y anuló en su totalidad los planes generales de ordenación municipal

de Teo y Vigo aprobados definitivamente en los años 2010 y 2008, por haberse omitido en su tramitación la “evaluación ambiental estratégica” exigida en la Ley estatal 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en medio ambiente. Insistió el Tribunal en la primera de las sentencias 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 del planeamiento general. Indemnizaciones por vinculaciones singulares

La sentencia del **TS de 4 de mayo de 2015** (RC 336/2013, relator: Excmo. Sr. Trillo Alonso) confirma la desestimación de la reclamación de una indemnización de varios millones de euros formulada por determinados propietarios afectados por una calificación urbanística restrictiva de edificabilidad. Se afirma lo siguiente en la sentencia:

*«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 Gestión urbanística. Sistema de cooperación. Naturaleza jurídica de las cuotas de urbanización. Posibilidad de impugnación indirecta del proyecto de reparcelación

El **TSJG**, en su interesante sentencia de **22 de abril de 2015** (rec. 15024/2015, relator: Ilmo. Sr. Selles Ferreiro), analiza detalladamente la naturaleza jurídica de las cuotas de urbanización en los polígonos ejecutados por el sistema de cooperación. Concluye que la cuota de urbanización se trata de una:

*«(...) 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*

regap



NOTAS

*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) 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 Compatibilidad con la Directiva de servicios del Decreto 211/2012 regulador del procedimiento para la obtención de la autorización comercial autonómica

El **TS** rechaza en su sentencia de **30 de octubre de 2015** (RC 3870/2013) el recurso interpuesto por la Asociación Estatal de Grandes Empresas de Distribución contra el Decreto 211/2012, de 25 de octubre, de la Xunta de Galicia, por el que se regula el procedimiento para la obtención de la autorización comercial autonómica. Tras analizar minuciosamente los preceptos concretos impugnados, alcanza la siguiente 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

Doctor en Derecho  
Técnico jurídico de Urbanismo y Medio Ambiente  
Ayuntamiento 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. La integración jurídica del paisaje en el derecho al medio. 2 La recepción jurídica de la protección del paisaje en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. 3 La indeterminación del concepto de “pantalla arquitectónica” en las zonas costeras. La necesidad de su formulación como concepto jurídico garante del paisaje. 4 Reflexiones finales. 5 Bibliografía.

## 1 Introducción. La integración jurídica del paisaje en el derecho al medio

La recepción e integración en el ordenamiento jurídico español del Convenio Europeo del Paisaje, aprobado por el Consejo de Europa en Florencia el 20 de octubre de 2000, ha supuesto un auténtico revulsivo en aras a la protección del paisaje y de la estética, como garantía en los procesos de evaluación ambiental<sup>1</sup>.

El concepto de medio ambiente se ha asociado al de “calidad de vida”<sup>2</sup>, en el que representa un papel fundamental la protección del medio natural. El paisaje constituye un “valor ambiental” estético asociado a la contemplación del medio físico como escenario de las diferentes formas de vida.

Esta integración del “paisaje” dentro del concepto de “medio ambiente”, desde una perspectiva material<sup>3</sup>, se produce ya en la STC 120/1995<sup>4</sup>, de 26 de junio, cuando señala que “el medio ambiente, como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, estaría compuesto por los recursos naturales” y que “ya desde su aparición en nuestro ordenamiento jurídico el año 1916, sin saberlo, se incorporan otros elementos que no son naturaleza sino historia, los monumentos, así como el paisaje, que no es sólo una realidad objetiva, sino un modo de mirar, distinto en cada época y cultura”.

---

1 La exposición de motivos de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, recuerda la plena aplicabilidad del Convenio Europeo del Paisaje firmado en Florencia el 20 de octubre de 2000 y ratificado por España el 6 de noviembre de 2007 (*vid.* BOE n.º 31, 5-2-2008). Sus determinaciones deberán considerarse tanto en la evaluación de impacto ambiental como en la evaluación ambiental estratégica.

2 Cfr. MARTÍNEZ NIETO, A., “La contaminación del paisaje (I)”, *Actualidad Administrativa La Ley*, Ref. XXIII, tomo II, 1998, p. 435. Razona el autor que: «la posición del paisaje en el sistema jurídico ambiental se entiende perfectamente si se considera que el medio ambiente es un concepto nacido para reconducir a la unidad los diversos componentes en peligro que condicionan la vida humana». «El concepto de calidad de vida, en principio, no se sustenta tan sólo sobre la economía (nivel de vida), sino que es un indicador diferente que se alimenta de igual manera de la cultura y se liga seguidamente a la utilización racional de los recursos naturales y al medio ambiente, y todo ello con el trasfondo de la solidaridad colectiva (STC 102/1995)».

3 Cfr. SÁNCHEZ GOYANES, E., SANTOS DÍEZ, R. y CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *Ley del Suelo. Comentario sistemático del Texto refundido de 2008*, La Ley, Madrid, 2009, Ref. La Ley 3571/2010.

4 *Vid.* F. 6.

La STC 61/1997 se refiere a que “la protección de los valores estéticos del paisaje es también protección del medio ambiente”<sup>5</sup>. Más recientemente, la STS, Sala 3ª, 25-01-2012<sup>6</sup>, se inclina por esa identificación del concepto de “paisaje” integrado en el de “medio ambiente”. En su apoyo cita el considerando primero de la Directiva 92/43/CEE en el cual la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, incluida la preservación de los hábitats naturales, constituye un objetivo esencial que reviste un interés general para la Comunidad. Destaca la citada STS:

“El medio ambiente no es una abstracción, sino el espacio donde viven los seres humanos del que dependen su calidad de vida y su salud, incluso para generaciones futuras (Dictamen de 8 de julio de 1996 del Tribunal Internacional de Justicia)”.

En línea con lo anterior, los tribunales de justicia se han venido haciendo eco de la garantía paisajística y de la necesidad de que el urbanismo tenga en cuenta en su diseño, aplicación e implementación la garantía de ese bien jurídico protegido. A este respecto ha de recordarse la prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística<sup>7</sup>.

Este trabajo tiene por objeto analizar las últimas sentencias recaídas en la Comunidad Autónoma de Galicia relativas al Plan General de Ordenación Municipal de A Coruña, en las que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha considerado como parámetro de legalidad el cumplimiento del principio de protección paisajística. También se tratan brevemente los aspectos de integración paisajística en el litoral puestos en relación con los instrumentos de ordenación del territorio de Galicia.

## 2 La recepción jurídica de la protección del paisaje en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

En la Comunidad Autónoma de Galicia el fenómeno jurídico del paisaje ha tenido su reflejo legal en la Ley 7/2008, de 7 de julio, del paisaje de Galicia, recordando que proporciona el marco idóneo para abordar desde una concepción holística la comprensión del territorio. Destaca el valor del paisaje como “elemento fundamental de la calidad de vida de las personas”<sup>8</sup>.

La Ley del paisaje de Galicia refuerza la garantía de este bien jurídico hasta el punto de exigir que los planes generales de ordenación municipal, tras su aprobación inicial, deberán someterse a informe del órgano competente en materia de paisaje, que versará sobre los aspectos paisajísticos del plan<sup>9</sup>.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, considerando la relevancia de este bien jurídico protegido, ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre la necesaria integración del mismo en las políticas y actuaciones urbanísticas.

5 *Vid.* Antecedente de hecho n.º 35.

6 *Rec.* n.º 19/2008.

7 *Vid.* artículo 2.f) Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de patrimonio natural y de la biodiversidad.

8 *Vid.* exposición de motivos.

9 *Vid.* artículo 72º en la redacción dada por el artículo 47 de la Ley 12/2014, de 22 de diciembre.

Así, la reciente STSJ de Galicia de 1 de octubre de 2015 (rec. 4009/2015) desestimó un recurso presentado por un particular contra una denegación de una licencia por el Ayuntamiento de A Coruña en el entorno de la Torre de Hércules, declarada Patrimonio de la Humanidad, fundamentando aquella denegación en la vulneración de las normas de aplicación directa reguladas en el artículo 104 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (LOUGA). La negativa municipal se refería a un edificio de 25 metros de altura, 8 plantas más bajo cubierta, medidas desde la rasante natural del terreno en el Paseo Marítimo de A Coruña.

Consideraba la parte recurrente que el Ayuntamiento de A Coruña no podía denegar la citada licencia basándose en el mencionado artículo 104 de la LOUGA, sin que previamente se hubiera pronunciado el órgano sectorial autonómico con competencia en materia de patrimonio cultural y sin haberse efectuado la revisión o modificación del Plan General de Ordenación Municipal, al entender que se cumplían estrictamente los parámetros urbanísticos del plan general en vigor.

La técnica de control de verificar la necesaria integración paisajística, ya sea con el entorno urbano o rural, en los proyectos técnicos susceptibles de licencia también es una exigencia de la legislación urbanística de Galicia. En efecto, se establece el requisito de que se justifique en ellos el cumplimiento de las normas de aplicación directa<sup>10</sup>. Deben acompañarse “los correspondientes planos de situación a escala adecuada, así como de cualquier otra información gráfica que resulte precisa con el fin de respaldar su contenido”<sup>11</sup>.

La STSJ de Galicia de 1 de octubre de 2015 considera que el Ayuntamiento es órgano competente para denegar la mencionada licencia aun cuando no se hubiera recabado el informe sectorial autonómico en materia de patrimonio cultural, otorgando validez legal al exclusivo fundamento denegatorio con base en la conculcación de las “normas de aplicación directa”, habida cuenta que: “la postura de la Administración autonómica contraria a la viabilidad de la instalada licencia resulta del contenido de los informes mencionados atendiendo a las características de la pretendida y proyectada obra, no conformes con la protección dispensada al monumento declarado como Patrimonio de la Humanidad, y sin que tal decisiva consecuencia pueda ser desvirtuada por los aspectos invocados sobre naturaleza urbanística del específico terreno de la apelante”.

Además, el tribunal gallego considera como absolutamente relevante la declaración de la Torre de Hércules de A Coruña como Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO el 27 de junio de 2009, que tiene una decisiva influencia en cuanto a la procedente aplicación del artículo 104 de la LOUGA, ya que “la aparición de esta última, que supone una relevante limitación de la edificación en el ámbito de la denominada zona *buffer*, en la que se ubican los terrenos de la recurrente, determina ya la clara inviabilidad de la construcción”.

Por lo tanto, integración estética y protección del patrimonio cultural<sup>12</sup> se hallan íntimamente ligadas y protegidas por las “normas de aplicación directa”, dado que tal como establece el artículo 104.a) de la LOUGA: “Las construcciones en lugares inmediatos o que formen

---

10 Estas normas se contienen en el artículo 104 LOUGA.

11 *Vid.* artículo 195.4º LOUGA.

12 La Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, en su artículo 5.1º.i) define como patrimonio cultural «el concepto que incluye todas las acepciones de patrimonio, tales como histórico, artístico, arquitectónico, arqueológico, industrial e inmaterial».

parte de un grupo de edificios de carácter artístico, histórico, típico o tradicional deberán armonizar con el mismo. Igualmente cuando, sin existir un conjunto de edificios, hubiera alguno de gran importancia o calidad de los caracteres indicados”.

Por su parte, también de reciente actualidad resulta la STSJ de Galicia n.º 4642/2013, de 17 de septiembre de 2015 (rec. 4642/2013), que anuló una serie de determinaciones del Plan General de Ordenación Municipal de A Coruña con respecto a los parámetros de superficie y edificabilidad al entender que producían la vulneración de las “normas de aplicación directa” y las determinaciones relativas a la necesaria integración paisajística. Razona el Alto Tribunal gallego que una “pantalla vegetal” no supone por sí misma una disminución del impacto visual derivado de una mayor concentración de volúmenes fruto de la modificación del planeamiento urbanístico. Como argumentación de su fundamento, la citada STSJ expresa: «Una pantalla vegetal no es una zona de transición entre núcleos y bloques de pisos, y un polígono industrial-comercial no es uno de estos bloques. Además, si se disminuye la superficie de las parcelas edificables y se mantiene el mismo aprovechamiento, la consecuencia es una mayor concentración de lo edificado, lo que no es favorable para el núcleo cercado desde el punto de vista paisajístico».

No siempre el TSJ de Galicia ha apreciado vulneración de las normas de aplicación directa, so pena de que su invocación inmotivada se convierta en un pretexto para denegar licencias. Así, en su reciente sentencia de 14 de mayo de 2015<sup>13</sup> anuló la decisión del Ayuntamiento de Verín por cuanto este consideraba que una obra proyectada en una vivienda social no armonizaba con la tipología del resto de las viviendas sociales, al abrirse nuevos huecos y puertas, sin fundamentar debidamente la entidad local que esta variación producía la vulneración del artículo 104 LOUGA. Razona el TSJG: «Se modifican los huecos de la fachada alargando verticalmente las seis ventanas de la planta baja hasta tocar la rasante de la calle creando nuevos accesos a su interior directos desde la vía pública. Se altera el uso característico de la vivienda. Pero solo por ello no puede considerarse vulnerado el artículo 104 anteriormente transcrito, porque realmente no se aprecia que el proyecto no respete la congruencia con las características del entorno o que no se respete la armonización con el paisaje» (F.4º).

Esta preocupación acogida por el TSJ de Galicia por la protección y el derecho a un paisaje adecuado como manifestación del derecho al medio ambiente (artículo 45 CE) con el fin de evitar la “contaminación estética” se halla en línea con el actual derecho comparado. En Gran Bretaña, a través de la licencia urbanística, las autoridades “deberán comprobar si el nuevo edificio a construir encaja en el entorno arquitectónico y natural, especialmente en los casos de áreas de destacado valor ecológico o histórico, de tal manera que no afecte al paisaje y a la apariencia de la zona”. Todo ello con base en la *Planning Policy Guidance 1 (PPG 1) General Policy and Principles*<sup>14</sup>, que establece: «El aspecto del desarrollo propuesto y la relación con su entorno son consideraciones materiales a la hora de decidir las solicitudes de licencia y los recursos”.

13 STSJG 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 también se refiere al modelo británico, manifestando que cada ciudad, dentro de sus planes de desarrollo local, acoge disposiciones específicas que abordan el paisaje urbano según su identidad. “Los Planes de Desarrollo Unitario acogen las *polícies* 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 La indeterminación del concepto de “pantalla arquitectónica” en las zonas costeras. La necesidad de su formulación como concepto jurídico garante del paisaje

Deben definirse, en aras de una mayor seguridad jurídica y de acuerdo con el principio de “buena regulación”<sup>15</sup>, conceptos jurídicos indeterminados, como el de “barreras de edificación”, pensado para la realización de edificaciones en bloque. Se definen algunos instrumentos de planeamiento urbanístico, con una longitud máxima de 70 m<sup>16</sup>, si bien ésta parece excesiva con respecto al tratamiento del borde litoral, donde “lo sustancial en la pantalla arquitectónica es interponer o intercalar una barrera artificial edificatoria entre el mar y el entorno, mediante su ubicación en la zona de influencia”<sup>17</sup>.

Tal como señala GONZÁLEZ-VARAS<sup>18</sup>, la estética es objeto de derecho y, por lo tanto, debe “objetivarse”, “en tanto en cuanto puede plasmarse en una norma un criterio (estético) que sirva de referencia o apoyo para que los poderes públicos puedan actuar en un caso concreto, evitando así meras apreciaciones subjetivas y determinando un marco jurídico concreto” para los diversos operadores urbanísticos, fundamentalmente a través del establecimiento de ordenanzas estéticas o normas urbanísticas locales, y, basándose en ellas, el control mediante la técnica de la licencia urbanística de la “adecuación al ambiente de las construcciones”.

Su indefinición supondrá una fuente constante de conflictos y de apreciaciones subjetivas, a la par que se produce en la interpretación y aplicación de las denominadas “normas de aplicación directa”, siendo una exigencia fundamental la claridad normativa y la certidumbre tanto por parte de los poderes públicos como de los operadores socioeconómicos.

El planeamiento territorial y urbanístico debe aportar elementos de concreción con conceptos y límites claros, que permitan la aplicación reglada del derecho urbanístico, evitando el recurso constante a la interpretación subjetiva de las normas.

En comunidades autónomas como Baleares se ha acotado el concepto de “barrera de la edificación” en la propia planificación territorial. Así, en Mallorca se establece como longitud máxima de fachada de cada edificio la cifra de 60 metros lineales, a fin de evitar edificios bajos pero demasiado “alargados” e igualmente impactantes.

Además de establecer otros criterios de intensidad de uso, altura y ocupación máxima, “se logra una mínima homogeneidad en la regulación de la zona, ya que, por ejemplo, ningún edificio hotelero podrá superar cuatro plantas en total”<sup>19</sup>. Esto posibilita la armonización de las

15 Vid. artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

16 Vid. Artículo 7.2.3.4.j) documento de revisión del Plan General de Ordenación Municipal de A Coruña, aprobado definitivamente por Orden de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de la Xunta de Galicia de 25 de febrero de 2013 (*Boletín Oficial de la Provincia de A Coruña* n.º 129 de 9 de julio 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. El autor señala algunas pautas de integración paisajística: «(...) los edificios hoteleros ya no están juntos, no se “tocan”, sin que entre unos y otros se sitúen todas estas instalaciones de que hablamos, produciendo un efecto de separación entre las respectivas edificaciones y situando zonas verdes entre ellos, con lo que se rompe el desagradable efecto pantalla que se daba en épocas precedentes».

edificaciones en el entorno, debiendo el planeamiento que contenga la ordenación detallada ordenar los correspondientes volúmenes, buscando su adecuada integración paisajística y procurando que los desarrollos se efectúen en dirección contraria a la costa.

BLASCO ESTEVE<sup>20</sup> se refiere a la importancia de fijar esos criterios de integración de los volúmenes en el paisaje: «En cuanto a los criterios o reglas de “integración paisajística”, su importancia es esencial en el tratamiento de cualquier zona o espacio turístico: si el paisaje es un elemento esencial del territorio y de la imagen que percibe el turista, parece lógico que el planeamiento defina las condiciones generales por las que las edificaciones (y demás actuaciones con incidencia en el suelo) se integran y armonizan con el paisaje en el que se encuentran, con su entorno».

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, cabe destacar la ausencia de la definición legal de la “pantalla arquitectónica” en el planeamiento supramunicipal de Galicia, tanto en las Directrices de Ordenación del Territorio (DOT)<sup>21</sup> como en el Plan de Ordenación del Litoral de Galicia (POL)<sup>22</sup>.

La protección del paisaje relacionada con el dominio público marítimo-terrestre no opera sólo desde la perspectiva de su “integridad física”, que se garantiza mediante la técnica del “deslinde”, sino también mediante “la preservación de sus características naturales y en particular la de sus valores paisajísticos”<sup>23</sup>.

La prohibición del efecto “apantallamiento” en las zonas costeras, amén de lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley 9/2002 de Galicia, trae causa de lo ya previsto en el artículo 30.1º.b de la Ley de costas. Las DOT reproducen la literalidad del mencionado precepto estatal, al establecer: «En la franja litoral inmediata al límite interior de la ribera, con una anchura mínima de 500 metros, las construcciones evitarán la formación de pantallas arquitectónicas o la acumulación de volúmenes, sin que para estos efectos la densidad de edificación pueda ser superior a la media del suelo urbanizable programado o apto para urbanizar (o equivalentes) en el término municipal respectivo»<sup>24</sup>.

Estas determinaciones urbanísticas directamente aplicables se corresponden con la “subsunción de la protección externa del demanio costero en el marco de la protección del medio ambiente”. Las normas de aplicación directa costeras son consecuencia de la “función pública de la gestión racional de un recurso precioso ecológica, económica, estratégica y políticamente”, como es el borde litoral<sup>25</sup>.

20 Cita como ejemplo: «el Plan Insular de Ordenación de Gran Canaria contiene criterios específicos de integración paisajística de los volúmenes construidos, en especial en el caso de la edificación en ladera (artículo 217.2), dado el impacto que pueden tener los edificios en estos supuestos» (Ibidem, pp. 65-66).

21 Aprobadas por Decreto de la Xunta de Galicia n.º 19/2011, de 10 de febrero (*Diario Oficial de Galicia* n.º 36, de 22 de febrero de 2011).

22 Aprobado por Decreto de la Xunta de Galicia n.º 20/2011, de 10 de febrero (*Diario Oficial de Galicia* n.º 37, de 23 de febrero 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.

La OCDE<sup>26</sup> considera que la “calidad del litoral” depende de la densidad de población, de las características visuales, del grado de acondicionamiento y de las posibilidades de acceso del público a la costa. En las regiones costeras vulnerables, cuanto menor densidad tenga la población y menos numerosas sean las posibilidades de acondicionamiento, mejor es la calidad y más posibilidades tienen los recursos costeros de ser conservados para las generaciones venideras.

El cumplimiento de lo previsto en el artículo 30.1.b) de la Ley de costas de 1988 (LC) constituye un parámetro protector del medio ambiente fiscalizable por la Dirección General de Costas en la emisión de los informes al planeamiento urbanístico<sup>27</sup>, con el fin de comprobar que los cálculos y metodologías que utilizan estos instrumentos respetan el contenido del citado precepto legal. Por su parte, las DOT se limitan a reproducir el citado artículo 30.1.b) LC ya de por sí defectuoso y confuso<sup>28</sup>. Habida cuenta de su carácter de norma reglamentaria, podrían haber aclarado los preceptos considerados oscuros o dificultosos para facilitar su aplicación práctica por los operadores urbanísticos<sup>29</sup>, siempre respetando el bloque de la constitucionalidad y las competencias estatales en materia de costas aclaradas tras la STC 149/1991, de 4 de julio.

## 4 Reflexiones finales

Lo que empezó siendo un precepto casi poético referido a las “normas de aplicación directa” ya en la primera Ley del suelo de 1956 ha dado lugar en su aplicación por los tribunales de justicia a un auténtico “principio general del derecho” en el nuevo paradigma constituido por el urbanismo ambiental.

Urbanismo y medio ambiente constituyen dos realidades actualmente indisociables, en que la actual Ley 42/2007 de protección de la naturaleza y de la biodiversidad otorga prevalencia a los valores ambientales, formando parte el principio de integración paisajística del derecho al medio ambiente proclamado por el artículo 45 CE.

---

26 Cfr. *Gestión de zonas costeras*, OCDE, Mundiprensa, Madrid, 1995, p. 71.

Considera la OCDE que en las zonas costeras de fuerte densidad demográfica es donde la población ha experimentado un crecimiento rápido sin planificación ni control; pueden ofrecer las ventajas de que van a la par con una densidad de población determinada (infraestructuras comerciales, equipos de tiempo libre, por ejemplo). Una situación de este tipo puede, no obstante, ocasionar una degradación rápida de la calidad de los suelos y de las aguas, así como una desaparición de otras ventajas (pureza del aire, tranquilidad, calidad de las aguas costeras, espacios naturales, atractivo paisajístico, etc.).

Se distinguen dos tipos de infraestructuras: las que favorecen la perennidad, como las redes de alcantarillado bien mantenidas y explotadas y las que están más al servicio de un crecimiento rápido que de un desarrollo duradero, como las redes de carreteras muy ramificadas.

27 A la emisión de los citados informes sectoriales en materia de costas se refiere el artículo 112 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas.

28 Cfr. MORENO CÁNOVES, A., *Régimen jurídico del litoral*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 178. *El autor se muestra crítico con la confusa redacción del artículo 30.1.b) LC:*

«El artículo 30.1.b) de la LC, al establecer que *las construcciones habrán de adaptarse a lo establecido en la legislación urbanística*, se convierte en acabado ejemplo de norma absolutamente inútil».

«Puede tratarse de un intento de dar satisfacción a las malparadas administraciones autonómicas, pero, además de inútil, la formulación que criticamos es técnicamente defectuosa, por cuanto, en rigor, las construcciones tendrán que adaptarse a los instrumentos de ordenación válidamente aprobados de conformidad con la legislación urbanística. La Ley 22/1988 parece desconocer que la legislación urbanística, por lo general, no establece modelos a los que directamente hayan de adaptarse las construcciones».

29 Las DOT, al reproducir el artículo 30.1.b) de la Ley de costas estatal, se refieren a dos categorías de suelo no recogidas en la vigente legislación urbanística gallega: por una parte, al suelo “urbanizable programado”, que se identifica tradicionalmente con el que tiene señalado plazos para su desarrollo y ejecución (siendo su equivalente el *suelo urbanizable delimitado* según el artículo 14.2º.a) de la Ley 9/2002 de Galicia) y por otra parte a la de “suelo apto para urbanizar”, sin reparar en que a esta última clase de suelo se le aplica el régimen del suelo “urbanizable no delimitado”, por aplicación de la disposición transitoria 1ª d) de la LOUGA para los municipios con planeamiento urbanístico no adaptado a esta última ley.

Los preceptos reglamentarios como las Directrices de Ordenación del Territorio y del Plan de Ordenación del Litoral de Galicia, si bien contribuyen activamente a una mejor ordenación del territorio, en una posterior reforma acorde con el principio de “buena regulación” deberían incidir en aclarar aspectos necesarios para dotar de mayor seguridad jurídica a los operadores urbanísticos, tales como la definición de las “pantallas” o “barreras de la edificación”, amén de aclarar qué clases de suelos urbanizables (residenciales, terciarios, industriales) entran en el cómputo de la densidad media para evitar la formación de aquellos elementos distorsionadores en la zona de influencia definida en el artículo 30.1.b) de la Ley 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. y 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

La obra objeto de comentario es un hito más de los relevantes trabajos llevados a cabo por la Fundación Giménez Abad, cuyo secretario general, D. José Tudela Aranda, se encarga de impulsar con notable éxito desde su posición profesional de letrado de las Cortes de Aragón. Al proceder a su recensión, entiendo las responsabilidades que en su momento me transmitieron otros colegas cuando de obras mías se trataba, pues a la valía del libro se suma la amistad y consideración que me unen a sus autores.

Este volumen colectivo se inicia con el trabajo del citado jurista referido al parlamento autonómico y a la calidad de la democracia, en el que se reflexiona acerca de la trascendencia de los parlamentos autonómicos como instituciones que personifican la autonomía política de las nuevas figuras constitucionales que integran las comunidades autónomas.

Partiendo de la valoración casi adjetiva que los parlamentos autonómicos tenían inicialmente respecto de las Cortes Generales, el autor describe la construcción de un autónomo derecho parlamentario autonómico para el que reivindica su singularidad propia y su necesaria reforma dentro de la evolución del conjunto del Estado autonómico. Tudela vincula, con razón, la autonomía política y la existencia del parlamento autonómico, dando para ello sobrados argumentos jurídico-constitucionales y destacando la problemática de la asimetría constitucional existente entre las comunidades autónomas según su vía de acceso a la autonomía prevista constitucionalmente.

El análisis del letrado aragonés va más allá de una consideración descriptiva del sistema institucional de los parlamentos de las comunidades autónomas, y entra a valorar los concretos

subsistemas de partidos que fueron apareciendo en cada una de éstas con las importantes consecuencias que este mapa dinámico trajo para la evolución del derecho parlamentario autonómico.

Estas reflexiones lo conducen a analizar lo que él valora como “deriva presidencialista de la forma de gobierno”, que relaciona con una valoración positiva de la estabilidad del sistema parlamentario en el ámbito autonómico. En todo caso, se muestra crítico respecto de la posición en la que ha quedado el parlamento autonómico en relación con los intereses de los partidos a la hora de enjuiciar el funcionamiento del sistema institucional en las comunidades autónomas y concluye algo que hemos reflejado también desde el Parlamento de Galicia, que es la erosión paulatina de la autonomía parlamentaria que en algunos casos ha llevado a desconocer principios básicos del funcionamiento de las cámaras que estaban admitidos con naturalidad en el ámbito de las Cortes Generales. El autor identifica esta debilidad de la autonomía parlamentaria como una debilidad de la propia institución y que tiene sus reflejos en la dinámica política.

Tudela Aranda incide de nuevo en este trabajo en uno de los tópicos que más ha estudiado a lo largo de su dilatada experiencia profesional, cual es el de la cada vez más dañada relación entre la ley y el parlamento. Nos recuerda el clásico debate de la crisis del parlamento y la crisis de la ley y concluye que “ambas crisis interactúan, puesto que un parlamento débil no favorece la fortaleza de la ley y la debilidad de la ley no ayuda al parlamento”.

Respecto de la función de control, el autor dice que las señales de su debilidad son casi escandalosas. Compartiendo algunos problemas con las Cortes Generales, valora la debilidad controladora del parlamento autonómico como sustantivamente mayor, haciendo en este caso también responsable, entre otras, a la erosión que ha sufrido la autonomía parlamentaria. Además, para completar su pesimista visión de la situación actual, Tudela entiende fracasados los intentos normativos de rentabilización de la función de control que se han llevado a cabo, tales como la creación de oficinas de control presupuestario o la alianza entre participación y control posibilitando que los ciudadanos puedan intervenir mediante la presentación de preguntas o a través del ejercicio del derecho de petición.

La conclusión final es crítica. Valora como esenciales los próximos años en el devenir de los parlamentos autonómicos, entendiendo que sólo el éxito del Estado autonómico puede garantizar también el éxito de los legislativos que en él viven y propone, aun sin dar soluciones concretas, que las cámaras autonómicas sean un espacio privilegiado para el ensayo de nuevas fórmulas de funcionamiento.

El exsecretario de las Cortes Generales D. Manuel Alba Navarro analiza en el volumen que nos ocupa las relaciones de las Cortes Generales con los parlamentos autonómicos. El autor confiesa desde un inicio que su análisis va más allá del enfoque académico para plasmar su larga andadura profesional por haber vivido de primera mano estas relaciones institucionales. Confiesa que, aún a inicios de 2015, entiende que el régimen constitucional iniciado en 1978 está muy influido por el pasado dictatorial negador de todo tipo de pluralismo y diversidad.

Al tiempo, valora positivamente el contenido del título VIII de la Constitución en su intento de “articular un modelo político descentralizado que reconoce la existencia de un derecho de autogobierno compatible con la unidad del conjunto”.

Manuel Alba defiende que existen preceptos constitucionales que obligan necesariamente a interrelacionarse de modo asociativo a los parlamentos, si bien reconoce que la cooperación puede hacerse de muchas maneras y en la práctica la relación entre Cortes Generales y parlamentos autonómicos ha demostrado una verdadera voluntad por parte de los objetos implicados de llevarla a buen término y con un auténtico sentido de “lealtad constitucional”.

El autor defiende que el mimetismo legislativo autonómico, al tomar como referencia el Reglamento del Congreso de los Diputados para la elaboración del derecho parlamentario autonómico, ha generado una cierta cultura parlamentaria compartida que facilita las relaciones interinstitucionales. Además, la previsión constitucional de integración en el senado de los designados por los parlamentos autonómicos planteando varios problemas aplicativos posibilita también la interrelación entre las cámaras estatales y las autonómicas.

Mayor alcance tiene, según el autor, la posibilidad de que los parlamentos autonómicos demanden la tramitación de proposiciones de ley ante el Congreso de los Diputados, vía que se ha utilizado reiteradamente y que no ha dejado de plantear problemas jurídicos y políticos en su instrumentación.

Pero, sin duda, la cuestión más comprometida y que Alba Navarro entiende perfectamente resuelta en las relaciones entre las Cortes Generales y los parlamentos autonómicos es la reforma de los estatutos de autonomía. En este sentido, Manuel Alba recuerda que, en nuestro Estado compuesto, los estatutos de autonomía son leyes orgánicas que forman parte del ordenamiento jurídico del Estado y, por ello, deben ser aprobados por las Cortes Generales mediante ley orgánica. Esto lo conduce a afirmarse en la idea de que el procedimiento de tramitación no puede, en ningún caso, reducirse a un debate de aprobación o rechazo general del texto enviado por el parlamento autonómico. Su visión desde la atalaya del legislativo estatal le lleva a distinguir claramente este procedimiento de una mera convalidación al modo previsto para la tramitación en sede parlamentaria de los decretos ley.

Singular valoración merece para él, que en aquel momento era letrado mayor del Senado, la interrelación parlamentos autonómicos-Cortes Generales habida con motivo de la tramitación de la propuesta de reforma del estatuto político de la Comunidad de Euskadi. En este caso, el autor se detiene a reflexionar sobre los criterios de admisión a trámite y calificación por parte de la Mesa a la luz de la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional había dictado hasta aquel momento.

Finalmente, la constatación de que las relaciones institucionales ente los parlamentos están también profundamente vinculadas a las que tengan entre sí sus presidentes no le impide reconocer los beneficiosos efectos que ha tenido la coordinación entre los titulares de los puestos directivos en las respectivas administraciones parlamentarias, lo que quizá también se ha plasmado en la inexistencia de juicios entre las cámaras por cuestiones competenciales procedimentales o análogas. Coincido con el autor en mi entusiasta formulación de votos para que las relaciones interparlamentarias en España se mantengan con estos mismos caracteres durante largo tiempo.

Lluís Aguiló i Lucia, letrado de las Cortes Valencianas, dedica su parte del libro a explicar el tema “Ley y función legislativa en el parlamento autonómico”. Parte de la relativización que actualmente tiene el papel de la función legislativa dentro de las cámaras para, no obstante, demandar la mejora del procedimiento legislativo en los parlamentos autonómicos.

Todos los que hemos disfrutado de las tareas parlamentarias en las ponencias legislativas defendemos, como Aguiló, su reforzamiento, sobre todo pensando en la mejora de esa obsesión de los juristas parlamentarios que es la mejora de la técnica legislativa. Paralelamente, el letrado valenciano se preocupa de comentar globalmente el contenido de las leyes autonómicas, poniendo de manifiesto una vez más el proceso de imitación que se ha producido entre las comunidades autónomas. Además, nos recuerda el profesor Aguiló la progresiva presencia de la labor legislativa gubernamental a través de los decretos legislativos (como así ha ocurrido en Galicia) y de la figura introducida por las nuevas generaciones de estatutos de autonomía consistente en la incorporación de los decretos leyes. El autor es crítico sobre la utilización del decreto ley autonómico y recuerda las vías urgentes existentes en los reglamentos parlamentarios autonómicos.

*Los estudios sobre el parlamento y el control parlamentario: una aproximación desde la ciencia política* es el trabajo de Juan Luis Paniagua que explica la evolución de la doctrina sobre esa materia en los últimos años en España.

El autor vuelve sobre un gran tópico del parlamentarismo español al tratar de delimitar el concepto del control parlamentario, y para ello analiza lo que él denomina tres dimensiones del sistema político que afectan a la acción parlamentaria y de control, a saber, el modelo parlamentario que deriva de la Constitución española de 1978, los tipos de partidos específicos del caso español y, por último, el sistema de partidos que le sirven para recordarnos que a lo largo del actual ciclo democrático ha habido cinco legislaturas con gobiernos de mayoría absoluta y seis con gobierno de mayoría relativa sustentados en coaliciones legislativas de diverso tipo.

Paniagua se preocupa de comentar las relaciones entre el parlamento y el gobierno y el control parlamentario. Para ello, acude a la clásica obra de King sobre las relaciones entre gobierno y parlamento en sus cuatro escenarios posibles y posteriormente realiza un análisis teleológico del control parlamentario con ánimo de conocer el funcionamiento y rendimiento institucional, además de ubicar la actividad desplegada por los actores políticos de acuerdo con sus objetivos y sus resultados.

El estudio del control parlamentario lleva a Paniagua al análisis de las minorías y a su relación con el ejercicio de la oposición parlamentaria, entendiendo que para ello resultan decisivos desde la perspectiva de la ciencia política cuatro factores: las reglas de juego, el funcionamiento del sistema de partidos, la actividad de los grupos parlamentarios y los tipos de oposición parlamentaria a desarrollar. Finalmente, se detiene el autor en comentar el alcance y límites de los instrumentos de control parlamentario y realizar para ello una enumeración detallada de las figuras existentes en los reglamentos de las cámaras que resultará de gran utilidad para cualquier persona que quiera realizar una aproximación fáctica al sistema parlamentario español.

Una de las más destacadas plumas del derecho parlamentario español, Esteban Greciet García, a la sazón letrado de la Asamblea de Madrid, se ocupa de comentar el sugerente tema del parlamento autonómico y la renovación democrática.

Esteban analiza la realidad del parlamentarismo autonómico poniendo de manifiesto sus problemas desde el mismo origen en el sistema electoral, y trae a colación las últimas reformas institucionales que tratan de reducir el número de miembros de las Cámaras. Entre

las reformas que espera que se produzcan en los reglamentos parlamentarios están las que deban conducir a una mayor transparencia de las declaraciones de intereses de sus miembros, así como las que reivindiquen de forma razonable el protagonismo del parlamentario individual en el debate político.

Greciet reivindica la idea de que “la democracia continúa” para superar los esquemas tradicionales de los periodos de sesiones y de la distribución de los tiempos parlamentarios, aspecto que obviamente influirá en la configuración que haya de darse a un órgano como la diputación permanente.

Ideas que aparecen citadas en otros capítulos del libro referidas al procedimiento legislativo y más genéricamente a la potestad legislativa de las cámaras autonómicas son explicadas pormenorizadamente aquí incidiendo específicamente en el problema de la evaluación legislativa como punto clave de la noción de calidad en la esfera de los poderes públicos.

Pero si algún aspecto ha sido objeto tradicional de estudio en la profusa bibliografía del letrado madrileño es la del control e impulso político en los parlamentos. De este modo, Greciet nos recuerda la necesidad de reformar las comisiones de investigación y las comisiones temporales dedicadas al estudio de materias sectoriales. Además, demanda con evidentes evocaciones del sistema parlamentario anglosajón la singularización de la sesión de control y el establecimiento claro de un cupo de iniciativas de orientación política en las cámaras.

Desde una perspectiva más institucional, el profesor madrileño propone una serie de cambios que afectan al ámbito de la transparencia y publicidad política de las cámaras autonómicas. Se trata, en definitiva, de convertir la publicidad formal y material de las asambleas en transparencia asumiendo lo que denomina “filosofía de la transparencia” que impregnen los principios del parlamento autonómico y más tarde las normas que lo rigen. En este orden de cosas, la transparencia parlamentaria que defiende el autor debe posibilitar un derecho de acceso a la información parlamentaria efectivo que se complete con una publicación cualificada de toda la información de la cámara en su web. Esteban completa su trabajo con lo que denomina “derecho al parlamento autonómico”, cuyo contenido cifra en el derecho subjetivo de los ciudadanos a acceder a la información y documentación que llega a la institución para, con ello, situarse en condiciones óptimas de mejorar su capacidad de participación política directa o por medio de representantes.

Elviro Aranda Álvarez trata en cuatro grandes bloques de la “calidad democrática y reformas electorales en las comunidades autónomas”. Para ello, parte de analizar los argumentos que se utilizan para presentar propuestas de reducción de diputados en los parlamentos autonómicos, explicando que éstas no tienen que ver tan solo con la disminución del gasto público, sino con dos temas de gran contenido constitucional: el sistema electoral vigente en cada uno de los territorios y las condiciones para la organización y funcionamiento de las respectivas cámaras.

El profesor Aranda entiende que las reformas electorales de las asambleas de las comunidades autoconducen a efectos contrarios a las que, en su momento, se contenían en las recomendaciones del Consejo de Estado. Además, entiende que el parlamento ha de seguir siendo la instrucción central en el sistema autonómico y en ningún caso debe perder esa posición que originariamente le otorgaron los estatutos de autonomía. Termina su trabajo

REGAP



RECENSIONES

explicando los problemas concretos de la reducción del número de los parlamentarios en el caso de las Cortes de Castilla-La Mancha.

José Ignacio Navarro Méndez, letrado del Parlamento de Canarias, y una de las mentes mejor amuebladas en lo referido al parlamento del siglo XXI, reflexiona acerca de “parlamentos abiertos y transparentes. La apuesta por las TIC en la vida parlamentaria”. Partiendo de la pregunta consistente en si la nueva cultura participativa es un complemento de la clásica democracia representativa o si puede acabar por convertirse en el modelo característico de las democracias modernas, Navarro se adentra en el comentario de la situación de los parlamentos en tiempos que él califica de “pérdida de legitimidad”. En este sentido, entiende que uno de los frentes más esperanzadores para luchar contra la situación es la utilización inteligente de las TIC por parte de las asambleas legislativas para ser más transparentes, más cercanas a los ciudadanos y abiertas a su participación, así como para explicar mejor que hacen y por qué.

El autor cacereño explica la situación actual de la transparencia parlamentaria como evolución del clásico principio de publicidad de la actividad de las cámaras parlamentarias. La transparencia impone una doble obligación a los parlamentos: facilitar el acceso por los ciudadanos a la información disponible cuando éstos la soliciten y les exige además una actitud activa, pues de oficio están obligados a publicitar por los medios con los que cuenten la información relativa a su funcionamiento y a las actividades que ejercen. Esta faceta de la transparencia entiende Navarro Méndez que no se ve satisfecha con el cumplimiento de las formalidades tradicionales del principio de publicidad parlamentaria.

Los indicadores de transparencia parlamentaria son analizados por el autor partiendo del reconocimiento del carácter pionero que en su momento tuvo la Lei 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega. Considera la iniciativa llevada a cabo por Transparencia Internacional España como muy positiva y valora positivamente también la existencia de la red de transparencia legislativa en Iberoamérica.

Pero el letrado del Parlamento de Canarias no deja de ofrecernos algunos ejemplos destacables de iniciativas para fomentar la transparencia y la participación ciudadana en la vida parlamentaria. De este modo, destaca experiencias del Parlamento de Navarra y de Cataluña y, especialmente, la plataforma ciudadana en línea del Parlamento Vasco “ADI” (Aporta, Debate, Influye). Con esta misma filosofía destaca la experiencia “legisla con nosotros” del Parlamento de Galicia, que valora de modo muy positivo por permitir abrir nuevas vías de participación que se unen a las que formalmente reconocen a los ciudadanos los reglamentos parlamentarios.

José Ignacio reflexiona sobre la comunicación parlamentaria y las redes sociales como herramientas idóneas de transparencia. En este orden de cosas, entiende que los medios sociales, como conjunto de herramientas basadas en Internet para entrar en contacto con otros sujetos políticamente activos, son a día de hoy herramientas imprescindibles para la comunicación de las cámaras con los ciudadanos. Opina que los parlamentos autonómicos han de apostar por la profesionalización de los gestores de la comunicación parlamentaria para lograr el máximo nivel de penetración y de reciprocidad e hiperactividad en la información de las cámaras.

Las conclusiones a las que llega el profesor Navarro reafirman la utilidad de las tecnologías de la información para dar a los ciudadanos nuevas vías de participación para que puedan

hacer sus aportaciones en los procesos parlamentarios tanto de control político del ejecutivo como en la elaboración legislativa.

Nos encontramos pues ante un volumen colectivo de altísimo nivel y que viene a sumarse a otras obras corales que los letrados de las cámaras autonómicas han publicado en los últimos años y que ponen de manifiesto la necesidad de una reforma reflexiva de los marcos de actuación de los parlamentos autonómicos en tiempos de crisis.

**Xosé Antón Sarmiento Méndez**

Letrado mayor

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

La obra *Seguridad pública y constitución* ha sido galardonada con el I Premio Internacional de Investigación "Instituto García Oviedo", que persigue fomentar la investigación y su difusión en el ámbito del derecho administrativo. Con este premio se ha recompensado el gran esfuerzo que ha llevado a cabo su autor, Miguel Casino Rubio, para escribir un libro cuya lectura, más que necesaria, resulta imprescindible, no sólo para especialistas en la materia, sino también para todos aquellos que deseen adentrarse en el significado de los conceptos constitucionales de "*orden público*", "*seguridad pública*" y "*seguridad ciudadana*". No hay ninguna duda de que la seguridad pública o ciudadana, o el orden público, representan hoy en día una de las principales preocupaciones ciudadanas, y por ello la tarea realizada por CASINO adquiere una importancia capital.

La obra se estructura en cinco capítulos. El primero de ellos se ocupa de uno de los principales objetivos perseguidos por ésta, que es el de resolver el problema de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que tiene su referencia en el artículo 149.1.29ª CE y su expresión clave en la "*seguridad pública*". En este sentido, CASINO expresa la necesidad de determinar qué debe entenderse por "*seguridad pública*" en un Estado descentralizado, ya que a pesar de que el artículo 149.1.29ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en esa materia, concede a las Comunidades Autónomas la posibilidad de creación de policías en la forma que se establezca en los respectivos estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica. Este escenario se complica por el hecho de que la CE menciona también los términos de "*orden público*" y "*seguridad ciudadana*" con aparente

confusión e indeterminación, lo que dificulta en gran medida la tarea de depuración del significado de la materia constitucional "*seguridad pública*". En este contexto, no es extrañar que tanto el legislador autonómico como el estatal utilicen los mencionados términos sin seguir aparentemente ninguna regla fija, lo cual se refleja en una serie de ejemplos citados por CASINO en el capítulo I de su obra.

Con el fin de indagar en el significado de estos tres conceptos, CASINO expone en el capítulo II algunas de las opiniones doctrinales existentes sobre "*seguridad pública*", "*orden público*" y "*seguridad ciudadana*". De este modo, el autor aborda tanto la doctrina administrativa como la constitucionalista, y demuestra que la mayor parte de las obras examinadas sólo vienen a confirmar la confusión dominante, sin arrojar mucha luz a la distinción entre los tres conceptos mencionados.

De forma sistemática, y tras haber estudiado las opiniones doctrinales más relevantes, CASINO dedica el capítulo III de su obra a examinar el significado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional otorga a cada uno de los tres términos constitucionales. En este sentido, pone de manifiesto que existen múltiples sentencias del Tribunal Constitucional sobre el concepto de "*seguridad pública*", en las que dicho tribunal intenta con mucho esfuerzo identificar un criterio que sirva de distinción, entendiéndose que los cuerpos y fuerzas de seguridad se configuran como la pauta más adecuada de delimitación; así, para el Tribunal Constitucional toda acción o servicio policial encaja en el artículo 149.1.29 CE, poniendo de relieve que otros aspectos y funciones distintas de las que corresponden a los cuerpos y fuerzas de seguridad, y atribuidas a otros órganos y autoridades administrativas, componen igualmente aquel concepto. No obstante, y pese a que de las sentencias examinadas pueden extraerse afirmaciones decisivas y hasta declaraciones exactas sobre el significado constitucional de la materia de "*seguridad pública*", resultan de especial interés las valoraciones que el autor realiza acerca de lo establecido en dichas resoluciones, ya que plasma de forma concisa y esclarecedora una serie de consecuencias derivadas de convertir a los cuerpos y fuerzas de seguridad en la única vara de medir que no deben ser pasadas por alto.

Una vez examinada tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional, CASINO intenta llevar a cabo una reconstrucción de los conceptos en cuestión. De este modo, en el capítulo IV, trata de definir y diferenciar la "*seguridad pública*", el "*orden público*" y la "*seguridad ciudadana*", haciendo hincapié en la importancia de distinguir la policía de seguridad de las policías administrativas especiales, puesto que las segundas carecen de competencia para el mantenimiento de la seguridad y del orden público.

Por último, el autor considera necesario hacer una referencia a la "*seguridad privada*". Así, en el capítulo V del libro deja constancia de que la seguridad privada es en sí misma seguridad pública, aunque prestada por sujetos privados. Considero que la inclusión de este último capítulo es un total acierto, puesto que las precisiones que en él se consagran permiten al lector obtener una visión global y reforzada del significado de la materia de "*seguridad pública*"; de este modo, estimo muy oportuno que CASINO incida en la idea de que en nuestro ordenamiento sólo existe un tipo de seguridad: la seguridad pública o ciudadana, cuya competencia corresponde de forma exclusiva al Estado.

Se pueden resaltar innumerables facetas de la obra, como los minuciosos extractos que realiza el autor de la mejor doctrina administrativa y jurisprudencial, el extraordinario análisis y valoración de la jurisprudencia constitucional existente al respecto, el gran volumen de

fuentes consultadas, o la clara y comprensible forma en la que se trata una cuestión tan problemática como la expuesta. Por todo ello, este libro se configura, sin duda alguna, como una obra de indispensable consulta, y como un inmejorable punto de partida para aquellos que pretendan abordar el significado de unos conceptos constitucionales tan importantes como imprecisos y confusos.

**Antía Boo Corral**

Graduada en Derecho

Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España)

antia\_bc@hotmail.com

Regap



RECENSIONES