

Significación e claves da Lei de
régime xurídico do sector público

Significación y claves de la Ley de régimen jurídico del sector público

Significance and keys of the Legal
regime of the public sector act

53
Regap

RAFAEL PIZARRO NEVADO*

Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba (Andalucía, España)
rpizarro@uco.es

Recibido: 07/05/2017 | Aceptado: 20/06/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Tras a entrada en vigor da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, pode facerse unha valoración das razóns da reforma, da técnica empregada e do seu heteroxéneo contido. Constatase o limitado alcance da reforma, que asume no fundamental os contidos das leis que substitúe para perfeccionalos, buscando un funcionamento máis eficaz e eficiente do conxunto das administracións públicas, pero sen introducir reformas de gran calado, así como as dificultades que formula a súa entrada en vigor graduada e o complexo sistema de adaptación das entidades existentes á nova norma, que provoca unha grande incerteza sobre o réxime xurídico de moitas entidades durante ese dilatado período.

Palabras clave: organización administrativa, sector público, relacións interadministrativas, infraccións e sancións administrativas, responsabilidade patrimonial, convenios administrativos.

Resumen: Tras la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, puede hacerse una valoración de las razones de la reforma, de la técnica empleada y de su heterogéneo contenido. Se constata el limitado alcance de la reforma, que asume en lo fundamental los contenidos de las leyes que sustituye para perfeccionarlos, buscando un funcionamiento más eficaz y eficiente del conjunto de las administraciones públicas, pero sin introducir reformas de gran calado, así como las dificultades que plantea su entrada en vigor escalonada y el complejo sistema de adaptación de las entidades existentes a la nueva norma, que provoca una gran incertidumbre sobre el régimen jurídico de muchas entidades durante ese dilatado período.

Palabras clave: organización administrativa, sector público, relaciones interadministrativas, infracciones y sanciones administrativas, responsabilidad patrimonial, convenios administrativos.

Abstract: Following the entry into force of Law 40/2015, of 1 October, on the legal regime of the public sector, an assessment can be made of the reasons for the reform, the technique used and its heterogeneous content. It verifies the

* Universidad de Córdoba. Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER 2015/67685

limited extension of the reform, which basically assumes the content of the replaced laws in order to improve them, seeking for a more effective and efficient functioning of the public administrations, but without introducing major reforms; and the difficulties involved in its staged entry into force and the system of adaptation of existing entities to the new regulation, which causes great uncertainty about the legal regime of many entities during that long period.

Key words: administrative organisation, public sector, inter-administrative relations, administrative offenses and penalties, administrative responsibility, administrative agreements.

Sumario: 1 La reforma del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. 1.1 Razones y consecuencias de una tramitación precipitada. 1.2 Una reprochable separación en dos leyes. 1.3 La controvertida competencia estatal. 1.4 El limitado alcance subjetivo de la reforma. 2 Una reforma organizativa de poco calado. 3 Régimen de los órganos administrativos. 3.1 Técnicas de alteración del ejercicio de la competencia. 3.2 Órganos colegiados. 4 La Administración general del Estado. 5 El sector público institucional. 5.1 Regulación básica sobre el sector público institucional. 5.1.1 La supervisión continua. 5.1.2 El Inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local. 5.1.3 Los consorcios. 5.2 El sector público institucional de la Administración general del Estado. 5.2.1 Tipología de los entes del sector público institucional estatal. 5.2.2 Control de eficacia y supervisión continua. 5.2.3 Los organismos públicos. 5.2.4 Las sociedades mercantiles estatales. 5.2.5 Las fundaciones del sector público estatal. 6 Los principios de la potestad sancionadora. 7 La responsabilidad de las administraciones públicas. 8 El funcionamiento electrónico del sector público. 9 Los convenios. 10 Las relaciones interadministrativas. 11 Valoración final. 12 Bibliografía.

1 La reforma del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común

La reciente entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, permite hacer una primera valoración de su contenido y de los desafíos que plantea. Lo hacemos condicionados por la extensión propia de un artículo de revista, que no permite analizar en profundidad la totalidad de instituciones afectadas, que son muchas y muy heterogéneas. Se ofrece únicamente una descripción general de sus características y contenidos, dando cuenta de las novedades más relevantes y de las críticas que ha generado¹.

Con carácter preliminar, es necesario hacer unas consideraciones generales sobre las razones de la reforma y la técnica empleada, que merecieron un juicio negativo de la doctrina desde la presentación de los anteproyectos de ley. Se cuestionó su oportunidad, la artificiosa y fallida separación en dos textos legales de lo organizativo y lo procedimental y el tratamiento dado a muchas de las instituciones reguladas².

1 Para un análisis más detenido de las muchas cuestiones que suscita la LRJSP, puede consultarse la bibliografía que se cita en las siguientes páginas. Entre las obras de alcance general pueden señalarse las siguientes: GAMERO CASADO, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016; LÓPEZ MENUJO, F. (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016; VELASCO CABALLERO, F. (coord.), *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2016. También son de interés los números monográficos de las siguientes revistas: *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015, dedicado a los proyectos de Ley de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas; y *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016, sobre las nuevas leyes de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público.

2 Como muestra, pueden citarse los análisis de los proyectos de Ley de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas publicados en *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015; o el de SÁNCHEZ MORÓN, M., "Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las administraciones públicas", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 56, 2015, pp. 18-27. LÓPEZ MENUJO es más moderado en su valoración de la oportunidad de las leyes, aunque se muestra bastante crítico sobre su corrección técnica ("Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, p. 16).

1.1 Razones y consecuencias de una tramitación precipitada

Una de las críticas más recurrentes fue que la reforma respondía casi exclusivamente a preocupaciones de carácter contingente. Para consolidar la senda de crecimiento económico, España incluyó en el Programa Nacional de Reformas de 2015, como una de las reformas estructurales básicas en el eje de reforma de las administraciones públicas, la promulgación de una nueva Ley de procedimiento administrativo y de una nueva Ley de régimen jurídico del sector público con dos objetivos declarados: fomentar la Administración electrónica y crear un entorno regulatorio más favorable a la actividad económica, para reducir las cargas administrativas que soportaban los ciudadanos y las empresas. El programa fue presentado a las instituciones comunitarias el 30 de abril, y el 15 de mayo la Comisión hizo públicas unas recomendaciones en las que reconocía que España había hecho algunos progresos en temas legislativos y de mejora de la Administración, pero señalaba que en muchos casos esos avances habían sido “limitados”. Esto podría explicar en parte por qué los proyectos de ley tuvieron una tramitación parlamentaria tan acelerada³, con una discusión inconsistente a su paso por la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas con competencia plena. Con mínimas enmiendas, los proyectos superaron el trámite y el 2 de octubre se publicaron en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP).

Esa urgencia impidió la participación en el proceso de la doctrina administrativista y de los operadores jurídicos que debían aplicarlas. De haber existido el deseable diálogo con el legislador, con el sosiego que requiere una reforma de los elementos estructurales del derecho público y del funcionamiento del sector público, los anteproyectos se habrían enriquecido con una visión más amplia, mayor ambición en los objetivos y una corrección técnica de la que carecen los textos resultantes en no pocos aspectos.

1.2 Una reprochable separación en dos leyes

También coinciden las críticas en las dificultades derivadas de la separación de la nueva regulación en dos leyes conforme a un criterio artificioso, que ni siquiera es siempre respetado por el legislador⁴. Para entender las razones de esa división, es necesario de nuevo traer a colación el proceso de reforma de las administraciones públicas promovido por el Gobierno de España entre las medidas para combatir la crisis económica iniciada en 2009, aumentando la competitividad económica y la sostenibilidad fiscal. Aunque por simplificar se afirma que ambas leyes son fruto del Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas –el conocido como Informe CORA–, en realidad deben enmarcarse en un proceso más amplio de racionalización del sector público estatal, autonómico y local iniciado en 2010, que explica los objetivos y principios de la LRJSP⁵ y del propio Informe CORA. En este último

3 Sobre el procedimiento de aprobación seguido y las razones de esa premura, *vid.* GAMERO CASADO, E., “Encaadre de la nueva legislación en el acervo del derecho administrativo”, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 111-117.

4 *Vid.* PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 19-21.

5 Para contextualizar la LRJSP en dicho proceso de reforma del sector público, *vid.* LÓPEZ BENÍTEZ, M., “Reestructuración de la Administración Estatal y de las Administraciones Autonómicas”, *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor,

se proponía la elaboración de un marco normativo común a todas las administraciones públicas para dotarlo de mayor coherencia y evitar la profusión normativa característica de este sector. Con ese propósito se aprobaron la LPAC y la LRJSP. La segunda debía servir también para reformar la organización del sector público e impulsar la Administración electrónica.

El primero de los objetivos, el que perseguía mayor sistematización y coherencia en el núcleo del derecho administrativo, no se ha alcanzado; entre otras cosas, por la artificiosa separación de sus contenidos. No es fácil entender las razones de esa fragmentación. Aunque en la exposición de motivos de ambas leyes se explica que la LPAC contiene las reglas que ordenan las relaciones de los ciudadanos con las administraciones públicas (relaciones *ad extra*), con especial atención al uso en dichas relaciones de los medios electrónicos, mientras que la LRJSP comprende la legislación básica sobre el régimen jurídico aplicable a todas las administraciones públicas, el régimen jurídico propio de la Administración general del Estado y las relaciones interadministrativas, lo cierto es que la distribución de contenidos no siempre responde a ese criterio y las leyes resultantes no son compartimentos estancos. Las dos están plagadas de remisiones recíprocas⁶ y en muchas materias lo que cada una de ellas incluye es una regulación parcial que debe completarse con lo dispuesto en la complementaria (v. gr. funcionamiento electrónico), por lo que a la postre es imposible entender la LRJSP sin la referencia constante a la LPAC.

Por si fuera poco, el legislador no siempre ha respetado el criterio escogido para determinar la ubicación de ciertos contenidos, ya que no permite una inserción fácil en el nuevo entramado legal de instituciones que no responden a esa lógica⁷. Esto es muy evidente en el título preliminar de la LRJSP, en materias como la potestad sancionadora, la responsabilidad patrimonial o el funcionamiento electrónico de las administraciones públicas. En la LRJSP se encuentran contenidos que, de acuerdo con lo expresado en las exposiciones de motivos, deberían encontrarse en la LPAC⁸.

Además, la criticable separación tiene otras consecuencias negativas, puesto que –como se comprobará más adelante– también dificulta la identificación de las normas que tienen carácter básico, por lo que no puede afirmarse sencillamente que la regulación resultante sea más sistemática, coherente ni ordenada⁹. Las dificultades interpretativas podrían agudizarse cuando en el futuro se modifique cualquiera de los dos textos legales, puesto que el

2017, pp. 211-237; ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., "Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 43, 2016, pp. 4-8.

6 Hay remisiones expresas a lo dispuesto en la LPAC, por ejemplo, en los artículos 19, 25, 28, 32, 36, 73, 89, 99, 104 y 110 LRJSP.

7 Advertía, por ejemplo, el Consejo de Estado sobre los efectos negativos que la nueva sistemática iba a tener sobre los contenidos de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y del Real decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, que la desarrolla parcialmente. Ambos «ofrecen una visión de conjunto del uso de medios electrónicos en las relaciones entre los ciudadanos y las administraciones públicas y de éstas entre sí que, sin embargo, se difumina en los anteproyectos de Ley de régimen jurídico del sector público y de procedimiento administrativo común, a consecuencia de la escisión y reparto entre ambos de la materia regulada en aras de una pretendida separación entre aspectos orgánicos y procedimentales».

8 Es el caso, por ejemplo, del artículo 4 LRJSP, que lleva por título «Principios de intervención de las administraciones públicas para el desarrollo de una actividad» y contiene reglas sobre una manifestación de la actividad administrativa que afecta directamente a los ciudadanos, puesto que ésta puede limitar «el ejercicio de derechos individuales o colectivos» o exigir «el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad», por lo que de acuerdo con la sistemática de la reforma deberían haberse incorporado a la LPAC. Sobre el contenido y alcance del artículo 4 LRJSP, *vid.* PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", *cit.*, pp. 43-45.

9 SÁNCHEZ MORÓN la califica de "sistemática deplorable" ("Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las administraciones públicas", *cit.*, p. 21).

otro necesariamente se verá afectado de forma más o menos directa. Si no se tiene esto en consideración, se generará aún más confusión e inseguridad jurídica.

1.3 La controvertida competencia estatal

Antes de entrar en el contenido de la LRJSP, es preciso reflexionar sobre los títulos competenciales empleados por el Estado, enunciados en la disposición final decimocuarta de forma confusa, lo que provoca una innecesaria oscuridad para el intérprete; y sobre la minuciosidad de la regulación aprobada en algunos preceptos a los que se atribuye carácter básico, que exige comprobar si su contenido permite tal calificación¹⁰.

Para la aprobación de la LRJSP, el Estado invoca indiscriminadamente tres títulos competenciales, sin precisar qué preceptos se fundamentan en cada uno de ellos. En la disposición final decimocuarta se indica que la ley «se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución española, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre las bases de régimen jurídico de las administraciones públicas, así como al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.13.^a, relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y del artículo 149.1.14.^a, relativo a la hacienda pública general». Lo razonable hubiera sido enumerar a continuación los preceptos básicos, indicando el título competencial que les da cobertura. En lugar de eso, en la disposición final decimocuarta se indican los preceptos que no tienen carácter básico y se aplican a la Administración general del Estado y al sector público estatal, de lo que se puede deducir que el resto de los artículos sí deberían tenerlo. Esta particular forma de identificar el contenido básico de la ley (que es lo exigido por la jurisprudencia constitucional) podría tener cierta lógica si la mayor parte de sus preceptos tuvieran dicho carácter y fueran menos los preceptos de carácter no básico. Pero no es así, sino todo lo contrario, como se comprueba con una rápida lectura del apartado segundo de la disposición final decimocuarta. Sólo tienen el carácter de legislación básica los preceptos del título preliminar (salvo la subsección 2.^a de la sección 3.^a del capítulo II, que es la referida a los órganos colegiados de la Administración general del Estado), parte del título II (capítulos I y VI y los artículos 129 y 134, sobre fundaciones), el título III (dedicado a las relaciones interadministrativas) y algunas disposiciones adicionales, transitoria y finales. La mayor parte de los preceptos de la LRJSP regula únicamente la organización y el funcionamiento de la Administración general del Estado y de su sector público institucional.

Casi todos los preceptos con carácter básico encuentran cobertura en el artículo 149.1.18.^a CE. La referencia al artículo 149.1.14.^a sólo da cobertura a la modificación de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria (LGP), contenida en la disposición final octava; y la referencia al artículo 149.1.13.^a CE, que reconoce al Estado competencia sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica¹¹, daría cobertura ex-

10 Vid. GAMERO CASADO, E., «La estructura de la legislación sobre procedimientos administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 154-192; o PIZARRO NEVADO, R., «Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público», cit., pp. 22-26.

11 No puede adoptarse «una lectura excesivamente amplia» del artículo 149.1.13.^a CE, que tiene como objeto característico la actividad económica privada, más que la racionalización de las estructuras administrativas. El artículo 149.1.13 CE autoriza al Estado a fijar las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector [STC 34/2013, de 14 de febrero, FJ 4 b)]. Pero la eficiencia en el uso de los recursos públicos, que es una exigencia constitucional, debe ser un objetivo de cada Administración pública en el ejercicio de sus respectivas competencias sobre organización, procedimientos, empleados, bienes y hacienda. El Estado podrá

clusivamente a la modificación de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (disposición final undécima)¹². El resto de los preceptos declarados básicos, según precisa la disposición final decimocuarta, encontrarían cobertura en la competencia del Estado para fijar las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, que le permite «establecer principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las administraciones públicas» (STC 32/1981, FJ 6.º). En virtud de ese título, el Estado puede establecer los elementos esenciales que garanticen un régimen jurídico unitario aplicable a todas las administraciones públicas, lo que conlleva que la competencia autonómica para determinar el régimen jurídico de la organización y funcionamiento de su propia Administración no tiene carácter exclusivo, sino que debe respetar y, en su caso, desarrollar las bases establecidas por el Estado (STC 227/1988, FJ 24, y 50/1999, FJ 3).

Hay que recordar que este título competencial se ha interpretado extensivamente para permitir al Estado legislar también sobre los aspectos básicos de materias que, aun no estando expresamente contempladas en el artículo 149.1.18.ª CE, son instituciones fundamentales del orden jurídico-administrativo. En la STC 130/2013, recaída en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 38/2003, de 27 de noviembre, general de subvenciones, se afirmaba que la competencia del Estado regulada en el artículo 149.1.18.ª CE no se circunscribe al régimen jurídico de los órganos y entes administrativos, pues «dentro del concepto “funcionamiento” se incardinan las actividades jurídicas típicas a través de las cuales las administraciones públicas desarrollan su función constitucional de satisfacción de los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución)», como eran en este caso las subvenciones, pero el mismo razonamiento podría extenderse sin dificultad a la potestad sancionadora¹³.

Más sorprendente aún resulta que no se aluda en la disposición final decimocuarta a otros títulos competenciales que deberían servir de fundamento a un buen número de preceptos de la LRJSP, como el que atribuye al Estado competencia exclusiva para establecer el «sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas», también incluido en el artículo 149.1.18.ª CE, cuando sí se invoca en la disposición final primera de la LPAC. Es una muestra más del descuido con el que se han realizado las numerosas modificaciones durante la tramitación parlamentaria, puesto que se trasladaron a la LRJSP las previsiones sobre la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, pero no se hizo lo mismo con la referencia al título competencial que permite aprobar esa regulación. A pesar de ello, la omisión no afecta a la validez de esas disposiciones (SSTC 133/1997, 233/1999 y 141/2014).

imponer medidas con ese fin constitucional con base en el artículo 149.1.18.ª y 14.ª CE, como ha declarado el TC en sentencias como las SSTC130/2013 (FFJJ 5 a 8) y 135/2013 (FJ 3), que descartaron encuadrar la controversia competencial suscitada por la Ley general de subvenciones en el apartado 13 del artículo 149.1 CE. En los mismos términos se ha pronunciado en las SSTC 156/2015, de 9 de julio (FJ 8) y 41/2016, de 3 de marzo (FJ 3.c).

- 12 No serviría dicho título para fundamentar la reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, contenida en la disposición final cuarta. En su momento, la Ley concursal se aprobó al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.6.ª y 8.ª CE, por lo que en buena lógica la modificación que ahora se produce debería sostenerse en los mismos títulos competenciales. La LRJSP no alude sin embargo a ninguno de esos títulos competenciales.
- 13 LÓPEZ MENDUO ha criticado duramente que los principios de la potestad sancionadora se hayan regulado al amparo de la competencia estatal para establecer las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, por entender que no cabe que las comunidades autónomas desarrollen la definición misma de los principios. Por ello, sostiene que esa regulación encuentra mejor acomodo en la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común (“Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma”, cit., p. 36).

De mayor relevancia práctica son las dudas sobre el carácter básico de ciertos preceptos. Unos contienen una regulación demasiado detallada, puesto que la LRJSP incorpora precisiones que hasta su entrada en vigor estaban recogidas en simples normas reglamentarias. Otros son de aplicación únicamente a la Administración general del Estado y a los entes de derecho público vinculados o dependientes de ella, por lo que no pueden considerarse bases del régimen jurídico de las administraciones públicas¹⁴. De los dos problemas el primero es el de mayor gravedad, puesto que lo exhaustivo de la regulación de algunas cuestiones a las que se atribuye el carácter de legislación básica es contrario al orden constitucional de competencias por reducir exageradamente las posibilidades de desarrollo de la legislación autonómica y la potestad de autoorganización de las entidades que deben aplicarla. Cuando el Estado aprueba las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, no puede agotar el contenido de la materia regulada, ni incluir elementos que no sean fundamentales al esquema de organización y funcionamiento de las administraciones públicas (SSTC 130/2013, 141/2014 y las que en ella se citan). Como tendremos ocasión de comprobar, la regulación de ciertos aspectos de los convenios o de los órganos colegiados desborda el contenido de las bases que puede dictar el Estado¹⁵.

1.4 El limitado alcance subjetivo de la reforma

Siguiendo una tendencia constante en las últimas leyes administrativas, el ámbito subjetivo de la LRJSP se determina mediante el concepto de sector público, que engloba a las administraciones públicas con sus entes institucionales, no sólo a los de naturaleza jurídico-administrativa¹⁶ (artículo 2). Pero en realidad la regulación contenida en la LRJSP no resulta de aplicación a la totalidad de estos entes. La mayor parte de esa regulación sólo se aplica a la Administración general del Estado y a su sector público institucional. Sin perjuicio de la aplicación supletoria de esos preceptos, el resto de las administraciones públicas y los entes que integran sus respectivos sectores públicos sólo están sujetos a los artículos que tienen carácter de bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (disposición final decimocuarta), en los términos ya explicados.

14 Así sucede, por ejemplo, con los párrafos segundo y tercero del artículo 9.1, el artículo 13.3 o el artículo 50.2.d), aunque no son los únicos.

15 Así lo advirtió también el Consejo de Estado, que afirmaba en su dictamen sobre la LRJSP: «El anteproyecto sometido a consulta se caracteriza, en realidad, por refundir en un solo cuerpo legal las disposiciones normativas en materia de organización administrativa ya en vigor y proceder a un mayor desarrollo normativo de las mismas que, en ocasiones, resulta excesivo para una norma con rango de ley de alcance general como la examinada, al igual que lo es la exposición de motivos que la precede». Y se recuerda en el mismo dictamen que la «diferente naturaleza y función de unas y otras normas, en razón de su ámbito –leyes generales, leyes especiales– y de su rango –leyes, reglamentos–, debe tener un reflejo obligado en su contenido: en tal sentido, las normas con rango de ley de alcance general han de limitarse a regular los aspectos fundamentales de la materia que sea objeto de estas, dejando para las leyes especiales de carácter sectorial o remitiendo a las disposiciones de naturaleza reglamentaria el tratamiento o el desarrollo de aquellas cuestiones que, por su carácter más específico, no deben figurar en la legislación general. [...] En definitiva, tan censurable puede resultar que las normas generales de una determinada materia se contemplen en leyes especiales o en disposiciones de carácter reglamentario como que aspectos accesorios o accidentales más propios de estas se trasladen a las leyes de alcance general». Sobre el alcance de la competencia estatal en esta materia, *vid.* COSCULLUELA MONTANER, L., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la competencia de organización de las comunidades autónomas”, *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, volumen I, Civitas, Madrid, 2012, pp. 123-140.

16 Debe destacarse en todo caso que los conceptos legales de sector público en la LRJSP, en la LGP, en el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP), o en la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, entre otras, no coinciden, sino que presentan notables divergencias que impiden una interpretación conjunta y dificultarán encontrar una respuesta adecuada en aquellas cuestiones en las que puedan concurrir varios de esos cuerpos legales.

Pero es que tampoco los preceptos de carácter básico son aplicables a la totalidad de los entes del sector público. La LRJSP configura distintos estatutos en función de la naturaleza jurídica de los sujetos regulados¹⁷. Si se toma como ejemplo el título preliminar, puede comprobarse que la mayor parte de su articulado se aplica únicamente a las administraciones públicas, concepto que incluye a la Administración general del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local, así como a los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las administraciones públicas¹⁸ (artículo 2.3 LRJSP). No se aplicaría ni a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las administraciones públicas¹⁹ ni a las universidades públicas²⁰ (artículo 2.2 LRJSP).

Y lo mismo sucede prácticamente con el resto de la LRJSP, puesto que el artículo 2.2.b) LRJSP sólo ha previsto que las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las administraciones públicas queden «sujetas a lo dispuesto en las normas de esta ley que específicamente se refieran a las mismas». A falta de previsión específica, las entidades de derecho privado sólo quedan sometidas en su actuación a los «principios previstos en el artículo 3 y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas». Sin entrar ahora a considerar esta última singularidad, que en cualquier caso será algo excepcional, lo cierto es que son pocas las referencias a las sociedades mercantiles y a las fundaciones del sector público, y en su mayor parte tienen por objeto a las del sector público estatal. Por tanto, respetando los principios recogidos en el artículo 3 LRJSP, es muy amplia la libertad del legislador autonómico para configurar el régimen jurídico de los entes privados dependientes de administraciones no estatales.

Por último, hay que destacar también que la voluntad de homogeneizar el régimen de las entidades que integran el sector público estatal se ha visto debilitada por la necesidad –apreciada por el legislador– de mantener un buen número de estatutos especiales para determinados órganos y entidades, a los que no se aplica directamente la LRJSP, ni siquiera los preceptos que tienen atribuido el carácter de bases del régimen jurídico de las adminis-

17 Vid. BOTO ÁLVAREZ, A., “La noción de sector público institucional: aplauso, crítica y desconcierto”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015, p. 2; SÁNCHEZ MORÓN, M., “La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.

18 En relación con este último concepto, desconcierta la utilización que se hace del concepto de Administración pública en varios capítulos de la LRJSP, en los que erróneamente se las menciona al lado de entes que en sentido estricto se integran dentro de esa categoría. Puede ponerse como ejemplo el capítulo V del título preliminar, dedicado al funcionamiento electrónico del sector público. En sus artículos 40, 41, 42 y 45 se alude únicamente a las administraciones públicas, mientras que en los artículos 38 y 39 se menciona a las administraciones públicas junto a los organismos públicos y entidades de derecho público, olvidando que de conformidad con el artículo 2.3 LRJSP los últimos están incluidos en el primer concepto. Y la misma inexactitud conceptual se produce en los artículos 42, 43 y 44, que se aplicarían a las actuaciones de «una Administración pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público». Y la misma conclusión habría que mantener en otros casos en que se repite este tipo de imprecisiones, como por ejemplo en muchos de los preceptos que regulan los convenios administrativos. Entiendo que esa inexactitud no debe interpretarse en el sentido de que los preceptos de los que no se menciona a los entes instrumentales se apliquen únicamente a las administraciones territoriales.

19 Por oposición a los conceptos de organismos públicos y entidades de derecho público que se incluyen en la letra a), el apartado b) del artículo 2.2 LRJSP debe referirse a las sociedades mercantiles y a las fundaciones vinculadas o dependientes de las administraciones públicas, que son los entes constituidos con forma jurídico-privada.

20 Tampoco existe un único estatuto para las entidades del sector público institucional que no son administraciones públicas, porque el mismo artículo 2 asigna distinto régimen a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las administraciones públicas (letra b) de apartado segundo) y a las universidades públicas (letra c) del apartado segundo). En relación con estas últimas, resulta llamativo que se les niegue la condición de Administración pública cuando sí se les reconoce en otras leyes administrativas como en el TRLCSP o en el EBEP. Y tampoco resulta correcta su inclusión en el sector público institucional. Sobre las implicaciones de esta calificación y las dificultades que planteará, *vid.* PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, *cit.*, pp. 31 y 32; o TARDÍO PATO, J. A., “¿Tiene sentido que las universidades públicas dejen de ser administraciones públicas en las nuevas leyes del sector público y de procedimiento administrativo común?”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.

traciones públicas, a pesar de que todos estos entes encajarían sin esfuerzo en el concepto de Administración pública del artículo 2.3 LRJSP. A muchos de ellos se les aplica la LRJSP sólo con carácter supletorio en tanto esa aplicación no sea incompatible con su naturaleza jurídica o las funciones que tengan atribuidas²¹. En otras ocasiones, la LRJSP expresamente excluye de su ámbito de aplicación a dichos órganos o entidades²².

2 Una reforma organizativa de poco calado

Tampoco es muy innovadora la regulación sobre organización administrativa. La LRJSP no ha modificado en lo esencial la concepción de Administración pública, ni la estructura de sector público, ni los modelos de relaciones interadministrativas. Rebajando las exageradas afirmaciones de la exposición de motivos, que anunciaba «una reforma integral de la organización y funcionamiento de las administraciones», el legislador sigue la senda de la continuidad, refundiendo los contenidos organizativos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), y los de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado²³ (LOFAGE), a los que incorpora reformas de poco calado orientadas hacia la consecución de los objetivos de racionalización del sector público y reducción del gasto. Se añaden al conjunto previsiones de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAECSP) y de algunas de las normas reglamentarias que desarrollaban las tres citadas. No se tocan las líneas maestras de las instituciones afectadas²⁴, por lo que no cabe esperar la renovación de unas estructuras que reflejan el modelo clásico de Administración pública jerárquica y cerrada, concebida casi exclusivamente para ejercer potestades administrativas.

La misma línea de continuidad sigue la regulación de los *principios de actuación y funcionamiento del sector público*, que se enumeran en el artículo 3 LRJSP para limitar la potestad organizatoria y orientar las decisiones estructurales en los términos acuñados por la jurisprudencia

- 21 Así sucede por ejemplo con las autoridades portuarias y el organismo público Puertos del Estado (disposición adicional duodécima), la Agencia Estatal de Administración Tributaria (disposición adicional decimoséptima) o el Centro Nacional de Inteligencia (disposición adicional decimioctava), entre otros. Sobre el régimen aplicable a estos y los demás entes, *vid.* PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", *cit.*, pp. 33-38.
- 22 Es el caso de la organización militar y las delegaciones de Defensa, a las que no se aplica la LRJSP (disposición adicional decimocuarta). La organización militar se rige por su legislación específica y por las bases establecidas en la Ley orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la defensa nacional. Por su parte, las delegaciones de Defensa permanecerán integradas en el Ministerio de Defensa y se regirán por su normativa específica. Encontramos aquí un supuesto en que la LRJSP no resulta de aplicación a un órgano de la Administración general del Estado. No es el único caso, aunque la situación del Servicio Exterior del Estado, que no es una entidad autónoma ni goza de personalidad jurídica, no es exactamente la misma. El artículo 80 se remite a lo dispuesto en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la acción y del servicio exterior del Estado, y a su normativa de desarrollo «en todo lo concerniente a su composición, organización, funciones, integración y personal», siendo la LRJSP de aplicación supletoria.
- 23 Lógicamente, la entrada en vigor de la LPAC y de la LRJSP supuso la derogación de estas leyes. Pero también se vieron afectadas otras muchas normas organizativas, como la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, aunque esta con efectos diferidos, ya que se mantiene en vigor hasta que concluya el plazo de adaptación de las agencias existentes en el sector público estatal regulado en la disposición adicional cuarta. La LRJSP también ha derogado preceptos de distintas leyes, en particular sobre Administración local, además de todas aquellas disposiciones reguladoras de los consorcios o los preceptos de la Ley 50/2002 en relación con las fundaciones del sector público estatal. Sobre la afección a la legislación local, *vid.* PIZARRO NEVADO, R., "Principios y bases del régimen jurídico de la organización local", *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016, pp. 21-101.
- 24 LÓPEZ BENÍTEZ sostiene que el artículo 103.1 CE no deja muchas opciones para que la LRJSP se apartase del modelo burocrático y jerarquizado, que podía promover la simplificación de estructuras, aglutinar competencias, reducir órganos, favorecer desconcentraciones entre los órganos, etc., pero respetando a la postre la identidad y la esencia del modelo organizativo ("Reestructuración de la Administración estatal y de las administraciones autonómicas", *cit.*, pp. 218 y 219).

Regap



ESTUDIOS

dencia constitucional²⁵. No hay nada novedoso en ellos, puesto que el precepto recoge sin mayores diferencias los contenidos en la LRJAP y en la LOFAGE²⁶, aunque inexplicablemente se olvidan los principios que se recogían en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos²⁷, que siguen siendo necesarios para orientar la normativa de desarrollo sobre esta materia y dar respuesta a los conflictos que suscite el funcionamiento electrónico del sector público.

Por el reducido alcance de la legislación básica en materia de organización (apartado 3), la reforma de las administraciones territoriales resulta epidérmica, mientras que la racionalización de sus sectores públicos institucionales se reduce prácticamente al Inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local y a la imposición de un nuevo mecanismo de control económico-financiero, el sistema de supervisión continua (apartado 5.1). Se ha sido un poco más ambicioso en la regulación de la Administración general del Estado (apartado 4) y de su sector público institucional (apartado 5.2), en la que se pueden localizar novedades de cierto interés. También contiene la LRJSP una regulación sistemática de las relaciones entre las administraciones (apartado 10), en la que se establecen los principios generales de actuación y las técnicas de relación entre los distintos sujetos públicos.

Además de los contenidos puramente organizativos, se regulan parcialmente en la LRJSP materias nucleares del derecho administrativo²⁸, como los principios de la potestad sancionadora (apartado 6) y de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y de otros poderes del Estado (apartado 7), además de algunos de los instrumentos esenciales para el funcionamiento electrónico del sector público (apartado 8). Todas ellas deben ser completadas con lo dispuesto en el LPAC, donde seguramente habrían encontrado un mejor acomodo. El abigarrado conjunto se remata con un detallado régimen para los convenios administrativos (apartado 9). Con la excepción de lo dispuesto sobre convenios, el resto de la regulación sigue la línea continuista ya comentada, introduciendo algunas novedades sobre la base de la regulación tomada de la LRJPAC con el propósito de agilizar el funcionamiento de las administraciones (Administración electrónica) o reforzar sus potestades, sin robustecer

25 En realidad, el artículo 3 no contiene un conjunto homogéneo de elementos, sino que junto a principios generales del derecho añade reglas de funcionamiento, criterios de relaciones intersubjetivas e incluso conceptos ajenos a las ciencias jurídicas. LÓPEZ BENÍTEZ advierte que algunos de sus contenidos «más que principios generales y esenciales de la organización administrativa son, en puridad, reglas de funcionamiento de esta, que carecen de ese valor informador e integrador que adorna a los verdaderos principios generales». «Reestructuración de la Administración estatal y de las administraciones autonómicas», cit., p. 216. Algunos enunciados, como el de «planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas» (ínciso g), son instrumentos de gestión de organizaciones que fueron incorporados al vocabulario administrativo bajo el influjo de la llamada nueva gestión pública (*New Public Management*). Todos ellos podrían considerarse herramientas útiles para lograr una mayor eficacia y eficiencia en la actuación administrativa, pero no son en sí mismos principios jurídicos. Vid. RAMÍO MATAS, C., «Principios de actuación de las administraciones públicas: análisis desde la ciencia política y de la Administración», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 375-421.

26 Sobre el contenido del artículo 3 LRJSP y el valor de los distintos principios, vid. PIZARRO NEVADO, «Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público», cit., pp. 38-45.

27 Sólo se menciona alguno de ellos en relación con la creación de sedes electrónicas en el artículo 38 LRJSP, restándoles potencial al privarlos de su carácter general. De todo ello advierte COTINO HUESO, L., «Regulación de los derechos de los ciudadanos ante la Administración pública (y punto de acceso)», *La reforma del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público: Análisis de la propuesta de regulación de la Administración electrónica*, jornada celebrada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el 4 de mayo de 2015, p. 12. [Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-source/actividades2015/fichacotinov7derechos-1.pdf>. Fecha de acceso: 11 de marzo de 2017].

28 Además de la regulación contenida en su articulado, la LRJSP se ha utilizado también para modificar distintas leyes, algunas muy intencionalmente. La más relevante es sin duda la contenida en la disposición final tercera, que modifica en profundidad la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, para regular detalladamente asuntos tan relevantes como su potestad normativa o la iniciativa legislativa. Vid. GALÁN VIOQUE, R., «Modificaciones introducidas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (disposición final tercera)», *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 475-493.

al mismo tiempo los derechos de los ciudadanos ni reforzar sus garantías, especialmente cuando se relacionen con las administraciones públicas por medios electrónicos. De todo ello daremos cuenta en los siguientes apartados.

3 Régimen de los órganos administrativos

El capítulo II del título preliminar, que regula los órganos de las administraciones públicas, se divide en cuatro secciones dedicadas a la configuración de estos órganos, la competencia y sus alteraciones, el funcionamiento de los órganos colegiados y el régimen de abstención y recusación. Con ligeras variaciones para colmar ciertas lagunas, su contenido se corresponde con el del título II de la LRJPAC y, en la parte que regula los órganos colegiados de la Administración general del Estado, con el del capítulo IV del título II de la LOFAGE²⁹.

Desde un punto de vista general, lo más reseñable es la atribución de carácter básico a preceptos que hasta ahora sólo eran de aplicación a la Administración general del Estado. Como ejemplo pueden señalarse los conceptos de órgano y unidad administrativa, que la LRJSP toma de la LOFAGE y a los que se atribuye ese carácter, por lo que la definición ahora vincula al legislador autonómico. El artículo 5.1 LRJSP conserva una visión reductora del concepto de órgano administrativo y sólo le reconoce dicha condición a «las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo». Desde un punto de vista funcional, el órgano puede descomponerse a su vez en varias unidades administrativas, a las que les corresponde impulsar la tramitación de los procedimientos administrativos (artículos 20.1 y 71.3 LPAC).

Debe destacarse que, junto a los requisitos tradicionales para la creación de un órgano administrativo, tomados del artículo 8.2 LRJPAC, el artículo 5.4 LRJSP añade un límite, como es que no pueden crearse nuevos órganos que supongan «duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de estos». Como garantía de cumplimiento del nuevo límite, se dispone que «la creación de un nuevo órgano sólo tendrá lugar previa comprobación de que no existe otro en la misma Administración pública que desarrolle igual función sobre el mismo territorio y población». Dado que el precepto tiene carácter básico, no contiene mayores precisiones sobre cómo debe realizarse esa comprobación. Otra cosa supondría una restricción inaceptable de la competencia organizativa de las comunidades autónomas, pero sí obliga a estas a incorporar una comprobación de estas características en el procedimiento de creación de órganos administrativos.

3.1 Técnicas de alteración del ejercicio de la competencia

La sección 2.^a regula las técnicas de alteración del ejercicio de la competencia, donde se ha volcado la regulación de la LRJPAC, aunque con mejor factura técnica.

29 Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M., "Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2755-2845; PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", cit., pp. 46-83; VELASCO CABALLERO, F., "Régimen jurídico-organizativo de la Administración local tras la LRJSP", Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2016, pp. 49-61.

La *delegación de competencias* se regula en el artículo 9 LRJSP, que tiene un contenido muy similar al del artículo 13 LRJPAC³⁰. El artículo 9 regula la forma en que la Administración general del Estado y sus organismos públicos o entidades de derecho público deben acordar la delegación, incorporando aquí con más desarrollo lo dispuesto en la disposición adicional decimotercera de la LOFAGE (párrafos segundo y tercero del apartado primero). Por ello, y por su propia redacción, hay que negar su carácter básico, aunque la disposición final decimocuarta de la LRJSP no los mencione entre los preceptos que no tienen carácter básico. Otra diferencia puede encontrarse en el apartado séptimo, que regula con mayor precisión alguno de los supuestos de delegación de las competencias atribuidas a órganos colegiados. En la nueva redacción se alude a la delegación de competencias de órganos colegiados para cuyo ejercicio se requiera un *quorum* o mayoría especial, mientras que en la redacción anterior únicamente se aludía a la exigencia de un *quorum* especial. Con más corrección se indica que es el acuerdo de delegación de esas competencias el que debe adoptarse observando, en todo caso, dicho *quorum* o mayoría.

También el artículo 10 LRJSP reproduce en lo esencial el contenido del artículo 14 LRJPAC, aunque introduce dos precisiones relevantes. Con la primera se permite que el acuerdo de *avocación* se notifique a los «interesados en el procedimiento, si los hubiere, con anterioridad o simultáneamente a la resolución final que se dicte» (artículo 10.2 LRJSP). En el artículo 14 LRJPAC se indicaba que la notificación debía producirse «con anterioridad a la resolución final que se dicte». No estaba prevista la notificación simultánea de las dos decisiones, por lo que una aplicación rigurosa de este obligaba a paralizar el procedimiento hasta que se notificase el acuerdo de *avocación*, aunque lo único que faltase para concluirlo fuera la resolución, con manifiesto perjuicio para la economía procesal y sin ventaja aparente para los interesados, porque no existe en la LRJPAC límite temporal alguno para adoptar el acuerdo de *avocación*³¹.

La alusión a la «resolución final que se dicte» del inciso comentado podría sugerir que el objeto de la *avocación* es siempre un asunto concreto, que se debe acordar caso a caso, pero no tiene que ser necesariamente así. Para dejarlo claro, el artículo 10.1 LRJSP dispone que «los órganos superiores podrán avocar para sí el conocimiento de uno o varios asuntos cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes». Esta es la segunda diferencia con el artículo 14 LRJPAC, en cuyo apartado primero sólo se aludía al «conocimiento de un asunto». Se abre de ese modo la posibilidad de avocar varios asuntos conjuntamente, estableciéndolo así con carácter general en atención a alguna característica común a todos ellos o puntualmente, cuando en un determinado momento se den en varios procedimientos las circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial que lo hagan conveniente.

La *encomienda de gestión* se regula en el artículo 11 LRJSP, que reduce los sujetos que pueden asumir la encomienda en este caso «a otros órganos o entidades de derecho público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades». Queda claro así que la encomienda a entidades de derecho privado sólo cabe

30 Son iguales los límites a la delegación, por ejemplo, y los apartados tercero y cuarto del artículo 9 LRJSP tienen la misma redacción que sus equivalentes en el artículo 13 LRJPAC.

31 Es obvio que la notificación del acuerdo de *avocación* junto a la resolución cogerá desprevenidos a los interesados, pero eso no necesariamente hará que se vean mermadas sus facultades de reacción, ya que –al igual que sucedía en la ley anterior– el artículo 10.2 LRJSP no permite la interposición de recursos administrativos contra el acuerdo de *avocación*, por lo que el interesado únicamente puede impugnar dicho acuerdo en el recurso que en su caso interponga contra la resolución del procedimiento. IZQUIERDO CARRASCO critica sin embargo esta posibilidad (“Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones”, cit., pp. 2815).

en los términos del artículo 24.6 TRLCSP³² –o el equivalente del texto legal que lo sustituya por exigencias de las directivas sobre contratación pública–, que permite la adjudicación directa de encargos a los entes, organismos y entidades del sector público que tengan la consideración de medios propios y servicios técnicos, incluyendo a las sociedades mercantiles si su capital social es íntegramente de titularidad pública y cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia del TJUE sobre los llamados contratos *in house providing*³³. Por otra parte, cuando la encomienda de gestión se realice con base legal en el artículo 11 LRJSP, el encargo no puede tener por objeto «prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público» (párrafo segundo del artículo 11.1 LRJSP), puesto que en tal caso habría que ajustarse a lo previsto en ésta. Como novedad puede destacarse lo dispuesto en el artículo 11.2 LRJSP, que refleja la preocupación de las nuevas leyes por la tutela de los datos de carácter personal, lo que en este caso lleva a asignar a la entidad u órgano encomendado «la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal a los que pudiera tener acceso en ejecución de la encomienda de gestión, siéndole de aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal».

En cuanto a la *delegación de firma*, regulada en el artículo 12 LRJSP, la única diferencia relevante con la regulación anterior es que se ha suprimido la prohibición de delegación de firma en las resoluciones de carácter sancionador, eliminando así una regla que sólo tenía sentido cuando también estaba prohibido delegar el ejercicio de la potestad sancionadora. Una vez que desapareció esa prohibición tras la reforma de la LRJPAC de 1999, carecía de sentido mantenerla en la delegación de firma.

Como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 17.1 LRJPAC (STC 50/1999), se introducen algunas variaciones en relación con la *suplencia*, en el apartado primero del artículo 13 LRJSP. Ahora contiene una previsión genérica que indica que los titulares de los órganos administrativos podrán ser suplidos temporalmente «en la forma que disponga cada Administración pública», permitiendo que sean las normas de cada Administración pública las que establezcan el régimen de suplencia. Únicamente se mantiene la regla de que, «si no se designa suplente, la competencia del órgano administrativo será ejercida por quien designe el órgano administrativo inmediato superior de quien dependa». También han aumentado los supuestos en que procede la suplencia, añadiendo a los de vacante, ausencia o enfermedad del titular del órgano «los casos en que haya sido declarada su abstención o recusación».

En cuanto a sus exigencias formales, se ha introducido un inciso final en el artículo 13.2 LRJSP para precisar que para la validez de la suplencia «no será necesaria su publicación», y un nuevo apartado cuarto en el que se dispone que, «en las resoluciones y actos que se

32 Se debe criticar que no se haya previsto un régimen transitorio para ordenar cómo quedan las encomiendas vigentes que no se ajusten al nuevo régimen, si es obligada su adaptación y en qué plazo debería hacerse esta, si fuera necesaria.

33 Sobre las encomiendas de gestión en la legislación de contratos del sector público, *vid.* GARCÉS SANAGUSTÍN, M., “La autocontratación o contratación *in house providing*. Incidencia de la nueva regulación en las entidades instrumentales del sector público. Concepto de instrumentalidad y régimen tarifario”, *Aplicación práctica de los contratos en el sector público*, Escuela Riojana de Administración pública, Logroño, 2009, pp. 79-96; PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2010; o COSSÍO CAPDEVILLA, A., “La fiscalización de la encomienda de gestión como forma de autoorganización administrativa: poniendo límites a la huida del derecho administrativo en materia de contratación pública”, *Auditoría pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, n. 61, 2013, pp. 25-33. Esta misma autora se ocupa de las modificaciones que habrá que adoptar con motivo de la aprobación de la Directiva 2014/24/UE en “La encomienda de gestión: áreas de riesgo y perspectivas de futuro tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública”, *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 32, 2015, pp. 199-214.

dicten mediante suplencia, se hará constar esta circunstancia y se especificará el titular del órgano en cuya suplencia se adoptan y quien efectivamente está ejerciendo esta suplencia». Aunque son precisiones bastante detalladas que se establecen con carácter de legislación básica, entiendo que se ajustan a las exigencias de la jurisprudencia constitucional en este tipo de reglas, en las que el TC ha sostenido que la legislación básica puede adquirir un mayor alcance cuando «afecta al ejercicio de la competencia de los órganos administrativos y, por ello mismo, tiene incidencia directa sobre la relación de las administraciones públicas y los administrados»³⁴.

3.2 Órganos colegiados

La sección 3.^a del capítulo 2.^o se dedica a los órganos colegiados. La nueva regulación no presenta variaciones relevantes desde un punto de vista estructural ni en cuanto a la tipología de los órganos colegiados³⁵. Como novedades deben destacarse las múltiples referencias a su funcionamiento electrónico y la separación en dos subsecciones de los preceptos de carácter básico y los que únicamente son de aplicación a los órganos de la Administración general del Estado y de sus entidades de derecho público. En la subsección segunda se concentran los preceptos de la LRJPAC que no tenían carácter básico (STC 50/1999) y lo previsto en la LOFAGE sobre este tipo de órganos, con mínimas adaptaciones para ajustarlos a la jurisprudencia que les había afectado³⁶.

Si nos centramos en las novedades de la subsección primera, habría que comenzar por el artículo 15.3 LRJSP, que prevé la publicidad del «acuerdo de creación y las normas de funcionamiento de los órganos colegiados que dicten resoluciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros» en el boletín o diario oficial de la Administración pública en que se integran. Rechazando una interpretación reductora del principio de publicidad de las normas, ya que no se puede admitir la existencia de normas organizativas no publicadas, entiendo que es obligado publicar los acuerdos de creación y las normas de funcionamiento de todos los órganos colegiados³⁷.

También es una novedad la sesión universal regulada en el artículo 17.2 LRJSP, que dispone en su párrafo tercero que «Cuando estuvieran reunidos, de manera presencial o a distancia, el secretario y todos los miembros del órgano colegiado, o en su caso las personas que les suplan, éstos podrán constituirse válidamente como órgano colegiado para la celebración

34 Con este razonamiento mantuvo el Tribunal Constitucional la constitucionalidad, por ejemplo, de la previsión de la competencia contenida en el artículo 17.2 LRJPAC de que la suplencia no implica alteración, después de haber declarado la inconstitucionalidad del apartado primero del mismo precepto (STC 50/1999, de 6 de abril).

35 *Vid.* CARBONELL PORRAS, E., "Regulación de los órganos colegiados", en *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pp. 235-263; PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", cit., pp. 63-80; VALERO TORRUJOS, J., "Los órganos administrativos", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2715-2731; y VELASCO CABALLERO, F., "Régimen jurídico-organizativo de la Administración local tras la LRJSP", cit., pp. 57-61.

36 Baste como ejemplo citar la reducción de la prohibición de abstenerse en las votaciones de los miembros que forman parte del órgano colegiado por su cualidad de autoridad o personal al servicio de las administraciones públicas. Ahora, el artículo 19.3 LRJSP únicamente prohíbe abstenerse a quienes tengan la condición de miembros natos de órganos colegiados en virtud del cargo que desempeñan. Sobre la regulación contenida en la subsección segunda, *vid.* CARBONELL PORRAS, E., "Regulación de los órganos colegiados", cit., pp. 254-262.

37 CARBONELL PORRAS explica que la redacción del artículo 15.3 LRJSP se construye sobre la distinción entre órganos colegiados, que son los que tienen atribuidas funciones con efectos jurídicos frente a terceros o cuya actuación tiene carácter preceptivo (artículo 5 LRJSP) y los grupos de trabajo o las reuniones informales de titulares de órganos unipersonales, que no son órganos colegiados en sentido estricto ("Regulación de los órganos colegiados", cit., pp. 241-242).

de sesiones, deliberaciones y adopción de acuerdos sin necesidad de convocatoria previa cuando así lo decidan todos sus miembros».

No hay grandes cambios sobre el desarrollo de las sesiones una vez constituido el órgano, salvo la posibilidad de que los miembros intervengan a distancia empleando medios electrónicos. Es un acierto que las normas básicas sobre utilización de medios electrónicos en el funcionamiento de los órganos colegiados sean de aplicación directa, sin necesidad de un desarrollo previo reglamentario (artículo 17.1 LRJSP), aunque sea conveniente que los distintos órganos colegiados adapten sus reglamentos de funcionamiento a la nueva regulación³⁸.

No existen grandes dificultades para la convocatoria por medios electrónicos, pues es fácil garantizar técnicamente su recepción por todos los miembros. Además, junto con la convocatoria, debe remitirse el orden del día y la documentación necesaria para las deliberaciones cuando sea posible hacerlo por medios electrónicos (artículo 17.2 LRJSP), cuando antes bastaba su puesta a disposición de los miembros del órgano colegiado. A esa información la convocatoria debe añadir «las condiciones en las que se va a celebrar la sesión, el sistema de conexión y, en su caso, los lugares en que estén disponibles los medios técnicos necesarios para asistir y participar en la reunión».

Mayor dificultad plantea la celebración de la sesión por medios electrónicos, aunque se permita la utilización de cualquier medio que asegure «la identidad de los miembros o personas que los suplan, el contenido de sus manifestaciones, el momento en que éstas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión» (artículo 17.1 LRJSP). Aunque se citen como medios válidos el correo electrónico, las audiokonferencias y las videoconferencias, es dudoso que algunos de ellos –como el correo electrónico– sean adecuados para desarrollar la sesión, porque no permiten la interacción en tiempo real que la ley requiere. Otros únicamente podrán utilizarse si reúnen las condiciones técnicas para garantizar que esa interactividad se produce en tiempo real y se ha mantenido durante toda la sesión.

Si se dan esas condiciones, el desarrollo de las deliberaciones y de las votaciones no tiene que ser muy diferente a los supuestos en que todos los miembros estén presentes en un mismo lugar. No hay cambios reseñables sobre *quorum* para la válida constitución del órgano ni para la adopción de acuerdos, salvo la referencia al lugar donde se adoptan los acuerdos cuando las sesiones se realizan a distancia. El artículo 17.5 LRJSP dispone que en tal supuesto «los acuerdos se entenderán adoptados en el lugar donde tenga la sede el órgano colegiado y, en su defecto, donde esté ubicada la presidencia».

En cuanto a la forma de documentar el desarrollo de la sesión y los acuerdos adoptados, las novedades se centran en la aprobación del acta y en la posibilidad –no es una obligación– de grabar las sesiones que celebre el órgano colegiado (artículo 18.1 LRJSP). Por tanto, cabe contemplar la grabación en el reglamento interno del órgano cuando el ordenamiento establezca la publicidad de las sesiones. En los restantes casos habrá que ponderar el interés de garantizar la publicidad de la sesión con la confidencialidad exigida en algunas decisiones y

38 Sobre las dificultades para la implantación de esta forma de actuación con la legislación precedente, *vid.* CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *Órganos colegiados electrónicos: el uso de las TIC en el funcionamiento de los órganos colegiados de la Administración*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006; y "Órganos colegiados electrónicos", Gamero Casado, E., y Valero Torrijos, J. (coord.), *La ley de Administración electrónica: comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 811-854.

la debida discreción que impone el artículo 53.2 EBEP³⁹. El fichero resultante de la grabación, junto con la certificación expedida por el secretario de la autenticidad e integridad del mismo, y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión, podrán acompañar al acta de las sesiones, sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones.

En cuanto a la aprobación del acta, el artículo 18.2 LRJSP permite su aprobación en la misma reunión o en la inmediata siguiente y abre la posibilidad de su aprobación tácita cuando se remita a través de medios electrónicos a los miembros del órgano colegiado para que manifiesten por los mismos medios su conformidad o reparos al texto. Si todos manifiestan su conformidad por ese medio, el acta se entiende aprobada el mismo día de la sesión.

4 La Administración general del Estado

La Administración general del Estado se regula en el título I, en el que se encuentran pocas novedades, porque los cambios afectan fundamentalmente a su administración institucional, a la que se dedica buena parte del título II. La regulación de la Administración general del Estado merece el mismo juicio que el resto de la LRJSP, puesto que mantiene sustancialmente las estructuras organizativas que regulaba la LOFAGE⁴⁰, y las pocas mejoras introducidas casi siempre están inspiradas por los principios de eficiencia y contención del gasto público. Es significativa la posibilidad de gestión compartida de los servicios comunes de los ministerios, por ejemplo, y cómo se refuerza el papel coordinador del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la gestión y organización de los servicios comunes que afecten a varios ministerios (artículo 68.3 a) LRJSP).

En relación con los distintos órganos, pueden destacarse varias cuestiones. La más relevante es la mayor densidad de los listados de competencias de los distintos órganos y la reasignación de funciones entre ellos, puesto que la LRJSP atribuye como propias a distintos órganos funciones que habitualmente ejercían por delegación del titular del departamento. Nada hay que objetar a la nueva asignación, aunque quizá no haya sido tan acertada la forma de realizarla por la rigidez que se deriva del rango normativo impuesto, que impedirá una rápida modificación cuando las circunstancias lo aconsejen⁴¹.

Como novedad también en relación con los órganos centrales, cabe destacar la atribución de un carácter ordinario a las secretarías generales dentro de la estructura ministerial (artículo 64 LRJSP), suprimiéndose la excepcionalidad de su creación que se imponía la LOFAGE; el reforzamiento de los subsecretarios, que pasan a depender jerárquicamente de los ministros; y la atribución a todos los órganos superiores y directivos, excepto de los subdirectores generales y asimilados, de la condición de alto cargo (artículo 55.6 LRJSP), con aplicación de lo previsto en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio de alto cargo de la Administración general del Estado, para determinar, por ejemplo, los requisitos de idonei-

39 CARBONELL PORRAS advierte que la grabación puede provocar además que el debate pierda fluidez o que se vea comprometida la espontaneidad de los intervinientes ("Regulación de los órganos colegiados", cit., p. 253).

40 Vid. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., "Organización y funcionamiento de la Administración general del Estado y del sector público institucional en la Ley 40/2015", cit., pp. 60-69; GALÁN VIOQUE, R., "La Administración general del Estado", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 153-196.

41 Vid. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, "Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015", cit., p. 62.

dad para su nombramiento, sus principios de actuación en el ejercicio de sus funciones y el régimen de conflicto de intereses y de incompatibilidades.

El capítulo II del título I regula la Administración periférica del Estado de forma más completa y sistemática, para lo cual se incorporan a la LRJSP previsiones que hasta ahora tenían rango reglamentario⁴². Se simplifica así la normativa existente, pero respetando su contenido. Cabe destacar la competencia de coordinación que se atribuye a los subdelegados en orden a la utilización de los medios materiales y de los edificios administrativos del ámbito territorial de su competencia (artículo 75 e) LRJSP).

5 El sector público institucional

El título II, dedicado a la organización y funcionamiento del sector público institucional, debería servir para racionalizar y simplificar el heterogéneo conjunto de entes que lo componen y contribuir a la reducción del gasto público, pero también en este punto la regulación ha sido poco ambiciosa⁴³. La mayor parte de sus disposiciones son una mera refundición de preceptos de la LOFAGE y de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas (LPAP), y se aplican únicamente al sector público estatal. Son pocos los artículos aplicables al sector público de las restantes administraciones territoriales y no parecen suficientes para contribuir a la reducción de gasto público por lo que se dirá a continuación.

5.1 Regulación básica sobre el sector público institucional

El contenido de carácter básico del título II se reduce a lo dispuesto en los capítulos I y VI –centrado este en el régimen jurídico de los consorcios– y dos disposiciones más, una sobre el régimen de adscripción de las fundaciones (artículo 129) y la segunda sobre su protectorado (artículo 134). Es una regulación de mínimos, en la que podría haberse esbozado una tipología básica de entes instrumentales, o incluso una definición general del sector público institucional que respetase las competencias autonómicas para determinar los entes a los que se aplica la regulación básica⁴⁴. Pero la reforma ha sido muy tibia, buscando casi exclusivamente limitar el crecimiento del número de entidades y favorecer su eficiencia. Además, su incidencia sobre el sector autonómico y local será mínima. Como indica el artículo 81.3 LRJSP, las entidades dependientes de la Administración autonómica y local se rigen por su propia legislación, que sólo queda condicionada por lo referido a los principios generales de actuación inspiradores enunciados en el artículo 81 y el mecanismo de supervisión continua,

42 Así sucede por ejemplo con algunas previsiones organizativas y de funcionamiento de las delegaciones y subdelegaciones del Gobierno que hasta su entrada en vigor estaban reguladas en el Real decreto 1330/1997, de 1 de agosto, de integración de servicios periféricos y de estructura de las delegaciones del Gobierno.

43 *Id.* ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., “Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015”, cit., pp. 1-40; BOTO ÁLVAREZ, A., “Organización y funcionamiento del sector público institucional (I)”, *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 197-283; MELLADO RUIZ, L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional”, *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016, pp. 219-294; MONTOYA MARTÍN, E., “El sector público institucional”, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2603-2639; RIVERO ORTEGA, R. “Novedades en la regulación de las entidades instrumentales de naturaleza pública”, *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pp. 179-198.

44 *Id.* SÁNCHEZ MORÓN, M., “La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”, cit.

el Inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local, la regulación sobre los consorcios y algunas previsiones sobre fundaciones. No parecen herramientas suficientes para combatir el proceso que se quiere atajar.

5.1.1 La supervisión continua

Las normas de carácter básico están encabezadas por los principios generales que deben respetar las entidades que integran el sector público institucional en su actuación y que son los de «legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, así como el principio de transparencia en su gestión»⁴⁵ (artículo 81.1). Junto a los principios, añade el precepto una regla para someter la gestión de personal, incluido el laboral, a las limitaciones previstas en la normativa presupuestaria y en las previsiones anuales de los presupuestos generales.

Para dar cumplimiento a estos principios, se obliga a todas las administraciones públicas a establecer un *sistema de supervisión continua* de sus entidades dependientes «con el objeto de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y su sostenibilidad financiera» (artículo 81.2). Este mecanismo entronca con los controles de eficacia previstos en la LOFAGE para organismos autónomos y entidades públicas empresariales, aunque ahora se extienden a todos los entes del sector público de cualquier Administración. Además, de su resultado pueden derivarse consecuencias para la entidad supervisada, puesto que para cumplir con el objeto expresado en el artículo 81.2 LRJSP del sistema de supervisión continua deben extraerse periódicamente propuestas de transformación, mantenimiento o extinción de la entidad supervisada.

La LRJSP no entra en más detalle. Seguramente ello excedería de la competencia estatal, además de que sería difícil fijar reglas generales para operar en un conjunto de entes tan dispares como los que pueden configurarse en los sectores públicos autonómicos y locales. Es una tarea que tiene pendiente el legislador autonómico y que no puede ser satisfactoriamente resuelta con la aplicación supletoria de la regulación sobre el sistema de supervisión de las entidades del sector público institucional estatal previsto en los artículos 85 y siguientes.

5.1.2 El Inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local

También regula la LRJSP el Inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local (artículo 82), dándole un rango más adecuado a una regulación que hasta entonces sólo tenía rango reglamentario. El Informe CORA proponía integrar los inventarios de entes del sector público estatal y de los sectores autonómico y local en uno solo para aumentar la información disponible y mejorar su ordenación y tratamiento. Con ese propósito, el Real decreto 696/2013, de 20 de septiembre, modificó el Real decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, para encomendar a la Intervención General de la Administración del Estado la elaboración y el mantenimiento del Inventario de entes del sector público estatal, autonómico y local (INVENTE), mientras que se atribuían a la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local las tareas de captación y tratamiento «de la información enviada por comunidades autónomas y entidades locales, sobre sus entidades y organismos

45 Vid. BOTO ÁLVAREZ, A., "Organización y funcionamiento del sector público institucional (I)", cit., pp. 206-209.

vinculados o dependientes, para la formación y el mantenimiento de los inventarios de entes del sector autonómico y local».

La LRJSP asume esta configuración, por lo que la Intervención General de la Administración del Estado sigue siendo la responsable de su gestión, aunque se asigna al inventario una finalidad más amplia que la de los inventarios que ya existían a efectos presupuestarios⁴⁶, porque el Inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local previsto en la LRJSP debe incluir «al menos, información actualizada sobre la naturaleza jurídica, finalidad, fuentes de financiación, estructura de dominio, en su caso, la condición de medio propio, regímenes de contabilidad, presupuestario y de control, así como la clasificación en términos de contabilidad nacional, de cada una de las entidades integrantes del sector público institucional» (artículo 82.2).

La LRJSP impone ahora nítidamente la obligatoriedad de inscribir al menos la creación, transformación o extinción de cualquier entidad integrante del sector público institucional (artículo 82.3 LRJSP), y supedita a dicha inscripción la obtención del número de identificación fiscal definitivo por el nuevo organismo⁴⁷. Esa obligación se extiende también a las entidades existentes, porque la disposición adicional octava de la LRJSP –que tiene carácter básico– establece que el 2 de enero de 2017 debían estar inscritos todos los organismos y entidades, vinculados o dependientes de cualquier Administración pública, cualquiera que fuera su naturaleza jurídica.

5.1.3 Los consorcios

Los consorcios se regulan en el capítulo VI del título II, como si fuera uno más de los entes del sector público institucional estatal, a pesar de que su regulación tiene expresamente atribuido carácter básico y es aplicable a los consorcios en que participe cualquier Administración pública, por lo que resulta más adecuado ocuparse de ellos en este apartado⁴⁸. Lo más destacable es que se reúne en un único texto legal la regulación promulgada en los últimos años para unificar el régimen jurídico de los consorcios⁴⁹, a la que la LRJSP añade pocas novedades⁵⁰.

46 ÁLVAREZ FERNÁNDEZ da cuenta de los inventarios de entidades instrumentales de las distintas administraciones públicas existentes antes de la LRJSP, que habían previsto las correspondientes normas presupuestarias. *Vid.* ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., “Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015”, cit., p. 11. También BOTO ÁLVAREZ, A., “Organización y funcionamiento del sector público institucional (I)”, cit., pp. 209-212.

47 Lógicamente esa condición provocó el rechazo de algunas comunidades autónomas, que la consideraban lesiva de sus competencias de autoorganización. Ese recelo puede reducirse si, como propuso el Consejo de Estado en su informe sobre el anteproyecto de ley, la inscripción se concibe simplemente como el cumplimiento de una obligación de información sobre determinados aspectos de la entidad una vez creada y la obtención de la certificación se produce automáticamente por la mera inscripción, una vez aportada la documentación requerida para ello, sin que la Administración general del Estado entre a valorar el contenido de esa documentación ni las características del ente que se crea.

48 En cualquier caso, para evitar equívocos por una excesiva simplificación, se debe precisar que no toda la regulación sobre consorcios tiene tal carácter, puesto que algunos preceptos únicamente son aplicables a los consorcios en los que participe la Administración general del Estado o sus organismos públicos y entidades vinculados o dependientes, como el artículo 123.2 o la disposición transitoria segunda.

49 La regulación de los consorcios había sido modificada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que introdujo la disposición adicional vigésima en la LRJPAC, que afectaba a su creación y adscripción, y por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público, y otras medidas de reforma administrativa. Sobre estas reformas, *vid.* HERNANDO RYDINGS, M., “Las mancomunidades y los consorcios”, Almeida Cerredá, M. (dir.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 139-174.

50 Sobre el tratamiento de los consorcios en la LRJSP, *vid.* BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Los consorcios administrativos ante un nuevo régimen jurídico”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 94, 2016; CASTILLO BLANCO, F., “La incidencia de la nueva Ley de régimen jurídico

El objetivo perseguido casi exclusivamente es, una vez más, que logren la ansiada estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera⁵¹. Ese fin explica las detalladas normas sobre la adscripción del consorcio a una de las administraciones y las relativas al derecho a la separación de los miembros del consorcio (artículo 125 LRJSP). Además, la disposición adicional décima habilita a las administraciones públicas o entes integrantes del sector público institucional que integren un consorcio para no cumplir con su obligación de efectuar la aportación al fondo patrimonial o la financiación a la que se hubieran comprometido para el ejercicio corriente, si alguno de los demás miembros del consorcio no hubiera realizado la totalidad de sus aportaciones dinerarias correspondientes a ejercicios anteriores a las que estén obligados. Es una regulación exhaustiva, que plantea dudas de constitucionalidad por dejar poco margen al desarrollo autonómico⁵². Por otra parte, su aplicación va a ser compleja, puesto que la adscripción del consorcio a una Administración pública no es permanente, no se mantiene la que se asigna en el momento de constitución, sino que puede variar anualmente en función de los criterios que establece el artículo 120 LRJSP y con ello también parte de su régimen jurídico.

Se ha impuesto una vez más la necesidad de fiscalización y eso tiene reflejo también en otros aspectos de la regulación. Para evitar cualquier dispersión en la regulación de la figura, la LRJSP ha derogado parte de los preceptos de la legislación de régimen local sobre consorcios, aunque unos pocos conservan su vigencia⁵³. Por otra parte, la excesiva atención prestada a la inserción del consorcio en el entramado institucional de la Administración a la que se adscribe ha provocado que su funcionalidad como mecanismo de cooperación quede bastante descuidada.

del sector público en los instrumentos de cooperación del Estado autonómico: especial referencia a los consorcios públicos”, *La Administración al día*. Estudios y comentarios, edición del 9 de marzo de 2017, [http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507211]. Fecha de última consulta: 6 de mayo de 2017; GARCÍA RUBIO, F., “Los consorcios locales en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público. Reflexiones necesarias”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015; y GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional (II)”, *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 306-359; HERNANDO RYDINGS, M., “La colaboración interadministrativa local: novedades en el nuevo régimen jurídico de los convenios y de los consorcios”, Campos Acuña, C. (dir.), *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 753-760; y TOSCANO GIL, F., “Los consorcios administrativos”, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2641-2703.

- 51 TOSCANO GIL opina que una regulación básica con un objeto tan concreto es un acierto, porque respeta las competencias autonómicas sobre organización administrativa y deja un amplio margen a los estatutos de los propios consorcios para configurarlos de acuerdo con las circunstancias y la misión que se den en el caso concreto (“Los consorcios administrativos”, cit., p. 2644).
- 52 GARCÍA RUBIO considera que limita injustificadamente la potestad de autoorganización de las comunidades autónomas y sus competencias sobre régimen local (“Los consorcios locales en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público. Reflexiones necesarias”, cit.). En sentido contrario, TOSCANO GIL sostiene el acierto de una regulación básica con un objeto tan concreto; considera que respeta las competencias autonómicas sobre organización administrativa y deja un amplio margen a los estatutos de los propios consorcios para configurarlos de acuerdo con las circunstancias y la misión que se den en el caso concreto (“Los consorcios administrativos”, cit., p. 2644).
- 53 La LRJSP ha derogado el artículo 87 LBRL, el artículo 110 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local aprobado por el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, y los artículos 37, 38, 39 y 40 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, todos ellos relativos a los consorcios que pueden constituir las entidades locales con otras administraciones públicas. Pero siguen vigentes preceptos como los artículos 26.2, 57 o las disposiciones adicionales novena y duodécima de la LBRL y las disposiciones adicionales decimotercera y decimocuarta de la LRSAL, que contienen referencias a los consorcios que son de aplicación en tanto no entren en conflicto con las bases comentadas. Para despejar cualquier duda, el artículo 119.3 LRJSP dispone que «Las normas establecidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, y en la Ley 27/2013, de 21 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local sobre los consorcios locales, tendrán carácter supletorio respecto a lo dispuesto en esta ley». *Vid.* PIZARRO NEVADO, R., “Principios y bases del régimen jurídico de la organización local”, cit., pp. 28-29.

5.2 El sector público institucional de la Administración general del Estado

5.2.1 Tipología de los entes del sector público institucional estatal

El capítulo II, dedicado a la organización y al funcionamiento del sector público institucional estatal, se abre con la enumeración de las entidades que lo integran: los organismos públicos, en su doble variante de organismos autónomos y entidades públicas empresariales, las autoridades administrativas independientes, las sociedades mercantiles estatales, los consorcios, las fundaciones del sector público, los fondos sin personalidad jurídica⁵⁴ y las universidades públicas no transferidas (artículo 84.1). Es una enumeración cerrada, ya que el artículo 84.2 impide que la Administración general del Estado o las entidades integrantes del sector público institucional estatal puedan crear o ejercer un control efectivo sobre entidades distintas de las enumeradas, que imposibilita la creación de nuevas agencias estatales⁵⁵.

No obstante, con esta previsión no se reconducen todas las entidades del sector público estatal al régimen de la LRJSP, porque la misma ley excluye de su ámbito de aplicación a ciertas entidades, que siguen sujetas en primer término a su legislación específica⁵⁶. Tampoco contribuyen a esa homogeneización las disposiciones que ordenan el proceso de adaptación al contenido de la LRJSP de las entidades existentes a su entrada en vigor, que regulan un mecanismo confuso en perjuicio una vez más de la necesaria seguridad jurídica. La disposición adicional cuarta obliga a que se adapten al régimen de cualquiera de las categorías generales que regula la LRJSP en el plazo de tres años «desde su entrada en vigor, rigiéndose hasta que se realice la adaptación por su normativa específica»⁵⁷. Pero la propia disposición adicional permite que las entidades existentes conserven sus especialidades en materia de personal, patrimonio, régimen presupuestario, contabilidad, control económico-financiero,

54 La inclusión de los fondos carentes de personalidad jurídica es una manifestación más del evidente influjo de la legislación presupuestaria en la LRJSP, puesto que no son entidades en sentido estricto; ni siquiera se configuran como unidades organizativas de la Administración general del Estado, sino que son masas patrimoniales ordenadas a la consecución de objetivos públicos, dotados desde los presupuestos generales del Estado. La LRJSP únicamente impone su creación por ley, aunque admite su extinción por norma de rango reglamentario y remite su régimen jurídico a lo establecido en la norma de creación y al resto de disposiciones de derecho administrativo que les resulten aplicables, en particular a la LGP.

55 La razón habría sido la pérdida de atractivo de la figura desde el momento en que unas crecientes exigencias de control del gasto público restringen la mayor autonomía financiera que las caracterizaba. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ insiste, sin embargo, en que no debe restarse valor a las razones que motivaron la aparición de las agencias como instrumentos para la gestión eficaz de ciertas actividades administrativas y recuerda que, incluso durante los años en que las leyes generales de presupuestos prohibían la creación de agencias, el mismo Estado recurrió a esta figura para superar las «rigideces propias del funcionamiento de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales, encorsetados en unos regímenes jurídicos poco dúctiles para ajustarse a determinadas actividades administrativas» («Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015», cit., p. 15).

56 Las disposiciones adicionales de la LRJSP consagran esta solución para las autoridades portuarias, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (disposición adicional decimoséptima) o el Centro Nacional de Inteligencia (disposición adicional decimotercera), el Banco de España (disposición adicional decimonovena) y el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (disposición adicional vigésima).

57 La disposición transitoria segunda de la LRJSP prevé que continuarán rigiéndose por su normativa específica, incluida la normativa presupuestaria que les resulte aplicable, hasta su adaptación a lo dispuesto en la LRJSP. Pero también establece en su apartado segundo que, siempre que no resulte contrario a su normativa específica, a los organismos públicos existentes en el momento de la entrada en vigor de la ley, y desde ese mismo momento, les serán aplicables los principios generales de actuación, los mecanismos de control de eficacia y supervisión continua, así como las reglas de transformación, fusión y disolución si se sometieran a alguno de esos procesos. En las mismas condiciones será también de aplicación directa a las sociedades mercantiles estatales, los consorcios, fundaciones y fondos sin personalidad jurídica existentes a la entrada en vigor y a partir de ese momento la regulación propia de esas entidades, tal como deriva de la LRJSP.

etc.⁵⁸ Se permite de ese modo una diversidad de regímenes que desactiva el potencial ordenador de la reforma.

Por otra parte, resulta cuestionable la inclusión en el sector público institucional estatal de las autoridades administrativas independientes y de las universidades públicas no transferidas⁵⁹, por ser contradictoria con su posición institucional, que se caracteriza por su autonomía orgánica y funcional y, consecuentemente, por disponer de un régimen jurídico garante de esa posición. Esto es particularmente evidente en el caso de las *autoridades administrativas independientes de ámbito estatal*⁶⁰, a las que se dedica el brevísimo capítulo IV, puesto que «se regirán por su ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía», por lo dispuesto en la LRJSP⁶¹ (artículo 110.1). Así debe ser porque no se da en este tipo de entidades la relación de dependencia e instrumentalidad que se predica del resto del sector público estatal. Por el contrario, es precisamente la necesidad de garantizar su neutralidad la que obliga a configurar su régimen jurídico de modo que se eviten injerencias por parte del Gobierno y de la Administración⁶².

5.2.2 Control de eficacia y supervisión continua

El artículo 85 LRJSP somete a todas las entidades del sector público institucional estatal a un sistema de control de eficacia y supervisión continua⁶³ apoyado sobre la existencia previa de un plan de actuación⁶⁴. Dicho plan debe contener «las líneas estratégicas en torno a las cuales se desenvolverá la actividad de la entidad», se revisará cada tres años y se completará con planes anuales que desarrollen el plan de actuación para cada ejercicio económico. Pues bien, el nuevo sistema de control es desarrollado sobre una evaluación en paralelo, por órganos y con objeto diferenciado: un control de eficacia y un mecanismo de supervisión continua. El *control de eficacia* le corresponde al departamento al que estén adscritos, que lo ejercerán a través de las inspecciones de servicios, y tiene por objeto evaluar el cumplimiento de los objetivos propios de la actividad de la entidad y la adecuada utilización de sus recursos,

58 Las especialidades se pueden mantener siempre que no hubieran generado deficiencias en el control de ingresos y gastos que causen una situación de desequilibrio financiero en el momento de su adaptación, ni resulten contrarias al derecho de la Unión Europea.

59 La LRJSP no contiene reglas específicas sobre las universidades públicas no transferidas. El artículo 84.3 simplemente se remite a lo dispuesto sobre ellas en la LGP y en su normativa específica, siéndoles aplicable la LRJSP sólo supletoriamente.

60 *Vid.* BOTO ÁLVAREZ, A., "Organización y funcionamiento del sector público institucional (I)", cit., pp. 267-281.

61 El artículo 110.1 LRJSP precisa con mayor detalle la legislación aplicable a estas entidades con carácter supletorio y no sólo alude a lo dispuesto en esa ley, dentro de la cual se remite a lo dispuesto para los organismos autónomos. También se refiere a la LPAC, a la LGP, al TRLCSP, a la LPAP, «así como al resto de las normas de derecho administrativo general y especial que les sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común».

62 Así se reconoce en el artículo 109 LRJSP, que contempla su creación para ejercer «funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración general del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de ley». Esa ley de creación debe establecer el régimen jurídico que garantice la independencia funcional o la autonomía que precisan para el cumplimiento de su misión regulatoria y de supervisión.

63 Con la excepción de las autoridades administrativas independientes, que, sin perjuicio de su sujeción al principio de sostenibilidad financiera de acuerdo con lo previsto en la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, por razón de la autonomía comentada no se someten a controles de eficacia por la Administración general del Estado.

64 La LRJSP lo impone como un presupuesto para la creación de nuevas entidades. Aunque no se establece nada expresamente sobre las ya existentes, habrá que entender que estas deben aprobarlo para su adaptación a lo dispuesto en la ley, en los plazos y condiciones establecidos en la disposición adicional cuarta y transitoria segunda.

de acuerdo con lo establecido en el plan de actuación y sus actualizaciones anuales⁶⁵. Al margen de lo anterior, todas las entidades integrantes del sector público institucional estatal quedan sujetas desde su creación a la *supervisión continua* del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Esta consiste en la vigilancia por la Intervención General de la Administración del Estado de la concurrencia de los requisitos previstos en la LRJSP. Aunque el artículo 85.3 habilita para el desarrollo reglamentario de las actuaciones de planificación, ejecución y evaluación correspondientes a la supervisión continua, también impone unos contenidos mínimos: la subsistencia de las circunstancias que justificaron la creación de la entidad, su sostenibilidad financiera y la concurrencia de la causa de disolución prevista en esta ley referida al incumplimiento de los fines que justificaron su creación o que su subsistencia no resulte el medio más idóneo para lograrlos.

Los resultados de la evaluación efectuada tanto por el ministerio de adscripción como por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se plasmarán en un informe sujeto a procedimiento contradictorio que, en función de las conclusiones que se hayan obtenido, contendrá recomendaciones de mejora o una propuesta de transformación o supresión de la entidad (artículo 85.4 LRJSP). El procedimiento para la eventual transformación de los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles estatales o las fundaciones del sector público estatal se regula en el artículo 87 LRJSP. Otra posibilidad es la fusión de los organismos públicos de la misma naturaleza jurídica, bien mediante su extinción e integración en un nuevo organismo público, bien mediante su extinción por ser absorbido por otro organismo público ya existente, para lo cual el artículo 94 LRJSP únicamente exige una norma reglamentaria. Y ello aun cuando la fusión suponga la modificación de la ley de creación. Como única cautela a esta deslegalización, el artículo 94.2 ha dispuesto que si, como consecuencia de la fusión, la norma reglamentaria crea un nuevo organismo público, deberá cumplir con lo previsto en el artículo 91.2 sobre requisitos de creación de organismos públicos⁶⁶.

5.2.3 Los organismos públicos

Como era de esperar, la LRJSP toma como base para la regulación de cada uno de los tipos de entes del sector público estatal lo dispuesto en la LOFAGE, aunque introduce algunas novedades dirigidas a un control más estricto en la creación de nuevas entidades y a favorecer la fusión de entidades existentes, y se regula con más minuciosidad la disolución de organismos. Así se constata en la regulación de los organismos públicos⁶⁷.

También se flexibiliza la utilización de los distintos entes, difuminando las líneas que perfilaban sus ámbitos funcionales. El artículo 88 LRJSP modifica el ámbito de actuación de los organismos autónomos que, además de a actividades de fomento, prestacionales y de

65 Todo ello sin perjuicio del control que, de acuerdo con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, ejerza la Intervención General de la Administración del Estado (artículo 85.2 LRJSP).

66 ÁLVAREZ FERNÁNDEZ denuncia que, con la genérica referencia al carácter reglamentario de la norma de fusión, el artículo 94 LRJSP desconoce la exigencia de real decreto para la transformación de las entidades del sector público y rechaza a continuación que para la fusión de los organismos públicos baste con una simple orden ministerial. Razona que esto sería contrario al artículo 129.4 LPAC, que exige que «[l]as habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos, tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante» (“Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015”, cit., p. 23).

67 Vid. BOTO ÁLVAREZ, A., “Organización y funcionamiento del sector público institucional (I)”, cit., pp. 232-266.

gestión de servicios públicos, pueden ahora dedicarse a la producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación. La distinción funcional entre estos y las entidades públicas empresariales queda así desdibujada y se les pueden encomendar prácticamente las mismas tareas. Se diferenciarían por un criterio puramente financiero, puesto que los artículos 103 y 107 LRJSP imponen que las entidades públicas empresariales se financien mayoritariamente con ingresos de mercado⁶⁸. Si se conecta una definición tan abierta de las posibles actividades de ambos tipos de entidades con el hecho de que su regulación también es común en muchos aspectos (artículos 89 y ss.), en la práctica la forma jurídica elegida resultará casi irrelevante⁶⁹.

No termina ahí la perturbadora modificación de las actividades de los organismos autónomos, porque el artículo 88 LRJSP también alude a la «supervisión o regulación de sectores económicos», que es la actividad característica de las autoridades administrativas independientes (artículo 109 LRJSP). Por esta vía se quería configurar estas últimas como un tipo de organismos autónomos e incardinarlas así –como ya se indicó– en el sector público institucional estatal, a pesar de lo cuestionable que resulta esa solución.

En cuanto al régimen jurídico común a todos los organismos públicos, cabe señalar que se regula con más detalle, imponiendo nuevas exigencias, el régimen de creación de organismos autónomos y entidades públicas empresariales (artículos 91 a 93), se relajan las exigencias para su fusión (artículo 94) y se simplifica enormemente el procedimiento de disolución de este tipo de entes (artículos 96 y 97). En relación con la creación de organismos públicos, que debe hacerse por ley, merece destacarse la exigencia previa de un plan de actuación (artículo 92) que debe acompañar al anteproyecto de ley de creación y que será el eje sobre el que posteriormente girará el sistema de supervisión en los términos ya explicados. Dicho plan debe expresar las razones que justifican la creación de un nuevo organismo público, razonar que la forma jurídica elegida es la más eficiente de las alternativas de organización y establecer los objetivos del organismo –justificando su suficiencia o idoneidad– y los indicadores para medirlos, así como la programación plurianual de carácter estratégico para alcanzarlos, entre otros contenidos. La actuación del nuevo organismo deberá ajustarse al contenido de este plan de actuación y al de los sucesivos planes anuales que se elaboren en desarrollo de sus previsiones.

Además, el artículo 95 LRJSP impone la gestión compartida de todos o algunos de los servicios comunes⁷⁰. Esta obligación sólo puede ser excepcionada si se justifica adecuadamente en la memoria que acompañe a la ley de creación por razones de eficiencia, de seguridad nacional o en los casos en los que la organización y gestión compartida afecte a servicios que deban prestarse de forma autónoma en atención a la independencia del organismo.

68 El artículo 107.3 LRJSP precisa que una entidad pública empresarial se financia mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tenga la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas. De acuerdo con lo previsto en el Reglamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC 2010), esto sucede cuando la entidad cubre como mínimo el 50 % de sus costes por medio de sus ventas de forma continuada a lo largo de varios años. El cumplimiento de este tipo de exigencias obligará a la transformación de algunas de las entidades públicas empresariales existentes. La naturaleza de sus actividades no será un gran obstáculo para hacerlo en organismo autónomo.

69 Se deja en manos de quien ejerce la potestad de organización la posibilidad de optar casi incondicionadamente entre múltiples formas organizativas. RIVERO ORTEGA habla de un principio de intercambiabilidad de formas ("Novedades en la regulación de las entidades instrumentales de naturaleza pública", cit., pp. 188-190).

70 Por tales se entienden, de acuerdo con el artículo 95.2 LRJSP, la gestión de bienes inmuebles, los sistemas de información y comunicación, la asistencia jurídica, la contabilidad y gestión financiera, publicaciones y contratación pública.

5.2.4 Las sociedades mercantiles estatales

La regulación sobre las sociedades mercantiles estatales está directamente inspirada en los artículos 166 y siguientes de la LPAP, a la que además se remite para completar el régimen jurídico de este tipo de entes⁷¹. Consecuentemente, se da un concepto de sociedad estatal que atiende exclusivamente a la titularidad accionarial, que integran en el sector público institucional estatal toda sociedad mercantil participada directamente en más de un 50 % de su capital social por la Administración general del Estado o alguna de las entidades que integran su sector público institucional, incluidas las sociedades mercantiles estatales (artículo 111 LRJSP), sin considerar las actividades propias de este tipo de entes, que son las económicas o de mercado⁷².

Sólo cabe ahora destacar algunas novedades⁷³. La más relevante es sin duda, por sus implicaciones dogmáticas, la habilitación para que por ley pueda atribuirse a una sociedad mercantil estatal el ejercicio de potestades administrativas, puesto que tradicionalmente la regla era la contraria. También ahora la LRJSP reserva el ejercicio de potestades administrativas a los organismos públicos estatales como regla general (artículo 89), pero, desarrollando la posibilidad apuntada en el artículo 2.2.b) LRJSP, el artículo 113 LRJSP establece las condiciones para materializar dicha atribución⁷⁴. Aunque en primer término prohíbe que las sociedades mercantiles estatales puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, añade a continuación que excepcionalmente la ley puede atribuirles el ejercicio de potestades administrativas. Se trata de una formulación demasiado imprecisa en el manejo de conceptos fundamentales, que recibió todo tipo de críticas por no proporcionar elementos suficientes para diferenciar entre potestades administrativas y potestades públicas, que no pueden ejercer, por ejemplo, las fundaciones del sector público estatal (artículo 128.2) o para determinar cuáles son las potestades administrativas que no implican ejercicio de autoridad⁷⁵; y sobre todo que no se distinga entre las sociedades de capital íntegramente público y aque-

-
- 71 Vid. GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L., "Organización y funcionamiento del sector público institucional (III)", cit., pp. 285-359; MONTOYA MARTÍN, E., "Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pp. 199-234; SALA ARQUER, "Sociedades mercantiles estatales y sector público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 177, 2016, pp. 39-51.
- 72 SALA ARQUER ha criticado que la LRJSP haya mantenido el criterio formalista de la titularidad y propone su sustitución por otros más acordes con la realidad de las cosas ("Sociedades mercantiles estatales y sector público", cit.).
- 73 Para una visión completa de su régimen jurídico, vid. MONTOYA MARTÍN, E., "Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público", cit.
- 74 SÁNCHEZ MORÓN rechaza la inclusión de esta expresión en el artículo 2 de la LPAC, atribuyendo naturaleza de acto administrativo a las decisiones de entidades privadas ("Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las administraciones públicas", cit., p. 23). Por el contrario, GAMERO CASADO considera un acierto, para poner freno a la huida del derecho administrativo, la nueva previsión legal, que somete al derecho administrativo el ejercicio de potestades administrativas por cualquier sujeto del sector público, aun cuando adopte una forma jurídico-privada ("La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación", cit., pp. 234-235).
- 75 SÁNCHEZ MORÓN apunta una posible interpretación sobre el significado de este inciso. El legislador parece asumir que estos sujetos ejercen potestades administrativas cuando adjudican un contrato del sector público, cuando otorgan ayudas o subvenciones, o cuando colaboran con la Administración como medio propio o servicio técnico de la misma. Lógicamente en estos supuestos se aplican normas de derecho administrativo, pero no puede hablarse de ejercicio de potestades administrativas en sentido propio ("La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público", cit., p. 7). GAMERO CASADO esboza una sugestiva definición doctrinal del concepto de potestad administrativa que se ajustaría a ese planteamiento legal en "La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación", cit., pp. 209-234, incluyendo un copioso aparato bibliográfico. De tal definición se desprendería que no es esencial al concepto de potestad administrativa el ejercicio de autoridad (p. 220) y que su ejercicio puede corresponder tanto a sujetos públicos como privados (p. 233).

llas que cuentan con socios privados, en que podrían verse comprometidas las relaciones de dependencia o instrumentalidad y, por tanto, ser más rechazable esa posibilidad⁷⁶.

En cuanto a su creación, aunque puede hacerse por acuerdo del Consejo de Ministros, es necesaria la elaboración con carácter previo de un plan de actuación que refleje las razones que justifican la creación de la nueva sociedad y acredite la inexistencia de duplicidades. Además, ese plan debe establecer claramente los objetivos anuales que se le asignan e incorporar un análisis que justifique que la forma jurídica propuesta resulta más eficiente frente a la creación de un organismo público u otras alternativas de organización que se hayan descartado. Todo ello sirve de base, como se comentó, para la posterior supervisión continua común a las entidades integrantes del sector público institucional (artículo 85 LRJSP).

Por último, debe destacarse el nuevo régimen de responsabilidad de los miembros de los consejos de administración de las sociedades estatales designados por la Administración general del Estado (artículo 115 LRJSP). Es de carácter administrativo, por lo que será directamente asumida por la Administración general del Estado, sin perjuicio de que esta pueda repetir contra sus empleados en los casos en que medie dolo, culpa o negligencia grave por parte de estos. La responsabilidad del resto de administradores de la sociedad que no tuvieran la condición de empleados públicos, o que siéndolo no formaran parte de un consejo de administración, por aplicación de lo previsto en el artículo 116.6 LRJSP, sería la que deriva del artículo 236 del Real decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de sociedades de capital, si bien quedarían exonerados de ella cuando, pese a las consecuencias dañosas que eventualmente ocasionasen, hubieran cumplido diligentemente con las instrucciones impartidas por el ministerio de adscripción⁷⁷.

5.2.5 Las fundaciones del sector público estatal

Las fundaciones dependientes o vinculadas a la Administración general del Estado se regulan en el capítulo VII del título II⁷⁸, aunque dos de sus preceptos tienen carácter de legislación básica. En concreto, el artículo 129, relativo al régimen de adscripción de las fundaciones para aquellos supuestos en que varias administraciones públicas se integren en una fundación; y el artículo 134, sobre el protectorado de las fundaciones.

Aunque la adscripción es un contenido característico de sus estatutos, la LRJSP dispone una serie de criterios escalonados para la determinación de su adscripción cuando en la fundación participen varias administraciones. Esta importante decisión a efectos de control y fiscalización debe producirse al comienzo de cada ejercicio presupuestario, lo que inevitablemente provocará la modificación de los estatutos y afectará también al protectorado,

76 Además de la doctrina citada, también han destacado las dificultades que planteará la aplicación de los artículos 2.2.b) y 113 LRJSP, entre otros, BOTO ÁLVAREZ, A., "La noción de sector público institucional: aplauso, crítica y desconcierto", cit., p. 2; MELLADO RUIZ, L., "Organización y funcionamiento del sector público institucional", cit., p. 234; PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", cit., pp. 30 y 31; y SÁNCHEZ MORÓN, M., "La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público", cit., p. 7.

77 Sobre las dudas que genera la extensión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas a la responsabilidad de los miembros de los consejos de administración de las sociedades mercantiles estatales designados por la Administración general del Estado, *vid.* MELLADO RUIZ, L., "Organización y funcionamiento del sector público institucional", cit., p. 278; y MONTOYA MARTÍN, E., "Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público", cit., pp. 227-230.

78 *Id.* GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L., "Organización y funcionamiento del sector público institucional (III)", cit., pp. 330-338; y MELLADO RUIZ, L., "Organización y funcionamiento del sector público institucional", cit., pp. 278-288.

que será ejercido «por el órgano de la Administración de adscripción que tenga atribuida tal competencia»⁷⁹ (artículo 134).

Del resto de los preceptos cabe destacar la exigencia de una ley para la creación de fundaciones del sector público estatal o la adquisición de este carácter por una existente (artículo 133). Esta ley debe establecer los fines de la fundación y los recursos económicos con los que se dota. Con carácter previo, el anteproyecto correspondiente debe acompañarse, para su tramitación, de una propuesta de estatutos y del plan de actuación al que alude el artículo 92 LRJSP para los organismos públicos. Además, el artículo 135 atribuye al empleado público designado como miembro del patronato el régimen de responsabilidad aplicable a los consejeros que representan el capital público en las sociedades mercantiles estatales, comentado en el apartado anterior y que merece el mismo juicio. Por tanto, la entidad que lo designó asumirá directamente la responsabilidad, sin perjuicio de la eventual repetición contra el empleado público cuando proceda, conforme a lo previsto en las leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial.

6 Los principios de la potestad sancionadora

La reforma del régimen jurídico de las administraciones públicas habría sido una ocasión ideal para aprobar la regulación general sobre la potestad sancionadora de las administraciones públicas tantas veces reclamada por la doctrina especializada⁸⁰, pero la regulación contenida en la LRJSP y en la LPAC se limita a reproducir con mínimas mejoras el contenido de la LRJPAC⁸¹. Tampoco es justificable la separación de los principios y presupuestos materiales del ejercicio de la potestad sancionadora, que quedan recogidos en la LRJSP, de las reglas procedimentales, que se han incorporado como especialidades en los artículos que regulan los trámites del procedimiento administrativo común en la LPAC, porque resta claridad y coherencia al conjunto y compromete la seguridad jurídica⁸².

79 La modificación de los estatutos por cambio de adscripción «deberá realizarse en un plazo no superior a tres meses, contados desde el inicio del ejercicio presupuestario siguiente a aquel en que se produjo el cambio de adscripción» (artículo 129.4).

80 Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Los confines de las sanciones. En busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública*, n. 195, 2014, pp. 135-167; CANO CAMPOS, T., *Las sanciones de tráfico*, 2.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011; HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007; NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012; o REBOLLO PUIG, M., "Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas", *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, Madrid, 2004.

81 Una buena parte de las novedades no son tales, pues provienen del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que fue derogado con la entrada en vigor de la LPAC. Esta solución legislativa también es criticable, porque dota a la LPAC de un contenido excesivamente detallado, impropio de las normas de carácter básico, que se impone a todas las administraciones públicas, lo que podría constituir un exceso competencial por limitar indebidamente la posibilidad de desarrollar leyes alternativas por las comunidades autónomas. Vid. PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", cit., pp. 84 y 85.

82 De todo ello advirtió el Consejo de Estado en sus dictámenes sobre los anteproyectos de ley. Concretamente en el dictamen 275/2015, relativo al anteproyecto de LPAC, se afirmaba que «la regulación de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial deberá siempre realizarse de forma integral, contemplando de manera unitaria los requisitos sustantivos y los principios procedimentales de aplicación en ambas materias, dado que unos y otros constituyen aspectos esenciales de su ordenación y, por ello, tienen un indudable sentido institucional». Incluso se proponía como alternativa remitir «la disciplina de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas a leyes singulares y distintas de los anteproyectos en cuestión». La propuesta, como tantas otras, cayó en saco roto. También han sido críticos con dicha separación MARTÍN REBOLLO, L., "La potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial: los nuevos procedimientos comunes especializados", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pp. 345-372; y SÁNCHEZ MORÓN, M., "Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las administraciones públicas", cit., p. 21.

La LRJSP recoge simplemente los principios de la potestad sancionadora (artículos 25 a 31), asumiendo en lo sustancial la regulación contenida en el capítulo I del título IX de la LRJPAC. Es, por tanto, una regulación de mínimos, que deja abierta la puerta a una dispersión normativa indeseable y a que se mantenga una casuística jurisprudencial inabarcable⁸³. Pero también es necesario destacar los aciertos, que no son desdeñables, como la extensión de los principios recogidos en la LRJSP «al ejercicio por las administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo». Esto supondrá el reforzamiento del principio de legalidad en un campo donde aún se veía fuertemente modulado⁸⁴. Pero la extensión no va más allá y siguen sin ser de aplicación al «ejercicio por las administraciones públicas de la potestad sancionadora respecto de quienes estén vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las administraciones públicas»⁸⁵ (artículo 25.4 LRJSP).

Se ha añadido un apartado al artículo 27 LRJSP que no tiene equivalente en la LRJPAC, en el que se dispone que «Las infracciones administrativas serán clasificadas por la ley en leves, graves y muy graves». Se quiere impedir así que el legislador renuncie a clasificar las infracciones tipificadas en función de la gravedad del ilícito y deje ese juicio en manos de la Administración aplicadora, aunque se oriente legalmente esa decisión con criterios generales como la repercusión de la infracción en la integridad de personas y bienes, en el grado de culpa del infractor o en la cuantía del beneficio obtenido⁸⁶.

El artículo 26 LRJSP regula la retroactividad *in bonam partem* con mayor precisión en cuanto a su extensión y efectos que el artículo 128 LRJPAC. Ahora está previsto que produzcan efecto retroactivo las disposiciones sancionadoras «en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor». De ese modo queda claro que la eficacia retroactiva no favorece únicamente al presunto infractor, que era a quien se aludía en la LRJPAC, finalizando sus efectos cuando se destruye la presunción de inocencia, sino que alcanzan también al infractor, una vez declarada la infracción e impuesta la sanción. Además, se delimitan los elementos de la infracción cometida sobre los que desplegará efectos retroactivos la nueva regulación, al detallar que les serán de aplicación aquellas que les favorezcan en lo referido a la tipificación de la infracción que hubieran cometido (o podido cometer), a la sanción que pudiera corresponderles y a sus plazos de prescripción. El artículo 26.2 LRJSP precisa finalmente que la eficacia retroactiva alcanzaría incluso a las «sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición». El inciso parece indicar que los efectos favorables no operarían sobre las sanciones ya cumplidas, pero que sí cabría exigir la aplicación retroactiva de una

83 Para una exposición de las carencias de los anteproyectos de ley en esa materia, que no fueron corregidas en los textos finalmente aprobados, *vid.* CANO CAMPOS, T., "La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa"; y CASINO RUBIO, M., "La potestad sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida", ambos en *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.

84 *Vid.* REBOLLO PUIG, M., "Potestad sancionadora y responsabilidad en la ley 40/2015", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 351-356; y GARCÍA LUENGO, F., "Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico de sector público", *cit.*, p. 15, donde se ocupa con detalle de la repercusión de esta previsión sobre el Estatuto básico del empleado público.

85 REBOLLO PUIG se ha mostrado muy crítico con esta exclusión, proponiendo una interpretación correctora que limitaría los efectos de esta disposición a las medidas no sancionadoras de la legislación de contratos del sector público y de la legislación patrimonial ("Potestad sancionadora y responsabilidad en la ley 40/2015", *cit.*, pp. 353-355).

86 El Tribunal Constitucional había rechazado esa posibilidad, por considerarla contraria a la «vertiente material del derecho a la legalidad sancionadora recogido en el artículo 25.1 CE» y al «principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa» (SSTC 100/2003, 210/2005, 98/2006, y 187/2006, entre otras).

norma favorable al infractor en cualquier momento antes del cumplimiento efectivo de la sanción impuesta, aunque la resolución sancionadora hubiera devenido firme. Por supuesto, esto supone también que puede apreciarse la retroactividad de la norma sancionadora más favorable en fase judicial.

En relación con el principio de responsabilidad personal, se han introducido algunas mejoras técnicas en la regulación de los supuestos de responsabilidad solidaria y subsidiaria⁸⁷ (artículo 28.3 LRJSP) y en las «responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción» distintas de las sanciones (artículo 28.4 LRJSP), simplificando el procedimiento para su declaración y ratificando que la Administración puede recurrir a la vía de apremio para resarcirse de la deuda líquida que supone la indemnización no abonada.

Por no extendernos en exceso, haremos referencia por último a la regulación de la prescripción, donde se encuentran algunas novedades de interés. Al regular la prescripción de infracciones, el artículo 32 LRJSP introduce una referencia expresa a la fecha de inicio del cómputo en las infracciones permanentes y continuadas. Pero la novedad más relevante tiene que ver con las consecuencias de la paralización del procedimiento sancionador «durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable». En este caso la LRJSP establece que el plazo de prescripción se reinicia, es decir, que vuelve a comenzar, en lugar de reanudarse donde se había interrumpido, que era lo previsto en el artículo 132 LRJPAC. Se equipara de ese modo la legislación administrativa con la civil y con el Código penal (artículo 132.2), donde la interrupción del plazo de prescripción determina que el cómputo comience de nuevo desde cero, un cambio que dificultará la producción de la prescripción de la infracción en perjuicio del presunto responsable, que verá cómo la Administración que incumple su deber de tramitación diligente del procedimiento sancionador se encuentra con un plazo mayor para acordar la incoación de uno nuevo.

También han cambiado las reglas de cómputo del plazo de prescripción de las sanciones, puesto que se ha suprimido la referencia a la adquisición de firmeza de la resolución sancionadora. El plazo de prescripción de las sanciones comienza ahora a contarse «desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla» (artículo 30.3 LRJSP). Concluye el artículo 30 LRJSP con una nueva regla que ordena la prescripción en vía de recurso dando respuesta a la indefensión que tradicionalmente se daba en esta situación⁸⁸. En el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso.

7 La responsabilidad de las administraciones públicas

Por los mismos motivos expuestos al tratar la potestad sancionadora, debe rechazarse la separación de la regulación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en dos leyes. La LRJSP recoge los principios y requisitos para que surja la responsabilidad,

87 Vid. PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", cit., pp. 90-94.

88 Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "La prescripción de las infracciones y las sanciones en vía de recurso administrativo. A propósito de la STC 37/2012, de 19 de marzo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 154, 2012, pp. 263-287.

mientras que las reglas del procedimiento para exigirla se encuentran dispersas a lo largo de la LPAC. También regula la LRJSP la responsabilidad de las autoridades y personal a su servicio.

Como existe una continuidad en las líneas esenciales de la regulación⁸⁹, únicamente destacaremos algunas novedades dignas de mención. La más relevante se encuentra en el artículo 32, que coincide parcialmente en su contenido con el artículo 139 LRJPAC, ya que en sus dos primeros apartados enumera los requisitos para que nazca la obligación de reparar toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos⁹⁰. En los restantes se regula la responsabilidad a la que debe hacer frente la Administración general del Estado por el funcionamiento de la Administración de justicia y por el funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional en la tramitación de los recursos de amparo y de las cuestiones de inconstitucionalidad, además de la responsabilidad por actos del poder legislativo⁹¹. Al tratamiento que hacía de esta cuestión el artículo 139 LRJPAC, que se ocupaba únicamente de la responsabilidad por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, suma el artículo 32 LRJSP dos supuestos que hasta ahora únicamente habían sido reconocidos por la jurisprudencia, como son aquellos en los que la responsabilidad tiene su origen en la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley (artículo 32.4) o en la declaración de una norma como contraria al derecho de la Unión Europea (artículo 32.5). De ese modo quedan mejor perfilados los contornos de la institución, aunque su plasmación legal ha sido muy restrictiva, al someterla a exigencias que no se deducen necesariamente de la jurisprudencia en que se inspira.

El artículo 32.3 LRJSP supedita la responsabilidad por daños causados por la aplicación de una ley inconstitucional a dos requisitos: la existencia de una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que causó el daño, y que en el proceso se haya denunciado la inconstitucionalidad de la ley aplicada. Se restringen enormemente las posibilidades de obtener una reparación de los daños sufridos por la aplicación de la norma al obligar a quien haya sido lesionado a agotar primero la vía administrativa y después a interponer un recurso contencioso-administrativo, ya que sólo así puede obtenerse una sentencia firme desestimatoria. Y no sólo eso, sino que necesita haber «alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada», lo cual supone que el tribunal no habrá apreciado motivos para plantear una cuestión previa de inconstitucionalidad (o, en su caso, una cuestión prejudicial ante el TJUE, como se verá), ya que parece obligado que el demandante lo deba solicitar expresamente.

La regulación de la responsabilidad por daños causados por la aplicación de leyes contrarias al derecho de la Unión Europea podría vulnerar además el principio de equivalencia, por exigir para su reconocimiento que «el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sen-

89 Para una exposición de la nueva regulación, *vid.* PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, cit., pp. 102-121; o REBOLLO PUIG, M., “Potestad sancionadora y responsabilidad en la ley 40/2015”, cit., pp. 478-495.

90 En este punto, la LRJSP prácticamente se limita a asumir la regulación de la LRJPAC, dejando pasar también en esta materia la ocasión de asumir las propuestas doctrinales para corregir las carencias de la legislación vigente y reducir la inseguridad jurídica y el protagonismo judicial en su aplicación.

91 Sobre esta cuestión, *vid.* GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del Estado legislador*, Barcelona, 2001; QUINTANA LÓPEZ, T., “La responsabilidad del Estado legislador”, *Revista de Administración Pública*, n. 135, 1994. Para una crítica certera de la regulación de esta cuestión contenida en el proyecto de LRJSP, *vid.* GALÁN VIOQUE, R., “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador (Un nuevo intento introducido en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo)”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.

tencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño» y que en el proceso «se hubiera alegado la infracción del derecho de la Unión Europea posteriormente declarada». Adicionalmente, el artículo 32.5 LRJSP exige que se den otros requisitos, algunos bastante escurridizos⁹²: la norma «ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares» y el incumplimiento debe estar «suficientemente caracterizado»⁹³. Un último requisito es que exista «una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares»⁹⁴.

Además, el artículo 34 LRJSP limita la indemnización en ambos casos a los daños producidos «en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa». Es dudoso que por ley ordinaria pueda determinarse el alcance de los fallos jurisdiccionales⁹⁵, pero sobre todo debe denunciarse la arbitrariedad que supone limitar la extensión de la indemnización haciéndola depender de una circunstancia tan aleatoria (y ajena al control del perjudicado) como el momento en que se dicte la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al derecho de la Unión Europea.

La indemnización se regula en el artículo 34 LRJSP, que asume sin variaciones lo dispuesto en el artículo 141 LRJPAC, al que añade algunos contenidos. En el apartado segundo se incluye una regla sobre la indemnización en los supuestos de muerte y lesiones corporales que remite a «la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad Social». El legislador se ha decantado por uno de los criterios de valoración que la jurisprudencia utilizaba con carácter orientativo para fijar estas indemnizaciones, descartando la aplicación de las tablas indemnizatorias utilizadas en el ámbito de los seguros de circulación de vehículos. La remisión a los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad Social debe conectarse con el artículo 150 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social y la Orden de 15 de abril de 1969, que lo aprueba⁹⁶. Hay que recordar que el Tribunal Supremo recurría a la aplicación de estos baremos de forma no preceptiva, sino orientativa, corrigiendo el resultado cuando este no garantizase la *restitutio ad integrum*. Esta solución no tiene por qué cambiar,

92 Son exigencias enumeradas por la jurisprudencia del TJUE desde la Sentencia de 19 de noviembre de 1991 (asunto *Franovich*) y repetidas por muchas otras con posterioridad, por lo que en principio no habría inconveniente en incorporarlos al ordenamiento jurídico nacional, si no fuera porque exigir este requisito para apreciar la responsabilidad del Estado por violaciones del derecho de la Unión Europea y no hacerlo cuando se aprecia la derivada de leyes contrarias a la Constitución vulnera el principio de equivalencia.

93 La jurisprudencia española entiende que para valorar si el incumplimiento está suficientemente caracterizado hay que acudir al criterio de la inobservancia manifiesta y grave por parte de un Estado miembro de los límites impuestos a su facultad de apreciación (STS de 2 de octubre de 2012), valorándose por tanto circunstancias como la claridad y precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional o involuntario del incumplimiento, o el carácter excusable del error de derecho, entre otros. *Vid.* COBREROS MENDAZONA, E., “La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea”, *Revista de Administración Pública*, n. 196, 2015, pp. 11-59.

94 GALÁN VIOQUE entiende que el establecimiento de estos requisitos, que no se exigen en el caso de la responsabilidad por daños causados por leyes inconstitucionales, vulnera el principio de equivalencia (“A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador”, cit., pp. 5-7).

95 *Vid.* GALÁN VIOQUE, R., “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador”, cit., p. 6.

96 Esta orden ha sufrido varias modificaciones y actualizaciones. La última se produjo por Orden ESS/66/2013, de 28 de enero, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes.

ya que el artículo 34 LRJSP indica que este baremo «se podrá tomar como referencia», lo que permitiría corregir los valores resultantes para garantizar la indemnidad del lesionado.

En cuanto al momento que debe tenerse en cuenta para calcular la indemnización, el artículo 34.3 LRJSP mantiene la regla de que sea el «día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad», pero se introducen dos pequeñas variaciones. La primera afecta al índice de referencia que debe aplicarse para la actualización de la cantidad obtenida por el método anterior a la fecha en que finalice el procedimiento que reconozca esa responsabilidad. Se ha sustituido la alusión al índice de precios al consumo por el índice de garantía de la competitividad, también fijado por el Instituto Nacional de Estadística. La segunda tiene que ver con la mención a la legislación aplicable a los intereses por la demora en el pago de la indemnización fijada, que se ha ampliado. Junto a la LGP, que era la única citada en el artículo 141 LRJPAC, se incluye ahora una referencia a las normas presupuestarias de las comunidades autónomas.

Otra novedad importante es la extensión del régimen de responsabilidad de las administraciones públicas también a los supuestos en que se sirven de personificaciones de derecho privado (artículo 35 LRJSP), esto es, cuando se sirve de entes instrumentales de derecho privado para la gestión directa de servicios públicos⁹⁷.

8 El funcionamiento electrónico del sector público

Es justo reconocer el paso adelante que suponen la LPAC y la LRJSP en el complicado proceso de adaptación del funcionamiento de las administraciones públicas a la llamada sociedad de la información⁹⁸. El reto es normalizar su funcionamiento a través de medios electrónicos para aumentar su eficacia y eficiencia, así como implantar sistemas interoperables para facilitar las relaciones interadministrativas⁹⁹.

Entre los cambios introducidos debe destacarse uno fundamental, como ha sido la integración de la regulación del funcionamiento electrónico del sector público en la regulación general sobre organización y procedimiento administrativo. Deja de ser una regulación especial para insertarse en la legislación administrativa general¹⁰⁰, al tiempo que se le atribuye el carácter de bases del régimen jurídico de las administraciones públicas o de procedimiento administrativo común, imponiéndose en consecuencia a todas las administraciones públicas.

97 Nada se dispone sobre la competencia y el procedimiento para declarar esa responsabilidad, ni sobre la jurisdicción competente para conocer de esta cuestión. GARCÍA LUENGO sostiene que la doctrina del levantamiento del velo permitiría mantener la unidad de fuero y atribuir la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa (“Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico de sector público”, cit., p. 25).

98 LÓPEZ MENDUO afirma que el único punto fuerte de ambas leyes ha sido integrar el funcionamiento electrónico del sector público (“Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma”, cit., p. 16). También ha destacado ese objetivo MARTÍN DELGADO, I., “La reforma de la Administración (electrónica): hacia una auténtica innovación administrativa”, *Revista Democracia y Gobierno Local*, n. 32, 2016, p. 7.

99 Por ello, el artículo 3.2 LRJSP obliga a las administraciones públicas a relacionarse «entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes a través de medios electrónicos, que aseguren la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas, garantizarán la protección de los datos de carácter personal, y facilitarán preferentemente la prestación conjunta de servicios a los interesados».

100 MARTÍN DELGADO, I., “La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública”, *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, p. 45.

Pero, una vez reconocido ese esfuerzo, no se puede dejar de señalar las dudas que suscita la nueva regulación¹⁰¹. La doctrina ha destacado las dificultades que provoca la separación de la regulación contenida en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAECSP), en dos textos legales que no siempre se articulan adecuadamente¹⁰². Como ejemplo, podría señalarse la regulación de la sede electrónica, que es el elemento fundamental para canalizar las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. La sede se regula de forma confusa en el artículo 38 LRJSP, sin que se diferencie nitidamente de conceptos como el de portal de internet (artículo 39) y el de punto de acceso general electrónico, que es mencionado en las LPAC y LRJSP como portal de entrada a los servicios electrónicos de una Administración, pero sin definirse legalmente¹⁰³. Esa falta de precisión planteará enormes dudas en la aplicación de la LPAC, que hace un uso extensísimo de estos conceptos¹⁰⁴.

También se ha criticado que la nueva regulación esté marcada sobre todo por las exigencias de eficacia administrativa y que no se haya prestado la misma atención a garantizar los derechos de los ciudadanos que se relacionan con la Administración por estos medios¹⁰⁵. Además, si se considera el elevado grado de incumplimiento de la LAECSP, no es exagerado afirmar que las previsiones de la LPAC y de la LRJSP son poco realistas. A pesar del tiempo transcurrido desde su entrada en vigor, buena parte de las previsiones de la LAECSP no estaban implantadas plenamente en muchas administraciones. Incluso en las administraciones donde esa implantación se hallaba más avanzada, existían enormes diferencias entre sus distintas dependencias. Por ello, no es aventurado afirmar que la situación puede reproducirse tras la entrada en vigor de las nuevas leyes y que muchos miles de pequeñas administraciones tendrán dificultades para adaptarse a las nuevas exigencias de funcionamiento electrónico¹⁰⁶. Quizá por ser consciente de todo ello, la LPAC ha retrasado hasta el 2 de octubre de 2018 la entrada en vigor de las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro

101 Vid. CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Administraciones y entidades públicas electrónicas: el funcionamiento electrónico del sector público y las relaciones interadministrativas electrónicas", *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016, pp. 299-344; GAMERO CASADO, E., "Funcionamiento electrónico del sector público", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pp. 83-113; o PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", cit., pp. 121-136.

102 Son varios los autores que han abordado el estudio conjunto de ambas regulaciones para tratar de sistematizar los dos textos. Vid. MARTÍN DELGADO, I., "La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública", cit., pp. 41-82; y GAMERO CASADO, E., "Funcionamiento electrónico del sector público", cit., pp. 83-113.

103 MARTÍN DELGADO apunta algunos elementos para la distinción en "La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública", cit., pp. 59-60.

104 GAMERO CASADO ha enunciado las antinomias que se producen por no haber articulado correctamente la regulación de estos instrumentos en la LRJSP y en la LPAC ("Funcionamiento electrónico del sector público", cit., pp. 96-109).

105 Con la derogación de la LAECSP han desaparecido referencias expresas a principios inspiradores de la actuación electrónica de las administraciones públicas y se ha visto reducido el estatuto del ciudadano en sus relaciones con la Administración por medios electrónicos. Se han suprimido, por ejemplo, las referencias a la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de las administraciones públicas y el correlativo principio de no discriminación entre los que acceden electrónicamente y presencialmente, así como el derecho a elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las administraciones públicas. Vid. MARTÍN DELGADO, I., "La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública", cit., pp. 48-57.

106 No existen tampoco en las leyes mecanismos adecuados para mitigar ese riesgo. GAMERO CASADO se ha mostrado crítico con algunas de las pocas medidas previstas, que entiende que exceden la competencia estatal y limitan injustificadamente la potestad de autoorganización de las administraciones públicas. Como alternativa propone la declaración de una serie de servicios básicos de administración electrónica junto a medidas que constriñan a las administraciones públicas a una efectiva implantación de estos ("Enquadre de la nueva legislación en el acervo del derecho administrativo", cit., pp. 125-127).

electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico (disposición final séptima). Como es lógico, esa “bienintencionada” demora en la exigibilidad de esos instrumentos inevitablemente conllevará el retraso en la implantación de las restantes exigencias vinculadas al funcionamiento electrónico del sector público. Es evidente que la operatividad de la sede electrónica no será total en tanto no se haya implantado plenamente el registro electrónico, o que la nueva política de gestión documental (artículo 46 LRJSP) no podrá culminarse mientras no esté operativo el archivo único electrónico.

Si nos centramos en la regulación contenida el capítulo V del título preliminar de la LRJSP, hay que señalar que no es muy ambiciosa; básicamente reproduce una parte de los contenidos de la LAECSP. También en el capítulo IV del título III, dedicado a las relaciones electrónicas entre las administraciones, se encuentran reglas tomadas de la LAECSP. A ese núcleo se han añadido algunos preceptos del Real decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, que desarrollaba parcialmente dicha ley¹⁰⁷. El resultado ha sido la conversión en legislación básica y su consiguiente aplicación a las comunidades autónomas y a los entes locales de un conjunto de reglas minuciosas, más propias de una norma de carácter reglamentario, que hasta ahora únicamente eran de aplicación a la Administración general del Estado, lo que plantea dudas de constitucionalidad en varios extremos.

Los instrumentos regulados en el capítulo V conservan los rasgos que tenían en la LAECSP. No se ha aprovechado la experiencia adquirida para innovar en esta materia, ni para corregir algunas de las carencias de la legislación derogada, limitándose el legislador a remozar ligeramente algunas de sus características. La regulación de la sede electrónica es un buen ejemplo, como puede apreciarse en el artículo 38 LRJSP, que se inspira en el artículo 10 LAECSP, al que añade pequeñas variaciones para acomodar la legislación española a las exigencias del Reglamento (UE) 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza en las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

Se han introducido cambios más sustanciosos en los sistemas de identificación (artículo 9 LPAC), diferenciándolos claramente de los de firma electrónica (artículo 10 LPAC), para adaptar la legislación española a las exigencias del citado Reglamento (UE) 901/2014¹⁰⁸. Mientras que los primeros permiten comprobar la identidad del firmante, el sistema de firma electrónica permite constatar, además, que su voluntad es la plasmada en el documento electrónico firmado. Mejorando en este aspecto la regulación contenida en la LAECSP, la misma lógica se refleja en la LRJSP en relación con los sistemas de identificación y firma de las administraciones públicas, puesto que el funcionamiento de una sede electrónica exige que se asegure la plena identificación y diferenciación de estos instrumentos de prestación de servicios y de comunicación con los interesados.

107 El Real decreto 1671/2009 ha sido parcialmente derogado por la LPAC y por la LRJSP, aunque buena parte de su contenido sigue vigente.

108 Sobre los sistemas de identificación previstos en la LRJSP y en la LPAC, *vid.* ALAMILLO DOMINGO, I., “Perspectiva jurídica de los aspectos tecnológicos”, *La reforma del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público: Análisis de la propuesta de regulación de la administración electrónica*, jornada celebrada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el 4 de mayo de 2015, p. 12. [Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-source/actividades2015/fichaalamillov1.pdf>. Fecha de acceso: 20 de marzo de 2017]; CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Administraciones y entidades públicas electrónicas: el funcionamiento electrónico del sector público y las relaciones interadministrativas electrónicas”, cit., pp. 313-315; o PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, cit., pp. 127-133.

Para entender mejor el cambio, hay que considerar la posición de la Administración pública cuando establece relaciones por medios electrónicos, pues, aunque siempre debe acreditar su identidad, va a hacerlo de distinta forma según actúe como receptora o emisora de contenidos. Cuando actúa únicamente como receptora de actuaciones de terceros (consultas o solicitudes en la sede electrónica), estos necesitan comprobar que el receptor (el titular de la sede electrónica) es el ente público al que se quieren dirigir (artículo 38.3 LRJSP). Para identificarse en estos casos la Administración puede utilizar certificados de dispositivo seguro en los términos previstos en el artículo 38.6 LRJSP o cualquiera de los sistemas de identificación previstos en el artículo 40 LRJSP: sello electrónico¹⁰⁹. Al margen de lo anterior, se entenderá identificada la Administración pública respecto de la información que se publique como propia en su portal de internet (artículo 40.2 LRJSP).

Estos medios únicamente sirven para la identificación y garantía de una comunicación segura, pero no pueden utilizarse para firmar electrónicamente documentos, porque no permiten acreditar la voluntad de la Administración o del órgano que actúa. Los instrumentos que la Administración debe emplear cuando se dirige a terceros en el ejercicio de sus funciones son diferentes. En estos casos debe utilizar una firma electrónica, que no sólo identifica al interviniente, sino que permite acreditar la voluntad del sujeto actuante. Para esto último la LRJSP ha regulado con carácter básico dos cuestiones que conviene separar. Por una parte, se da un tratamiento más completo a la actuación administrativa automatizada, que se define en el artículo 41 para establecer sus sistemas de firma en el artículo 42, puesto que en este caso no interviene de forma directa ningún empleado público, mientras que el artículo 43 se dedica a la firma electrónica del personal al servicio de las administraciones públicas¹¹⁰.

Al regular los sistemas de firma para la actuación administrativa automatizada, el artículo 42 LRJSP deja que cada Administración pública elija entre dos alternativas. La primera es el «sello electrónico de Administración pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica». Una segunda posibilidad sería utilizar el «código seguro de verificación vinculado a la Administración pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, en los términos y condiciones establecidos, permitiéndose en todo caso la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente». Debe recordarse que el código seguro de verificación no es propiamente una firma electrónica y consecuentemente no cumple los requisitos de garantía exigibles a un sistema de firma, puesto que ese código sólo permite verificar la autenticidad e integridad de un documento por comparación con el documento electrónico original en la sede electrónica correspondiente, pero no permite acreditar técnicamente que es un documento legítimo y que no ha sido alterado si no ha sido firmado electrónicamente con un sistema adecuado¹¹¹.

109 Para la identificación de las administraciones públicas, el artículo 40 LRJSP ha previsto la utilización de «un sello electrónico basado en un certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica».

110 Para reforzar el valor de todos estos instrumentos, la disposición final segunda de la LPAC ha modificado el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, añadiendo un nuevo apartado, el undécimo, en el que se dispone que «Todos los sistemas de identificación y firma electrónica previstos en la Ley de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y en la Ley de régimen jurídico del sector público tendrán plenos efectos jurídicos».

111 Vid. ALAMILLO DOMINGO, I., «Perspectiva jurídica de los aspectos tecnológicos», cit., p. 34; o FONTDEVILA ANTOLÍN, J., Ficha de trabajo presentada en *La reforma del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público: Análisis de la propuesta de regulación de la Administración electrónica*, jornada celebrada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el 4 de mayo de 2015,

Cuando la actuación administrativa la lleven a cabo personas físicas utilizando medios electrónicos, se autenticará mediante firma electrónica del titular del órgano o del empleado público (artículo 43.1 LRJSP). Se ha suprimido la referencia que se contenía en el artículo 19 LAECSP a la firma electrónica basada en el documento nacional de identidad, por lo que se apuesta por sistemas de firma basados en otros certificados facilitados a la autoridad o empleado público por la propia Administración (certificados electrónicos de empleado público en la terminología del Real decreto 1671/2009).

Otro cambio importante es que a partir de la entrada en vigor de la LRJSP será obligatorio almacenar por medios electrónicos «todos los documentos utilizados en las actuaciones administrativas [...], salvo cuando no sea posible» (artículo 46.1 LRJSP). Esto en principio no debería plantear grandes dificultades porque los artículos 26 y 36 LPAC imponen la forma electrónica para trámites y documentos administrativos. Pero, aunque sea excepcional, seguirá habiendo actuaciones o trámites que se reflejen en papel o en otros soportes no electrónicos. Todos ellos deben ser digitalizados para su archivo. Ya no será potestativo, como preveía el artículo 31.1 LAECSP. La única razón que en el futuro justificaría que no se hiciera esa digitalización es que por su naturaleza no fuera posible¹¹².

Para entender el tratamiento legal del archivo electrónico de documentos (artículo 46 LRJSP), es necesario enmarcarlo en la obligación legal que tienen todas las administraciones de desarrollar una política de gestión de documentos, nacida del artículo 21.1.a) del Real decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de Administración electrónica, y en la que son claves los repositorios electrónicos. El archivo electrónico de documentos regulado en el artículo 46 LRJSP es una pieza más de esa composición. Dadas las singulares características de los documentos electrónicos, estos archivos tienen que cubrir el ciclo de vida completo de los documentos electrónicos y configurarse de manera que «garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados» de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Seguridad (artículo 46.3 LRJSP). En particular, asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos, el cumplimiento de las garantías previstas en la legislación de protección de datos. Hasta aquí como se regulaba en el artículo 31.3 LAECSP. Como novedad se añade que también deben asegurar «la recuperación y conservación a largo plazo de los documentos electrónicos producidos por las administraciones públicas que así lo requieran, de acuerdo con las especificaciones sobre el ciclo de vida de los servicios y sistemas utilizados». Por tanto, el archivo electrónico es un dispositivo que ofrece almacenamiento seguro para los documentos y ficheros relacionados con cada expediente, y permite gestionar el ciclo de vida de cada documento desde su creación y registro hasta su archivo definitivo (preservación y custodia). Además de la funcionalidad de almacenamiento, facilita la recuperación y consulta de los documentos de cada procedimiento administrativo tanto por parte de los empleados de la Administración como de los interesados en el procedimiento¹¹³.

p. 8. [Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-source/actividades2015/ficha-de-propuestas---fonddevila-ca.pdf>. Fecha de acceso: 20 de marzo de 2017].

112 Esta exigencia no admite excepciones cuando los documentos electrónicos «contengan actos administrativos que afecten a derechos o intereses de los particulares». Según el artículo 46.2 LRJSP, estos necesariamente «deberán conservarse en soportes de esta naturaleza, ya sea en el mismo formato a partir del que se originó el documento o en otro cualquiera que asegure la identidad e integridad de la información necesaria para reproducirlo. Se asegurará en todo caso la posibilidad de trasladar los datos a otros formatos y soportes que garanticen el acceso desde diferentes aplicaciones».

113 Sobre las características y el desarrollo del archivo electrónico de documentos, *vid.* Centro Nacional de Referencia de Aplicación de las TIC basadas en fuentes abiertas (CENATIC), *Software de fuentes abiertas en la Administración electrónica. Archivo electrónico de las adminis-*

9 Los convenios

El capítulo VI del título preliminar contiene una regulación sobre convenios administrativos que supera ampliamente la de la LRJPAC, no sólo en extensión, sino también en su ámbito de aplicación, puesto que alcanza a más sujetos e introduce mayores garantías y controles¹¹⁴. La exposición de motivos proclama que el objetivo era proporcionar un «régimen completo de los convenios», aunque el resultado es más modesto. Obviamente esa pretensión excedía las posibilidades del legislador básico; además, la propia LRJSP limita su alcance al negar su aplicación a un buen número de convenios. Aunque se parte de una definición amplia de convenio, que incluye «los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las administraciones públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común» (artículo 47.1), a renglón seguido se niega la consideración de convenios a los protocolos generales de actuación o cualquier instrumento similar que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles (párrafo segundo del artículo 47.1). Tampoco se aplica esta regulación a los que no son convenios de colaboración, pues no perseguirían un fin común¹¹⁵, ni a otros acuerdos que podrían encajar en la definición inicialmente dada, como la terminación convencional, las encomiendas de gestión (artículo 48.9 LRJSP) o los convenios interautonómicos para la gestión y prestación de servicios de las mismas (artículo 47.2.a) LRJSP).

Esta primera reducción es expresiva de la complejidad de una figura que carece de una definición asumida doctrinal y jurisprudencialmente, y que en muchas ocasiones es difícil de distinguir de otras afines, como los contratos de las administraciones públicas. La LRJSP no ha reducido esa dificultad, puesto que sobre tan espinosa cuestión se limita a decir que los convenios «no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos»¹¹⁶ (párrafo tercero del artículo 47.1). Aunque parece apuntarse que el criterio para determinar la aplicación a un acuerdo de la legislación de contratos del sector público es su elemento objetivo¹¹⁷, en algunos supuestos esto no será suficiente, porque la imprecisa delimitación que hacen de su ámbito de aplicación tanto la LRJSP como las leyes de contratos del sector público permitiría atribuir –sin contrariarlas– la naturaleza de contrato y de convenio a ciertos

traciones públicas, [Disponible en: http://www.cenatic.es/laecsp/page37/files/LAECSP_Archivo.pdf. Fecha de acceso: 20 de marzo de 2017]; CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Administraciones y entidades públicas electrónicas: el funcionamiento electrónico del sector público y las relaciones interadministrativas electrónicas”, cit., pp. 318-323; o PIZARRO NEVADO, “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, cit., pp. 133-136.

114 Sobre la regulación de los convenios contenida en la LRJSP, *vid.* BUSTILLO BOLADO, R., “Los convenios”, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1057-1087; GARCÍA LUENGO, J., “Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico de sector público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016, pp. 25-27; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Los convenios administrativos”, *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, pp. 265-305; y “Principios de la actividad administrativa conveniada de las administraciones locales”, cit.; HERNANDO RYDINGS, M., “La colaboración interadministrativa local: novedades en el nuevo régimen jurídico de los convenios y de los consorcios”, cit., pp. 736-752; o PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, cit., pp. 137-152.

115 Es el caso de los convenios de composición (convenios arbitrales, transacciones), que se someten a su regulación específica.

116 Sobre las dificultades para definir el convenio administrativo y los criterios para distinguirlo de figuras afines a la vista de la nueva regulación, *vid.* GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Los convenios administrativos”, cit., pp. 269-283.

117 *Vid.* HERNANDO RYDINGS, M., “La colaboración interadministrativa local: novedades en el nuevo régimen jurídico de los convenios y de los consorcios”, cit., p. 743.

negocios bilaterales especiales¹¹⁸. Para despejar esa incógnita, es inevitable recurrir por tanto a la causa, al «fin común» que caracteriza al convenio.

Contiene también la LRJSP una clasificación de los convenios en atención a los sujetos que los suscriben (artículo 47.2), aunque no se acierta a entender completamente su utilidad, ya que sólo se establecen reglas específicas para dos de los tipos y con el propósito de excluirlos de la aplicación de esta ley¹¹⁹. El resto de previsiones en cuestiones tan diversas como validez, eficacia, ejecución o extinción son comunes al resto de categorías. Así, por ejemplo, el artículo 49 LRJSP impone un contenido mínimo que debe constar en cualquiera de los tipos de convenios enumerados en el artículo 47.2, entre los que se incluye los elementos del convenio (subjetivos, objetivo y teleológico) y el régimen básico de su ejecución y modificación.

Las previsiones procedimentales son lógicamente muy escuetas, puesto que sólo se exige «una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión, así como el cumplimiento de lo previsto en esta ley» (artículo 50.1)¹²⁰. También es débil la garantía establecida sobre publicidad de los convenios, puesto que las previsiones del artículo 48.8 LRJSP se aplican únicamente a aquellos en los que interviene la Administración general del Estado o alguno de sus organismos públicos o entidades de derecho público. En estos supuestos, la inscripción en el Registro Electrónico Estatal de órganos e instrumentos de cooperación del sector público estatal y su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* son una condición de eficacia del convenio¹²¹. No obstante, la publicidad de los convenios en que no intervenga ningún ente del sector público no queda completamente en manos del legislador autonómico o sectorial, puesto que existe un deber general de publicidad activa que deriva del artículo 8.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. A ello hay que añadir que el artículo 144 LRJSP obliga a la inscripción de todo convenio de cooperación entre administraciones en los registros electrónicos que deben crear para recoger los órganos de cooperación en los que cada una de ellas participe. Son medidas limitadas, cuya eficacia podría aumentarse simplemente añadiendo la publicación periódica de una relación de convenios firmados por cada Administración, con somera referencia a ciertos elementos de su contenido.

También contribuirá a un mayor control el deber de comunicación y remisión al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la comunidad autónoma, según corresponda, de aquellos convenios que supongan la asunción de compromisos económicos que superen los 600.000 euros. No sólo es obligatoria la comunicación de su suscripción, sino que el deber se extiende además a las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, alteración de los importes de los compromisos económicos asumidos y a la extinción del convenio.

118 GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., "Principios de la actividad administrativa conveniada de las Administraciones Locales", cit., pp. 506 y 507.

119 Incluso se ha criticado la inclusión en esa tipología de los convenios intraadministrativos, pues la relación de instrumentalidad excluye la posición de igualdad de los suscriptores, por lo que debería recurrirse a la encomienda de gestión, en sus formas previstas en el artículo 11 LRJSP o 4 TRLCSP. Vid. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., "Los convenios administrativos", cit., p. 290.

120 GOSÁLBEZ PEQUEÑO ha criticado esa parquedad y sugiere que la regulación procedimental se complete con otros trámites preceptivos en atención a las características de cada uno de los tipos de convenios enumerados en el artículo 47.2 LRJSP, tomando en consideración los sujetos firmantes y los distintos objetos ("Principios de la actividad administrativa conveniada de las administraciones locales", cit., p. 542).

121 Previamente y con carácter facultativo, se podrán publicar en el boletín oficial de la comunidad autónoma o de la provincia que corresponda a la otra Administración firmante.

Por último, se regula la extinción y liquidación de los convenios, cubriendo así una materia normalmente olvidada en la regulación precedente. Además de su terminación por el cumplimiento de su objeto, en el artículo 51.2 LRJSP se enumeran otras causas de resolución sin ánimo exhaustivo, puesto que se admite la extinción por cualquier otra causa establecida «en el convenio o en otras leyes». Una vez extinguido, procede la liquidación del convenio con objeto de determinar las obligaciones y compromisos de cada una de las partes (artículo 52.1 LRJSP). En este punto se aprecia nuevamente cómo la preocupación del legislador se enfoca en aspectos estrictamente financieros, puesto que la regulación más detallada es la contenida en el apartado segundo, que resulta de aplicación únicamente a los convenios «de los que deriven compromisos financieros», estableciendo los supuestos en que proceden compensaciones económicas entre las distintas partes. Al margen de la preocupación financiera, en el artículo 52.3 LRJSP sólo está previsto que, cuando existan actuaciones en curso de ejecución a la finalización del convenio, las partes podrán acordar la continuación y finalización de las actuaciones en curso que consideren oportunas, así como el plazo necesario para ello, que será improrrogable. Sorprende una previsión tan simplista, que parece olvidar que uno de los contenidos mínimos que las partes deben acordar en cada convenio son las consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento (artículo 49.e) LRJSP). Como es lógico, no todos los incumplimientos darán lugar a la extinción del convenio; pueden preverse mecanismos para intimar al cumplimiento, compensaciones para aquellos intervinientes que asuman las actuaciones omitidas para evitar perjuicios al fin común, etc. Pero, cuando por su entidad las partes acuerden que un determinado incumplimiento supondrá la extinción de convenio, deben desplegarse todas las consecuencias pactadas, no sólo la eventual finalización de las actuaciones en curso, y exigirse las compensaciones que procedan, que no se limitarán a satisfacer los compromisos financieros asumidos y no desembolsados. Y desde luego no puede sostenerse que la exigibilidad de todo ello precise del acuerdo de las partes, como podría sugerir la redacción del artículo 52.3 LRJSP.

Regap



ESTUDIOS

10 Las relaciones interadministrativas

Por último, hay que valorar la sistematización de las relaciones entre administraciones contenida en el título III de la LRJSP, que tampoco se caracteriza por introducir novedades rompedoras¹²². Se toman los elementos existentes en nuestro ordenamiento jurídico para perfeccionarlos buscando un funcionamiento más eficaz y eficiente del conjunto de las administraciones públicas, para lo cual, en primer lugar, se formulan los principios que deben presidir las relaciones interadministrativas y, posteriormente, se detallan las técnicas concretas de relación entre los distintos sujetos públicos. Como novedad se incluye en esta regulación general a las administraciones locales¹²³, cuyas relaciones con otras administraciones quedan

122 Sobre la regulación contenida en el título III, *vid.* NICOLÁS LUCAS, A., "Principios de actuación y funcionamiento del sector público", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016, pp. 38-49; SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., "Las relaciones interadministrativas", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 361-474; SANZ RUBIALES, I., "Marco general de las relaciones interadministrativas", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2849-2890.

123 *Vid.* SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., "La incidencia en las administraciones locales de la nueva regulación de las relaciones interadministrativas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público", *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016, pp. 103-213.

ahora sometidas en primer lugar a la LRJSP y sólo en su defecto se rigen por la legislación básica en materia de régimen local (artículo 140.2), y se dedica todo un capítulo a las «relaciones electrónicas entre las administraciones»¹²⁴. También se quiere aumentar la transparencia en el funcionamiento de las administraciones, para lo cual se crean nuevos registros públicos, como es el Registro Electrónico Estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación (artículo 145.3 LRJSP) para la inscripción de todos aquellos órganos de cooperación en los que participe la Administración general del Estado, y se intima al resto de administraciones públicas para que creen registros similares (artículo 144.3 LRJSP). Por resolver queda, entre otros, el tema de las relaciones con las instituciones de la Unión Europea¹²⁵.

La enumeración de principios del artículo 140 LRJSP está marcada por las SSTC 42/1983 y 18/1992, y parte de la existencia de un principio general de colaboración que se despliega en torno a los principios de cooperación, que es voluntaria, y coordinación, que es obligatoria. Junto a estos se añaden otros tan relevantes como el principio de lealtad institucional, el de adecuación al orden de distribución de competencias establecido en la Constitución y en los estatutos de autonomía y en la normativa del régimen local, o el de eficiencia en la gestión de los recursos públicos, para conseguir un conjunto que enmarque adecuadamente las distintas técnicas de relación entre administraciones públicas. Mejora así la regulación anterior en este aspecto, que resultaba asistemática, entremezclándose las referencias a principios generales y simples reglas jurídicas en artículos de la LRJPAC, la LOFAGE, la Ley del Gobierno o la LBRL, entre otras muchas.

Seguidamente, la LRJSP enumera una serie de deberes que el legislador deriva del principio de colaboración (artículo 141), tomados fundamentalmente de los artículos 4 LRJPAC y 55 LRBRLL¹²⁶, y las técnicas para hacer efectivos dichos deberes (artículo 142). Ni uno ni otro son novedosos, ni exhaustivos, ni es clara la diferenciación de sus contenidos, puesto que entre las técnicas se encuentran deberes enunciados en el artículo 141, como el «deber de asistencia y auxilio» al que se alude en el apartado c) del artículo 142.

El capítulo III se dedica a las técnicas de cooperación, que se enuncian en el artículo 144 LRJSP, aunque no es un listado cerrado. En él se encuentran los mecanismos clásicos, que básicamente canalizan la cooperación a través de convenios interadministrativos y de la participación en órganos de cooperación. La novedad aquí reside en la obligación de cada Administración de mantener «actualizado un registro electrónico de los órganos de cooperación en los que participe y de convenios que haya suscrito» (artículo 144.3). Sólo se regulan con cierto detalle los instrumentos orgánicos, en particular lo relativo a las conferencias sectoriales, y se elevan a rango de ley las prescripciones estatutarias sobre la Conferencia de Presidentes¹²⁷. Además, el artículo 154 LRJSP regula por primera vez a nivel estatal las comisiones territoriales de coordinación, que, a pesar de su denominación, son claramente

124 *Vid.* CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Administraciones y entidades públicas electrónicas: el funcionamiento electrónico del sector público y las relaciones interadministrativas electrónicas", cit., pp. 325-344.

125 Sólo se alude a ellas en el artículo 155.3 LRJSP, referido a la interconexión de los sistemas de información de las administraciones públicas con las redes de las instituciones de la Unión Europea y de otros Estados miembros.

126 Sobre el contenido de estos deberes, *vid.* SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., "Las relaciones interadministrativas", cit., pp. 389-398.

127 El Reglamento interno de funcionamiento de la Conferencia de Presidentes fue aprobado en su cuarta reunión celebrada el día 14 de diciembre de 2009 y publicado mediante la Orden TER/3409/2009, de 18 de diciembre. Ha sido recientemente modificado en su sexta reunión, mantenida el 17 de enero de 2017, para dotar al comité preparatorio de impulso y seguimiento de nuevas funciones de evaluación y ejecución de los acuerdos adoptados. La modificación ha sido publicada mediante la Orden PRA/265/2017, de 23 de marzo.

órganos de cooperación, como se deduce de sus funciones y del hecho de que sus acuerdos sólo son «de obligado cumplimiento para las administraciones que los suscriban».

Son pocas las referencias a la coordinación en la LRJSP, que se define farragosamente en el artículo 140.1.e) como un principio de las relaciones interadministrativas «en virtud del cual una Administración pública y, singularmente, la Administración general del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes administraciones públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común, cuando así lo prevé la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico». No se regulan en la LRJSP técnicas específicas de coordinación; sólo aparecen genéricas referencias a esa actuación diluidas entre las funciones de las conferencias sectoriales.

En este título también se concede gran importancia a la normalización del uso de medios electrónicos en el intercambio de información entre administraciones públicas¹²⁸ (capítulo IV), en la línea que establece el artículo 3.2 LRJSP, que impone a las administraciones el deber de relacionarse «entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes a través de medios electrónicos, que aseguren la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas». El artículo 155 también les impone el deber de «facilitar el acceso de las restantes administraciones públicas a los datos relativos a los interesados que obren en su poder» cuando sean necesarios para la tramitación y resolución de los procedimientos y actuaciones de su competencia, y sólo los que resulten estrictamente necesarios para tal fin. Para todo ello es necesario que los sistemas de información sean interoperables y que se garantice que el flujo de información se produzca con las máximas garantías de seguridad e integridad¹²⁹. Con ese propósito se regulan el Esquema Nacional de Interoperabilidad y el Esquema Nacional de Seguridad¹³⁰. El primero recoge los criterios y recomendaciones en materia de seguridad, conservación y normalización de la información y aplicaciones que gestionen las administraciones en el ejercicio de sus competencias. Todo ello debe ser considerado a la hora de diseñar e implementar las decisiones tecnológicas para garantizar la interoperabilidad entre sistemas y evitar la discriminación a los ciudadanos por razones tecnológicas. Por su parte, el Esquema Nacional de Seguridad pretende reforzar la confianza en la utilización de estos medios, y está formado por los principios básicos y los requisitos mínimos que garantizan la seguridad de la información tratada, por lo cual deben ser tenidos en cuenta por cada Administración al establecer su política de seguridad. En cualquier caso, la regulación contenida en la LRJSP es demasiado genérica y no ofrece garantías suficientes, dejando sin resolver cuestiones importantes como

128 Junto a las reglas que ordenan las relaciones interadministrativas por medios electrónicos, en el capítulo IV encontramos otras que en realidad persiguen una mayor eficiencia en la utilización de sistemas y aplicaciones de propiedad de la Administración (artículo 157), obligando a las administraciones a poner a disposición de las que lo soliciten las aplicaciones desarrolladas por sus servicios o que hayan sido objeto de contratación y de cuyos derechos de propiedad intelectual sean titulares. Las administraciones públicas, con carácter previo a la adquisición, desarrollo o al mantenimiento a lo largo de todo el ciclo de vida de una aplicación, tanto si se realiza con medios propios como por la contratación de los servicios correspondientes, deben consultar en el directorio general de aplicaciones, dependiente de la Administración general del Estado, si existen soluciones disponibles para su reutilización, que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir. En el caso de existir una solución disponible para su reutilización total o parcial, las administraciones públicas estarán obligadas a su uso, salvo que la decisión de no reutilizarla se justifique en términos de eficiencia conforme al artículo 7 de la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

129 Vid. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., "Relaciones interadministrativas por medios electrónicos: interoperabilidad", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2891-2932; o SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., "Las relaciones interadministrativas", cit., pp. 471-473.

130 Ambos fueron desarrollados en el Real decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración electrónica, y el Real decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración electrónica.

quién es el responsable de establecer y sostener los medios necesarios para todo ello (la red de interconexión) y los requisitos técnicos de seguridad e interoperabilidad¹³¹.

11 Valoración final

En su conjunto, la Ley 40/2015 supone una reforma modesta de la organización y el funcionamiento de las administraciones y entidades del sector público. Aunque incorpora novedades valiosas y resuelve algunos problemas que necesitaban atención urgente, lo hace asumiendo unas estructuras consolidadas –no por ello necesariamente inútiles ni desechables–, conservando el armazón que sustenta a cada uno los organismos tratados sin comprometer sus elementos estructurales. Desde luego queda lejos de ser la anunciada «reforma integral» de las administraciones públicas y de su ordenamiento jurídico, y cunde la sensación de que se ha dejado pasar una buena ocasión para abordar las materias tratadas con un enfoque renovador y acoger algunas de las valiosas propuestas doctrinales que durante años se han madurado para contribuir a la necesaria reforma continua del derecho administrativo.

12 Bibliografía

- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., "Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 43, 2016.
- ALAMILLO DOMINGO, I., "Perspectiva jurídica de los aspectos tecnológicos", *La reforma del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público: Análisis de la propuesta de regulación de la Administración electrónica*, jornada celebrada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el 4 de mayo de 2015.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "La prescripción de las infracciones y las sanciones en vía de recurso administrativo. A propósito de la STC 37/2012, de 19 de marzo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 154, 2012.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Los confines de las sanciones. En busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública*, n. 195, 2014.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., "Los consorcios administrativos ante un nuevo régimen jurídico", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 94, 2016.
- BOTO ÁLVAREZ, A., "La noción de sector público institucional: aplauso, crítica y desconcierto", *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.
- BOTO ÁLVAREZ, A., "Organización y funcionamiento del sector público institucional (I)", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- BUSTILLO BOLADO, R., "Los convenios", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

131 Sobre las dificultades para la implantación de estas previsiones, *vid.* GAMERO CASADO, E., "Funcionamiento electrónico del sector público", *cit.*, pp. 85-91. En particular, se ocupa de la deficiente regulación dada a la interoperabilidad y de las dificultades que puede plantear la omisión en la LRJSP de referencias al procedimiento de aprobación del Esquema Nacional de Interoperabilidad.

- CANO CAMPOS, T., *Las sanciones de tráfico*, 2.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- CANO CAMPOS, T., "La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa", *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.
- CARBONELL PORRAS, E., "Regulación de los órganos colegiados", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- CASINO RUBIO, M., "La potestad sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida", *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.
- CASTILLO BLANCO, F., "La incidencia de la nueva Ley de régimen jurídico del sector público en los instrumentos de cooperación del Estado autonómico: especial referencia a los consorcios públicos", *La Administración al día*. Estudios y comentarios, edición del 9 de marzo de 2017.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *Órganos colegiados electrónicos: el uso de las TIC en el funcionamiento de los órganos colegiados de la administración*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Órganos colegiados electrónicos", Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (coord.), *La ley de Administración electrónica: comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2010.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Administraciones y entidades públicas electrónicas: el funcionamiento electrónico del sector público y las relaciones interadministrativas electrónicas", *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016.
- COBREROS MENDAZONA, E., "La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea", *Revista de Administración Pública*, n. 196, 2015.
- COSCULLUELA MONTANER, L., "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la competencia de organización de las comunidades autónomas", *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, volumen I, Civitas, Madrid, 2012.
- COSSÍO CAPDEVILLA, A., "La fiscalización de la encomienda de gestión como forma de autoorganización administrativa: poniendo límites a la huida del derecho administrativo en materia de contratación pública", *Auditoría pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, n. 61, 2013.
- COSSÍO CAPDEVILLA, A., "La encomienda de gestión: áreas de riesgo y perspectivas de futuro tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre

REGAP



ESTUDIOS

- contratación pública”, *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 32, 2015.
- COTINO HUESO, L., “Regulación de los derechos de los ciudadanos ante la Administración pública (y punto de acceso)”, *La reforma del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público: Análisis de la propuesta de regulación de la Administración electrónica*, jornada celebrada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el 4 de mayo de 2015.
- FONTDEVILA ANTOLÍN, J., Ficha de trabajo presentada en *La reforma del procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público: Análisis de la propuesta de regulación de la Administración electrónica*, jornada celebrada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el 4 de mayo de 2015.
- GALÁN VIOQUE, R., “Modificaciones introducidas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (disposición final tercera)”, *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- GALÁN VIOQUE, R., “La Administración general del Estado”, *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- GALÁN VIOQUE, R., “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador (Un nuevo intento introducido en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo)”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.
- GAMERO CASADO, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GAMERO CASADO, E., “Funcionamiento electrónico del sector público”, *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- GAMERO CASADO, E., “Encuadre de la nueva legislación en el acervo del derecho administrativo”, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GAMERO CASADO, E., “La estructura de la legislación sobre procedimientos administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación”, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, M., “La autocontratación o contratación *in house providing*. Incidencia de la nueva regulación en las entidades instrumentales del sector público. Concepto de instrumentalidad y régimen tarifario”, *Aplicación práctica de los contratos en el sector público*, Escuela Riojana de Administración Pública, Logroño, 2009.
- GARCÍA LUENGO, J., “Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico de sector público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016.

- GARCÍA RUBIO, F., "Los consorcios locales en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público. Reflexiones necesarias", *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L., "Organización y funcionamiento del sector público institucional (II)", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., "Los convenios administrativos", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- HERNANDO RYDINGS, M., "Las mancomunidades y los consorcios", Almeida Cerredá, M. (dir.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- HERNANDO RYDINGS, M., "La colaboración interadministrativa local: novedades en el nuevo régimen jurídico de los convenios y de los consorcios", Campos Acuña, C. (dir.), *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.
- IZQUIERDO CARRASCO, M., "Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., "Reestructuración de la Administración estatal y de las administraciones autonómicas", *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- LÓPEZ MENUUDO, F. (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- LÓPEZ MENUUDO, F., "Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- MARTÍN DELGADO, I., "La reforma de la administración (electrónica): hacia una auténtica innovación administrativa", *Revista Democracia y Gobierno Local*, n. 32, 2016.
- MARTÍN DELGADO, I., "La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.

Regap



ESTUDIOS

- MARTÍN REBOLLO, L., "La potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial: los nuevos procedimientos comunes especializados", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., "Relaciones interadministrativas por medios electrónicos: interoperabilidad", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MELLADO RUIZ, L., "Organización y funcionamiento del sector público institucional", *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016.
- MONTOYA MARTÍN, E., "El sector público institucional", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MONTOYA MARTÍN, E., "Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- NICOLÁS LUCAS, A., "Principios de actuación y funcionamiento del sector público", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 63, 2016,
- NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.
- PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2010.
- PIZARRO NEVADO, R., "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- PIZARRO NEVADO, R., "Principios y bases del régimen jurídico de la organización local", *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016.
- QUINTANA LÓPEZ, T., "La responsabilidad del Estado legislador", *Revista de Administración Pública*, n. 135, 1994.
- RAMIÓ MATAS, C., "Principios de actuación de las administraciones públicas: análisis desde la Ciencia Política y de la Administración", *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- REBOLLO PUIG, M., "Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas", *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, Madrid, 2004.

- REBOLLO PUIG, M., "Potestad sancionadora y responsabilidad en la ley 40/2015", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016,
- RIVERO ORTEGA, R. "Novedades en la regulación de las entidades instrumentales de naturaleza pública", *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
- SALA ARQUER, "Sociedades mercantiles estatales y sector público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 177, 2016.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., "Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las administraciones públicas", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 56, 2015.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., "La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público", *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., "Las relaciones interadministrativas", *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., "La incidencia en las administraciones locales de la nueva regulación de las relaciones interadministrativas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público", *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las administraciones locales*, CEMCI, Granada, 2016.
- SANZ RUBIALES, I., "Marco general de las relaciones interadministrativas", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017,
- TARDÍO PATO, J. A., "¿Tiene sentido que las universidades públicas dejen de ser administraciones públicas en las nuevas leyes del sector público y de procedimiento administrativo común?", *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n. 2, 2015.
- TOSCANO GIL, F., "Los consorcios administrativos", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- VALERO TORRIJOS, J., "Los órganos administrativos", *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- VELASCO CABALLERO, F. (coord.), *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2016.
- VELASCO CABALLERO, F., "Régimen jurídico-organizativo de la Administración local tras la LRJSP", Velasco Caballero, F. (coord.), *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2016.

Limitacións e indemnizabilidade
nas zonas de protección
segundo a normativa estatal
e autonómica de estradas

Limitaciones e indemnizabilidad en las zonas de protección según la normativa estatal y autonómica de carreteras

Limitations and compensation
possibilities in protection
zones according to the state
and autonomous community
roads regulation

53
Regap

VÍCTOR RODRÍGUEZ ALBÁN

Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos y Licenciado en Derecho
Universidad de A Coruña (Galicia, España)
v.rodriguez.alban@udc.es

Recibido: 01/04/2017 | Aceptado: 20/06/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: A recente aprobación das normas estatal e autonómica de estradas, tras máis de dúas décadas sen alteracións relevantes, configura un réxime regulatorio diverxente que require dun estudo comparado co obxecto de redefinir a figura das limitacións sobre o dereito de propiedade que os titulares linceiros deben soportar pola súa especial situación respecto do dominio público. Son restricións sen dereito a compensación ningunha e cuxos confíns co concepto expropiatorio, debilmente argumentados, parecen diluírse coas novas regulacións, albergando así novas posibilidades indemnizatorias.

Palabras clave: estradas, titularidade, dominio público viario, adxacencia, limitacións á propiedade, función social, indemnización.

Resumen: La reciente aprobación de las normas estatal y autonómica de carreteras, tras más de dos décadas, sin alteraciones relevantes configura un régimen regulatorio divergente que requiere de un estudio comparado con objeto de redefinir la figura de las limitaciones sobre el derecho de propiedad que los titulares colindantes han de soportar por su especial ubicación respecto del dominio público. Se trata de restricciones sin derecho a compensación alguna y cuyos confines con el concepto expropiatorio, débilmente argumentados, parecen diluirse con las nuevas regulaciones, albergando así nuevas posibilidades indemnizatorias.

Palabras clave: carreteras, titularidad, dominio público viario, colindancia, limitaciones a la propiedad, función social, indemnización.

Abstract: The recent adoption of the State and Autonomous Community roads regulation after more than two decades without outstanding changes designs a divergent regulatory regimen where a comparative analysis is needed in order to redefine the figure about restrictions on the right of ownership through bordering landowners must bear the consequences because their spatial location with respect public domain. These restrictions have no entitlement to

compensation and their boundaries linked to expropriation institution, weakly supported, seem to be barred with new regulations, so compensation possibilities could be coming soon.

Key words: roads, legal owner, public vial domain, bordering, limitations concerning private property, social utility, compensation.

Sumario: 1 Aproximación a la colindancia desde el concepto de carretera. 1.1 El elemento físico y su dimensión funcional. 1.2 Su integración en el ordenamiento jurídico. 1.3 La interacción con el espacio urbanístico. 2 La zonificación del espacio adyacente a la vía. 2.1 El dominio público viario. 2.2 Las zonas de protección de la carretera. 3 Régimen jurídico de uso de las carreteras. 3.1 La autorización administrativa. 3.2 Restricción de usos en las zonas de servidumbre y afección. 3.3 Limitaciones al derecho de construcción. 4 El régimen expropiatorio. 4.1 La expropiación frente a las limitaciones de la propiedad. 4.2 La función social como teoría negatoria de la indemnización. 4.3 La habilitación de la indemnización expropiatoria en la colindancia según la normativa sectorial. 5 Conclusiones. 6 Bibliografía.

1 Aproximación a la colindancia desde el concepto de carretera

1.1 El elemento físico y su dimensión funcional

A diferencia de la vía pública, conceptualmente más amplia, el viario público identificado con las actuales carreteras comprende el espacio físico del territorio destinado a la libre circulación de las personas mediante el uso de automóviles, caracterizado por la especialización de su uso tanto desde el punto de vista de la peligrosidad inherente al tipo de tránsito para el cual está concebida como de los condicionantes impuestos a sus usuarios, concretada en la autorización o permiso –de circulación– correspondiente.

Pero dicha especialización característica de la carretera no comprende sino la adecuación de la tecnología actual a la forma concebida de movilidad del ciudadano contemporáneo y en atención a sus necesidades creadas al efecto. Y así, sus limitaciones circulatorias ligadas a la velocidad de tránsito y al aseguramiento de la seguridad debida, no deben mermar la condición de libre acceso y circulación que se le presume.

La función tradicional de acceso a las propiedades próximas o colindantes inherente a los caminos y vías públicas queda en entredicho con la actual concepción de las carreteras, que aun en su clasificación de ordinarias en correspondencia con aquellas de menor intensidad de tráfico, permiten el acceso directo o inmediato a las propiedades colindantes de forma excepcional para mayor garantía de la seguridad circulatoria.

De esta forma, tanto la peligrosidad de la vía como la preocupación social creciente por la seguridad vial debida en correspondencia con el servicio público prestado acaban desplazando la esencia conceptual de la carretera como centro jurídico propio de convivencia, dando paso a unas vías especializadas y restrictivas en cuanto a los accesos y requisitos de uso, según el grado de peligrosidad o nivel de tráfico adscrito.

Sin duda, la libertad de circulación inicialmente pretendida ha tenido que ser redefinida ante conceptos novedosos como la seguridad vial o la contaminación ambiental, con una perspectiva de carretera como foco generador de presión y enturbador del entorno próximo que dista mucho de la identificación con el antaño elemento de progreso que incrementaba las perspectivas urbanísticas de los titulares colindantes y, en consecuencia, el valor del suelo circundante por el que transitaba.

1.2 Su integración en el ordenamiento jurídico

La relevancia jurídica de las carreteras se proyecta en la propia Constitución de 1978 como instrumento adecuado para lograr ciertos fines económicos y sociales en coherencia con los valores y principios que persigue, destacando el derecho de libertad de circulación complementado¹ con la subordinación de la riqueza del país al interés general desde el punto de vista de la planificación.

Nuestra Constitución, en sus artículos 148 y 149, establece un reparto de competencias por el cual el Estado posee exclusividad sobre la materia relativa a «transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma» (artículo 149.1.21.º) y en cuanto «a obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma» (artículo 149.1.24.º). Por su parte, las CCAA pueden asumir tanto las «obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio» (artículo 148.1.4.º) como «los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma» (artículo 148.1.5.º).

Pero además debe considerarse simultáneamente el hecho relevante de que buena parte de los tramos de las actuales carreteras ocupan un espacio y atienden a una función que no es desligable de la ordenación del territorio, pudiendo a su vez afectar al ámbito urbanístico correspondiente. Deberá así tenerse en cuenta al efecto el artículo 148.1.3.º, por el que podrán asumir competencias las CCAA en materia de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda».

La configuración legal del régimen jurídico relativo tanto a las carreteras como a las limitaciones ejercidas en las zonas de protección adyacentes se determina, para las vías de ámbito estatal, mediante la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras (en lo sucesivo LCr), mientras que para las vías de titularidad autonómica regirá la Ley 8/2013, de 28 de junio, de carreteras de Galicia, modificada por Ley 6/2015, de 7 de agosto (en lo sucesivo LCrG), ambas desarrolladas por el Reglamento general de carreteras aprobado por el Real decreto 1812/1994, de 2 de septiembre (en lo sucesivo RGC), vigente² en todo lo que no contravenga a las leyes mencionadas.

Y en cuanto a la identificación legal del objeto limitante, esto es, la carretera, se corresponderá con «aquellas vías de dominio y uso público proyectadas, construidas y señalizadas³ fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles».

1.3 La interacción con el espacio urbanístico

La concreción de las zonas de protección de la carretera no puede desligarse de la realidad urbanística de su entorno más inmediato, estableciendo las normas de carreteras una progresión gradual en cuanto a la determinación de los espacios físicos limitantes teniendo en

1 No ha faltado quien defienda la prevalencia de otros artículos como los referidos a la adecuada utilización del ocio o el derecho de goce respecto al medio ambiente, relacionando en estos casos la conexión física evidente de los caminos y las carreteras a las que bilateralmente se accede, cfr. PONCE SOLÉ, J., "Algunas consideraciones jurídicas sobre los caminos de uso público y titularidad municipal", *Cuadernos de Derecho Local*, n. 15, 2007, pp. 30-39.

2 Si bien cabe esperar que en los próximos meses cada norma esté desarrollada por su propio reglamento, cuestión sin precedentes en cuanto al ámbito autonómico se refiere.

3 La LCrG omite el término *señalizadas* con el objeto de poder efectivamente servir de base de regulación a las entidades locales de su ámbito territorial en coherencia con su artículo 1.

cuenta no sólo la categoría –o peligrosidad– de la vía, sino también la titularidad de esta y la mayor o menor afección por los instrumentos⁴ de planificación urbanística existentes.

De esta forma, se parte de una tipología de vías denominadas como urbanas, que por definición legal no pertenecen al género de las carreteras y donde la intervención es delegada de forma plena a favor del planeamiento toda vez que no opera la normativa de carreteras.

En una fase intermedia de afección urbanística donde la carretera persiste en cuanto a su funcionalidad y características del tráfico, la normativa sectorial requiere de la introducción de conceptos como las travesías y los tramos urbanos, similares en cuanto a su significado pero divergentes respecto a las consecuencias sobre la colindancia según la titularidad de la vía en atención a las distintas perspectivas sobre el papel que deben desempeñar respecto a la vertebración y accesibilidad del territorio en conjunto con su escala de actuación.

Por una parte, la LCrG liga dichos conceptos a las determinaciones que el planeamiento lleve a cabo, requiriéndose que el suelo anexo haya sido clasificado como urbano para, con la mera identificación del tramo de carretera como urbano, reemplazar las zonas de protección de la vía por la figura urbanística de la alineación; de esta forma la travesía se concibe como un estado previo a la consideración de vía urbana en constatación de una realidad edificatoria consolidada.

En contraposición, la LCr se desmarca de dichas consideraciones a fin de garantizar una cierta autonomía en la concreción de las zonas limitantes en la colindancia y minimizar así la posible dependencia del planeamiento. Las travesías⁵ de nuevo atienden a la realidad física edificatoria existente en el entorno próximo como fase posterior a la clasificación del suelo como urbano para su consideración como tramo, requiriéndose para la determinación de las zonas de protección de la carretera un estudio, de delimitación de tramos urbanos, a realizar por el Ministerio de Fomento. De no tratarse de una travesía, se fijará mediante el mismo la línea de delimitación de la zona de servidumbre, debiendo en todo caso concretarse tanto los contornos del dominio público como la línea límite de edificación, para lo cual el planeamiento servirá de referencia o motivo para la reducción legalmente prevista respecto a la distancia ordinaria; pero todo ello sin condicionante impositivo alguno.

Y así, en función de cuál sea la figura que regule las zonas de restricción adyacentes y el área donde se pretenda la actuación, se establecerá la correspondencia con el titular concedente de la autorización y el emisor del informe vinculante respectivo.

Fuera de aquellos tramos adyacentes a suelo clasificado como urbano (o delimitado de núcleo rural con alineaciones marcadas), la normativa de carreteras goza de plenitud para la determinación legal física de las zonas de protección, lo que se corresponde con gran parte del territorio por el que transita desde el punto de vista cuantitativo en razón de los titulares colindantes afectados.

4 En todo caso, su concreción a través de la figura de los sistemas generales queda condicionada por las determinaciones efectuadas por las distintas administraciones públicas titulares de las infraestructuras tanto en la fase de elaboración como en modificaciones sucesivas, destacando la eficacia directa o fuerza vinculante de instrumentos de ordenación del territorio en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia como los Planes y Proyectos Sectoriales de Incidencia Supramunicipal, desarrollados por el Decreto 80/2000, de 23 de marzo.

5 El artículo 46 LCr define la travesía en atención a la consolidación de la edificación en dos terceras partes de la longitud en ambos márgenes y un entramado de calles conectadas con aquella en al menos una de sus márgenes.

2 La zonificación del espacio adyacente a la vía

2.1 El dominio público viario

El dominio público (viario) engloba los bienes que se destinan al uso público, sin necesidad de mediación alguna, representando la utilidad pública en sí misma de manera inmediata, concentrando un interés para la sociedad que convierte a las carreteras en necesidades vitales, visión que ha sido cristalizada a través de la responsabilidad del Estado de garantizar la libertad individual en su manifestación de libertad de la circulación, siendo imprescindible para ello una adecuada y completa red viaria.

El concepto legal de la expresión *dominio público viario* aparece ligado en las últimas legislaciones aprobadas al ámbito de la gestión. Tanto la norma estatal como la autonómica coinciden en la determinación de lo que debe incluir tal denominación⁶, correspondiéndose con:

- las carreteras de titularidad de la Administración correspondiente,
- los terrenos ocupados por los elementos funcionales de dichas carreteras y las construcciones e instalaciones existentes en ellos.
- las zonas de dominio público adyacentes tanto a las carreteras antes mencionadas como a sus elementos funcionales.

A pesar de que la descripción efectuada se basa más en la norma autonómica que en la propia LCr, el fundamento de ambas es idéntico y las diferencias surgen por la distinta forma de determinación de la red de carreteras contemplada.

La delimitación o influencia sobre derechos reales anexos o próximos requiere, aunque sólo sea por cuestiones de seguridad jurídica, del establecimiento de un espacio físico perfectamente claro y delimitado. Y dicha zonificación toma como base, en coherencia con el fin que fundamenta la protección o existencia del bien público, la precisa definición del dominio público viario.

Es técnica común en la normativa de carreteras dicha determinación mediante el establecimiento de dos subdivisiones: por una parte el espacio realmente modificado con respecto al terreno original⁷ y por otra una franja paralela⁸ a la arista de intersección con dicho terreno primitivo, caracterizada por su artificiosidad con respecto a la realidad viaria. Ambas subzonas no deben llevar a confusión puesto que tanto la una como la otra conforman en conjunto la zona de dominio público y por tanto serán ambas objeto de expropiación en la ejecución de nuevos tramos de carretera, tanto de nueva planta como de los acondicionamientos y mejoras de las actuales.

Si bien la definición de la vía ha gozado de homogeneidad en el plano comparado, cuestión muy distinta sucede con los denominados elementos funcionales⁹ de la carretera. A través

6 Si bien la LCr se refiere a este concepto en su preámbulo como elemento novedoso desde el punto de vista nominativo y que viene a englobar una realidad ya existente en la gestión, vuelve a desarrollar en su articulado el dominio público, sin añadir el término viario, lo que pudiera ser un error tipográfico toda vez que el preámbulo, de gran extensión, no deja lugar a dudas de forma reiterada.

7 Arista exterior de la explanación.

8 Denominada en la LCrG como *dominio público adyacente*.

9 Según la LCr, se define como «toda zona permanentemente afecta a la conservación de la misma o a la explotación del servicio público viario...».

de esta figura, la evolución normativa ha ido afectando de forma creciente a ciertos espacios colindantes con la vía, pero su mayor repercusión no reside en su inclusión en el dominio público, hecho indudable, sino en la distinta forma en que debe tomarse como origen para delimitar la otra subzona del dominio público. Y es aquí donde la normativa estatal y la autonómica divergen¹⁰, puesto que no sólo ciertos elementos que son considerados como funcionales en una no lo son para la otra, sino que además se establecen criterios de definición del dominio público singulares.

Así, la LCr especifica que el espacio ocupado por los elementos funcionales, si bien siempre constituirá dominio público, no será tenido en cuenta para la delimitación de la zona de protección de dominio público¹¹.

Por su parte, la LCrG toma en consideración los elementos funcionales¹² de forma expresa para determinar las zonas de protección en caso de existir aquellos, situándolos al mismo nivel que las carreteras convencionales.

En cuanto a las distancias fijadas a partir de dicha arista, cabe mencionar la distinta forma de medición, pues si bien en la LCr se mantiene una distancia constante, la LCrG establece la misma como un límite máximo, con lo que se obtiene una mayor modulación según la incidencia territorial y su funcionamiento como eje vertebrador de actividad.

2.2 Las zonas de protección de la carretera

Las zonas de protección de las carreteras (obviando el espacio de dominio público) comprenden los predios próximos al dominio público viario, de forma que la sola situación física de aquellos respecto de este configura su régimen de propiedad de forma distinta respecto de otros titulares no colindantes.

Ha sido el hecho de que parte de los objetivos de las zonas de protección de la carretera se satisfagan sin necesidad alguna de expropiación lo que ha centrado la discusión en torno a las figuras de la servidumbre o de la limitación de la propiedad, llegando a ser equiparadas bajo la errónea concepción de que ambas se alimentan de las mismas facultades que el derecho de propiedad primario todavía persistente; sin embargo, dicha permanencia de la servidumbre en el debate está relacionada con su propia evolución y su concepción en torno a la servidumbre administrativa basada en la relación de servicio, que ha perdido probablemente su utilidad¹³ por la autosuficiencia lograda a través de la figura de las limitaciones de la propiedad. Será pues la condición o limitación del ejercicio del derecho de propiedad

10 Mientras que para la LCr los elementos funcionales no forman parte de la carretera, la LCrG no lleva a cabo una exclusión expresa, debiendo interpretarse como una zona accesoria pero no escindible a fin de poder mantener invariable la definición de carretera a tenor de los artículos 3.2. y 37.2.

11 En interpretación conjunta de los artículos 28.4 y 29.1 de la LCr.

12 Uno de los efectos prácticos más notables lo constituyen los habituales caminos de servicio que transcurren paralelos a la vía principal como servicio a los predios colindantes; esta configuración en las vías autonómicas tiene consecuencias muy relevantes en cuanto a la delimitación del dominio público, puesto que son por definición legal elementos funcionales y su arista exterior de explanación será la que marque el inicio del cómputo. En cambio, en la norma estatal, nada obsta a que a partir de dicha arista dé comienzo de forma inmediata la zona de servidumbre.

13 En apoyo de la tesis de servidumbre a favor de la Administración como titular de terrenos de dominio público, *vid.* MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C., *Carreteras, su régimen jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1990, pp. 279-280, si bien con reservas dada la confusión que produce la existencia de una zona específica denominada *de servidumbre* y con reconocimiento de que sólo cabe hablar de limitación en relación con terrenos de propiedad privada.

frente a un interés público la que ha de predominar por encima de la consideración del ofrecimiento de un servicio predial o de la reducción de facultades.

No estamos por tanto ante un enfrentamiento propiamente entre derechos reales, puesto que «las limitaciones a la propiedad y las servidumbres no se excluyen ni se oponen; es más, conviven perfectamente, como conviven los derechos, el de servidumbre y el de propiedad»¹⁴.

La delimitación física de la zona de servidumbre es determinada por la LCr como dos franjas a ambos lados de la vía cuyo borde exterior se sitúa a una distancia variable según la tipología de carretera. La LCrG establece de forma ligeramente distinta el método de definición, puesto que, en vez de tomar como punto fijo de referencia la línea de explanación, considera el espacio de esta zona como de ancho fijo y en continuación con la zona de dominio público (véanse las figuras adjuntas como comparación entre normas respecto a las distintas zonas de protección). Los elementos funcionales son objeto de mención expresa en la LCrG y les será de aplicación la distancia menor de la mencionada.

De forma similar será tratada la zona de afección, más allá de la zona de servidumbre. Se corresponde esta franja con la mayor atenuación ejercida sobre los titulares colindantes por la presencia del dominio público viario; ya sólo cabrá hablar de limitaciones a la propiedad, puesto que las expropiaciones no plenas en razón del servicio no operan en esta zona.

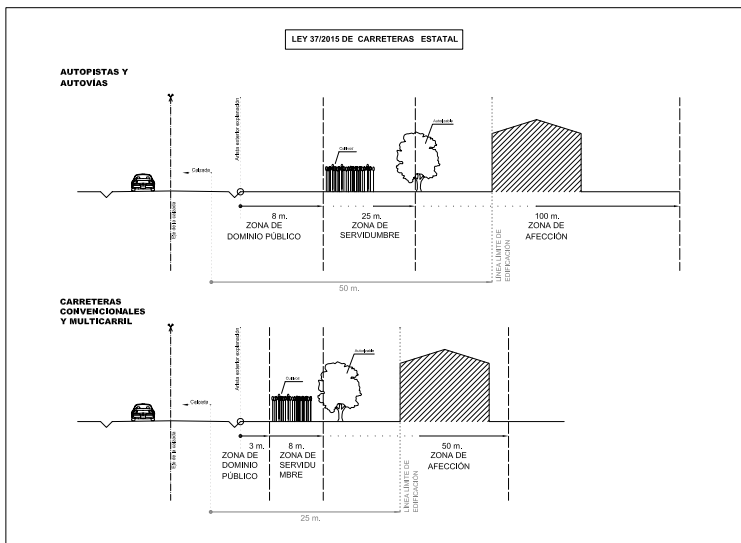
Por último, la LCr determina una zona de protección a la edificabilidad, definida de forma indirecta de igual modo y por la misma línea en la LCrG, estableciendo un régimen de prohibición ligado a la construcción en general (no sólo edificación).

Regap



ESTUDIOS

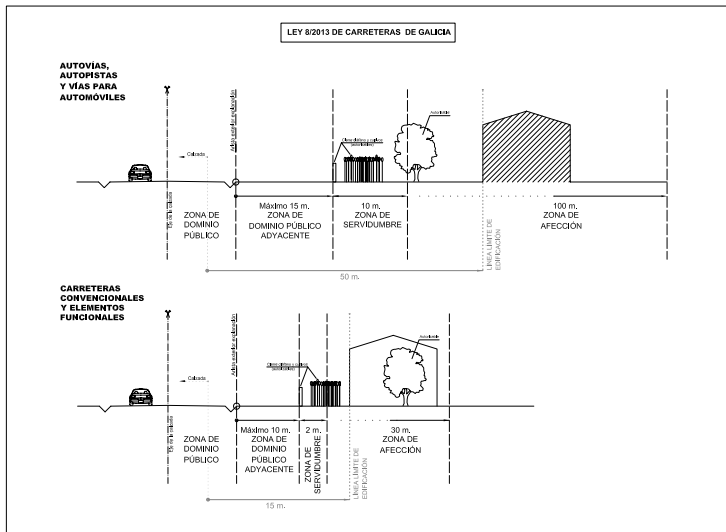
Figura 1. Delimitación de zonas de protección según la norma estatal de carreteras



Fuente: elaboración propia

14 Cit., BOBES SÁNCHEZ, M.º J., *La teoría del dominio público y el derecho de carreteras*, Iustel, Madrid, 2007, p. 203, párr. 2.º

Figura 2. Delimitación de zonas de protección según la norma autonómica de carreteras



Fuente: elaboración propia

3 Régimen jurídico de uso de las carreteras

3.1 La autorización administrativa

Tanto la ejecución de obras o instalaciones como la realización de cualquier otra actividad dentro de las zonas de protección de la carretera se verán sometidas a la técnica de control administrativo configurada por la autorización, en donde el ejercicio del derecho preexistente de uso que deriva del derecho de propiedad de los todavía titulares de los predios ubicados en dicho espacio requiere, a fin de materializarse, del estudio, aceptación y, en su caso, del establecimiento de los condicionantes necesarios, además de subsistir la posibilidad de denegación de lo solicitado.

Dicha autorización deberá estar motivada por la Administración titular de la vía, instrumentada generalmente por el órgano o departamento responsable de la gestión del servicio de explotación, oscilando comúnmente en torno a la garantía del mantenimiento de la seguridad vial.

En el caso de los tramos con afectación por el planeamiento urbanístico, dicha autorización podrá ser emitida por el ayuntamiento competente previo informe vinculante del titular del dominio público viario; en el caso de travesías de titularidad estatal, ello sucederá más allá de dicho dominio público, limitándose al exterior de la zona de servidumbre en caso de tan sólo corresponderse con tramos urbanos.

En lo que respecta a lo regulado por la LCrG y con sólo identificarse dichos tramos como urbanos, se derivará la competencia de la autorización en la zona exterior a los arcenes, lo que implica una mayor derivación competencial a favor de la Administración local en cuanto a espacio objeto de fiscalización; bien es cierto que buena parte de dichas actuaciones se corresponderán con obras y actividades cuyo titular es el propio ayuntamiento.

Una de las consecuencias prácticas que emanan de la resolución del procedimiento de autorización es la concreción de la limitación ejercida sobre el titular colindante. Si bien la definitiva aprobación del proyecto de actuación debe resultar suficiente para la motivación¹⁵ debida, aunque dicha restricción sobre el derecho de propiedad de los potenciales afectados nace con anterioridad a la solicitud de autorización, no cabe manifestación o mesura de la afección hasta la resolución firme de esta.

3.2 Restricción de usos en las zonas de servidumbre y afección

Tanto la LCr como el RGC condicionan los usos en la zona de servidumbre a su compatibilidad con la seguridad viaria y la adecuada explotación de la vía, prohibiéndose la realización de obras e instalaciones y sometiendo todo uso, con excepción de los cultivos, a la autorización pertinente, si bien ya se avanza que su grado de restricción respecto a construcciones de toda índole y plantaciones será elevado toda vez que debe garantizarse no sólo la seguridad vial, sino la propia efectividad de la servidumbre. Se trata por tanto de una zona donde la condición de servicio limita en gran medida los usos posibles de los colindantes propietarios, que ven limitado su derecho de propiedad a la vez que deben asumir la carga propia de la servidumbre.

En cuanto a las obligaciones que el propietario debe soportar, el RGC diferencia entre aquellas que la Administración se reserva sin necesidad de notificación alguna y que se corresponden con una mayor emergencia, y aquellas acciones o fines que, siendo posible su previsión, han de requerir de notificación previa. Tanto unas como otras constituyen restricciones al goce de los derechos de los propietarios colindantes que pueden ser calificadas como ocupaciones temporales, dividiéndose la doctrina en cuanto a su consideración como expropiatoria o como servidumbres administrativas limitativas del derecho de propiedad¹⁶.

En estas restricciones, de hecho la Administración actúa por definición por la vía de hecho, en virtud de la autorización legal general que le otorga la ley para realizar sobre el inmueble lo que el interés público exige o lo que la Administración pueda considerar que tiene derecho a exigir.

En las obligaciones de dejar hacer, la ley no especifica el momento en que la Administración debe actuar, ni siquiera el plazo de tiempo por el que pueda ocupar los terrenos. Por ese motivo, dichas restricciones no podrán efectuarse si no se dan las causas que lo justifican.

En lo que respecta a la LCrG, se mantiene una línea restrictiva similar amparada, en el mejor de los casos, en la autorización de los usos, que aquí se define con mayor extensión en cuanto a la casuística posible; cabe destacar en cuanto a la construcción de cierres su necesaria relación con el aprovechamiento agrícola¹⁷ o ganadero debidamente acreditado, lo que implicaría una mayor restricción en comparación con la LCr.

15 En la práctica este hecho debe ser matizado, con especial atención a la coordinación planta-alzado en conjunción con los volúmenes de los bienes ubicados en las zonas adyacentes.

16 *Vid.* MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C., *Carreteras, su régimen jurídico*, cit., p. 276.

17 Contempla la LCrG como autorizables los cultivos agrícolas, lo cual contraviene al RGC; a pesar de su jerarquía superior, debiera imperar la lógica comparativa con la LCr, el especial ámbito rural de aplicación y la legislación autonómica precedente, si bien cabe la alternativa de especificar ciertos cultivos habituales, como el maíz, cuya altura puede resultar conflictiva con la visibilidad requerida.

Se caracteriza la zona de afección por presentar el menor grado de limitación sobre el derecho de propiedad de aquellos que, siendo titulares de fincas próximas a la carretera, ya no necesariamente serán colindantes en modo estricto en razón de las distancias¹⁸ a las que ahora nos referimos.

Especifica la LCr que en todo caso deben quedar sometidas a autorización las obras o instalaciones fijas o provisionales, el cambio de uso o destino de las existentes y la plantación o tala de árboles.

Respecto de las construcciones existentes, podrán realizarse obras de reparación y mejora siempre que no impliquen un aumento de volumen y sin que el incremento de valor por dichas actuaciones –autorizadas– pueda ser tenido en cuenta en procesos expropiatorios futuros. De tratarse del área situada más allá de la línea límite de la edificación, sólo podrá denegarse dicha autorización en consecuencia de programaciones de obras de ampliación o mejora por plazo futuro de diez años como máximo, o también basándose en criterios de seguridad vial o por motivos relacionados con la explotación de la carretera, si bien estos últimos resultarán más inhabituales.

Sin lugar a dudas, resulta bastante conflictiva la restricción al incremento de volumen en las edificaciones más allá de la línea límite de edificación dentro de esta zona, cuestión que se confirma por vía del artículo 83 RGC y que debe entenderse por ello también de aplicación a las carreteras de titularidad autonómica (no recogiendo en su artículo 45 LCrG).

Dicha restricción en muchas ocasiones ni se corresponderá con previsiones ciertas de ampliación ni supondrá una merma cuantificable en el servicio o explotación viaria, a lo que hay que sumar el hecho de que sean autorizables nuevas construcciones en esta especial franja de terreno en la que a su vez no se permite el incremento de volumen a las existentes.

Con el foco en esta polémica y a raíz del incremento de la línea límite de edificación hasta cien metros en aquellas variantes o carreteras de circunvalación que tengan por objeto evitar el paso por poblaciones, el Gobierno autonómico catalán presentó recurso de inconstitucionalidad (motivado en la hipotética incompetencia urbanística derivada de lo determinado en este caso por el RGC) considerando que se superaba así la zona de afección, con la injerencia que ello supondría, cuestión que de forma artificiosa el TC tuvo que resolver¹⁹ a través de una polémica clasificación de las carreteras objeto del conflicto, como si de autovías o vías rápidas se tratase.

Parece que dicho debate no fue obviado por la actual LCr, que fija en cincuenta metros la línea límite de edificación para estas variantes y anula así lo especificado en el RGC.

3.3 Limitaciones al derecho de construcción

Las facultades del titular colindante relativas a las posibilidades constructivas que realmente puede llevar a cabo abarcan buena parte de las posibilidades de goce de su derecho de

18 En ciertos casos, tratándose de autovías o autopistas, la distancia de cien metros puede generar confusión, a la vista de la STSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 8 de octubre de 1999, que en sus FJ 2.º y 3.º aclara y reafirma lo contenido en la LCr de aplicación, de igual contenido que la actual al respecto.

19 *Vid.* STC 65/1998, de 22 de abril, F.J. 16.º

propiedad. Nos encontramos ante un concepto material extenso que debe ser acotado en atención tanto al elemento viario de afección como a la casuística más común, clasificando para ello la actividad constructiva y diferenciando las obras de acceso, las relacionadas con elementos publicitarios y las edificatorio-constructivas, donde además de las restricciones específicas a las que se ven sometidas las posibilidades constructivas cabe destacar los elementos de cierre por su habitual conflictividad.

Especial consideración merecen el uso relativo a las obras de acceso a la propia carretera, en todo caso autorizables, que ha gozado de una especial consideración desde la Ley 25/1988 de carreteras dada su incidencia en la seguridad vial, promoviendo un tratamiento cambiante de la normativa respecto a la admisibilidad de acceso tanto a las propiedades colindantes como respecto de vías de servicio o viales colectores de flujos de tráfico.

Y, así, han sido objeto de desarrollo normativo, tanto en el ámbito estatal²⁰ como en el autonómico²¹, los instrumentos necesarios para llevar a cabo la restricción de accesos exigida.

El conflicto que surge entre el derecho de acceso genérico de toda propiedad privada como facultad inherente a su uso y disfrute y la supresión o denegación de acceso por parte de la Administración ha quedado meridianamente zanjado por vía jurisprudencial²² en confirmación de la potestad y discrecionalidad administrativa para dirimir sobre los derechos de acceso de los colindantes toda vez que la norma no deja lugar a dudas.

Sin duda, pervive actualmente todavía una falsa percepción por parte de los colindantes y a su vez usuarios de la carretera basada en el derecho de acceso a esta como elemento de valor debido en contraprestación a las limitaciones que a su vez deben sufrir por su relación de proximidad con la vía; esta visión de correspondencia o equilibrio de derechos configuró en su día una teoría justificatoria para denegar la indemnización debida por la limitación a la que se ve sometido el derecho de la propiedad colindante con las carreteras, pero carece de validez ante la determinación expresa actual de la legislación sectorial.

No resulta inusual el hecho de que ciertas actuaciones de mejora en carreteras como ensanches, rectificaciones de curvas o acondicionamientos genéricos por tramos, cuyo fin perseguido no es otro sino el incremento de la velocidad de trayecto o la mejora de la seguridad vial, provoquen la supresión de los anteriores accesos directos a las propiedades colindantes²³, ya se correspondan estas con viviendas habituales o establecimientos mercantiles,

20 Orden de 16 de diciembre de 1997 por la que se regulan los accesos a las carreteras del Estado, las vías de servicio y la construcción de instalaciones de servicios (modificada por la Orden FOM/1740/2006, de 24 de mayo, y la Orden FOM/392/2006, de 14 de febrero), de acuerdo con la cual también quedarían afectadas las nuevas carreteras (construidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 25/1988 de carreteras) en cuanto a prohibición de accesos directos se refiere; sin embargo, la actual LCr no incluye las mismas, a diferencia de otros elementos como intersecciones, vías de giro o carriles de cambio de velocidad, por lo que no debieran ser contempladas en razón de lo genérica que resulta tal definición.

21 Orden circular 1/2014 por la que se regulan los accesos en la red autonómica de carreteras de Galicia.

22 De forma expresa y contundente se menciona así por ejemplo en la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 17 de abril de 1998: «... lo que implica no ya la inexistencia de derecho alguno a que el acceso al establecimiento del demandante conservase la misma configuración, sino que supone que éste está obligado por la citada ley a tener acceso a su establecimiento a través de una vía de servicio».

23 Como es el caso tanto de la STS 6732/2003, de 30 de octubre, en la que se reclama el daño provocado en la finca respectiva por la privación del acceso directo a consecuencia de las obras realizadas en la carretera nacional, con la consideración de no indemnizable basándose en la doctrina reiterada en sentencias previas de 25 de marzo de 1999 y 17 de abril de 1998.

con el indudable perjuicio que ello ocasiona realmente²⁴. Sin embargo, ello no modifica el ejercicio potestativo administrativo para proceder a la supresión o reordenación de accesos, debiéndose recordar lo expuesto en el artículo 36.11 de la actual LCr según el cual la obtención por los propietarios de un beneficio especial debido a la construcción de un acceso podrá ser repercutido a través de la contribución especial correspondiente.

Pero, por otra parte, tampoco puede proceder la Administración a la supresión de los accesos existentes con motivo de nuevas obras en la vía sin facilitar alternativas a los colindantes afectados. De tal forma, es posible el acceso mediante vías de servicio a tenor del artículo 36 de la LCr con excepción del caso en que esté suficientemente justificada la imposibilidad de otro tipo de acceso, donde será procedente, a falta de un estudio y posterior ejecución del necesario proyecto de reordenación, la indemnización correspondiente²⁵.

La línea límite de edificación se fija desde la arista exterior de la calzada a una distancia que varía según la clasificación de la carretera, comprendiendo una zona –de limitación a la edificación– en la que se prohíbe toda obra de construcción, reconstrucción o ampliación y que en todo caso incluirá la zona de servidumbre, pudiendo verse reducida en función de las realidades urbanísticas del área de afección, como ya se ha comentado.

Respecto a los usos posibles en esta zona, quedan relegados a la ejecución de obras de conservación y mantenimiento de las construcciones existentes, así como reparaciones por razones de ornato e higiene de los inmuebles previo sometimiento del proyecto a la Dirección General de Carreteras. Cualquier tipo de construcción de nueva planta, por encima o por debajo de la rasante, debe quedar relegada más allá de la línea límite de edificación.

Por otra parte, tanto la edificación propiamente residencial como toda construcción asimilada a ella quedarán sometidas a las zonas de servidumbre por inmisión acústica establecidas por el Ministerio de Fomento mediante la correspondiente determinación de los mapas de ruido que se definen en la ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, en virtud del artículo 33.1 LCr.

Esta zonificación no guarda relación alguna con las zonas de protección objeto de estudio y, en consecuencia, no se distingue ni se restringe a una distancia concreta.

En ella se considera que los titulares propietarios deben soportar la contaminación sonora procedente de la infraestructura viaria próxima toda vez que las inmisiones acústicas podrán superar los objetivos de calidad acústica aplicables a las correspondientes áreas y donde se podrán establecer restricciones para determinados usos del suelo, actividades, instalaciones o edificaciones, con la finalidad de cumplir los valores límite de inmisión.

24 Vid. STS 6191/2006, de 11 de octubre, donde se solicita indemnización por los perjuicios derivados de la pérdida de accesos a un establecimiento desde la carretera como consecuencia de una reordenación de accesos debido a una mejora de trazado, habiéndole sido expropiado parte del aparcamiento y sustituido el acceso anterior, no cabe indemnización por las pérdidas ocasionadas por la minusvalía producida en el local hostelero, dado que sólo procedería en el caso de habersele privado totalmente de dichos accesos.

25 Es el caso de lo expresado en la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 5 de abril de 2001, por la que el recurrente se ve privado del acceso directo a la carretera por la transformación de la misma en autovía, alegándose la facultad de la Administración para la reordenación de los accesos, «... pero dicha facultad no es omnímoda y arbitraria, sino que ha de estar sujeta a razones lógicas; por ello la supresión sin buscar una resolución alternativa y sin justificación alguna ha de ser resuelta mediante la condena a la Administración a restablecer el acceso en la forma que la seguridad de la circulación lo permita y a ser posible por el mismo punto en que antes existía. Sólo en los supuestos en que la construcción del acceso no fuese posible técnicamente o por razones de seguridad, lo que no se ha acreditado, la Administración no vendría obligada a establecerlo, pero sí, por el contrario, a indemnizar los perjuicios derivados del aislamiento de la finca en cuestión».

Estamos por tanto ante una restricción indirecta de efectos similares a la zona de limitación a la edificación, cuya introducción resulta novedosa en la LCr.

En la propia LCrG no aparecen integrados dichos mapas de ruido, habiéndose aprobado con posterioridad el Decreto 106/2015, de 9 de julio, sobre contaminación acústica, por lo que habrá que estar a futuras modificaciones legislativas para que sean introducidas tales premisas.

En lo que respecta a los elementos de cierre, si bien no constituyen una especialidad dentro de la normativa sectorial y son considerados como una expresión más de entre las posibilidades constructivas, lo cierto es que constituyen un objeto habitual de interferencia con el servicio público viario en conflicto con el derecho recogido en el Código civil que todo propietario posee para cercar o cerrar sus heredades, por lo que bien merece una breve dedicación individualizada.

En lo que se refiere a obra nueva, los cierres, como construcciones que son, quedarán sometidos a autorización previa de la Administración titular de la carretera siempre que se pretenda su ubicación en la zona de afección, debiéndose tener en consideración a su vez los condicionantes relativos a otros ámbitos sectoriales y en especial el ordenamiento urbanístico.

En la zona de limitación a la edificabilidad se prohíbe todo tipo de obras, sin embargo es posible el establecimiento de cierres diáfanos fuera de la zona de dominio público. De tratarse de un tramo urbano²⁶ (o travesía en el caso de titularidad autonómica de la vía), la línea límite de edificabilidad se determinará y concretará con la alineación, siendo tarea del planeamiento urbanístico tanto la ubicación como las características de la estructura de cerramiento.

Respecto de los cierres preexistentes a las obras de modificación o ampliación de las carreteras, es posible que tras la intervención y consiguiente ampliación de las diversas zonas de protección y traslación de la línea límite de edificación (si existe un desplazamiento lateral de la calzada) estos puedan seguir en su posición original aun ocupando áreas donde su construcción no está permitida y siempre que no interfieran en la explotación o seguridad viaria.

En este caso, la limitación sobre las obras de cierre recae sobre posibles incrementos del mismo, así como su reconstrucción²⁷ si se sitúa en la zona de limitación a la edificabilidad, sólo pudiendo ejecutarse labores de mantenimiento y conservación; si se trata de la zona restante de afección, el muro podrá ser reparado o mejorado, pero sin incremento de volumen.

De no poder mantenerse la ubicación primitiva del cierre por consideraciones de la Administración titular de la carretera, la LCrG alberga la posibilidad de que, en caso de que dicho cerramiento gozase de autorización previa a las obras que motivan su desplazamiento, puedan ser reubicadas en el extremo de la zona de dominio público (o extremo de la denominada adyacente) y por tanto en la zona de servidumbre, siempre bajo el estudio facultativo pertinente respecto al servicio público viario.

26 Debe destacarse que para la LCrG y en contraposición con la LCr, en los tramos urbanos, esto es, los que transitan por terrenos con dicha clasificación urbanística, no existen zonas de protección de la carretera, quedando reducida al dominio público y con fijación de la alineación según el planeamiento en coincidencia con la línea límite de edificación.

27 En relación con el término *reconstrucción* frente a la reparación, véase la STSxG 9667/2000, de 7 de diciembre, FJ 3.º y 4.º, donde en la zona de servidumbre se lleva a cabo una mejora e incremento de volumen en el muro ya existente y sin autorización previa, «... lo que revela una actuación que claramente excede de lo que pudiera considerarse como mera reparación, conservación o mejora...».

La publicidad puede englobarse dentro de las construcciones posibles existentes en las zonas de protección del dominio público viario, debiendo diferenciarse dos hechos distintos, como son el elemento soporte, que se identificará, por lo general²⁸, con la construcción o bien inmueble y la publicidad en sí misma como elemento intangible, prohibida por el artículo 37 LCr fuera de los tramos urbanos y siempre que sea visible desde la calzada²⁹, a fin de evitar captar la atención de los conductores y poner así en riesgo la seguridad vial.

La diferenciación entre el soporte y la publicidad puede dar lugar a confusiones varias entre el lugar de ubicación del primero y la visibilidad del segundo. Así, es posible que una valla publicitaria situada más allá de la zona de afección y debidamente legalizada sea visible desde la calzada, y por tanto susceptible de incurrir en infracción de la norma; pero en estos casos también debiera atenderse a la visibilidad real del contenido, puesto que, si la distancia hace imposible la legibilidad del objeto publicitario, cabría preguntarse si realmente ello provoca una efectiva desviación de la atención por parte del conductor.

También se puede producir la confusión entre el elemento soporte y la publicidad, toda vez que aquel constituye la misma, por lo que habrá que someter dicha obra a la mayor restricción producida entre la visibilidad y la autorización pertinente en función de la zona de protección (al margen del cumplimiento de otro tipo de legalizaciones sectoriales).

Por último, cabe destacar los rótulos³⁰ de los establecimientos mercantiles o industriales situados en los edificios o terrenos ligados a la actividad correspondiente. Mientras que la LCr los permite de forma general en tramos no urbanos y con reservas potestativas relativas a la seguridad vial o a la explotación en las travesías, la LCrG sólo los permite si la edificación que le da soporte se encuentra más allá de la línea límite de edificación.

4 El régimen expropiatorio

4.1 La expropiación frente a las limitaciones de la propiedad

La expropiación ha sido configurada en nuestro ordenamiento jurídico como un sistema amplio de garantía del patrimonio del particular donde no sólo la traslación del dominio, sino también la imposición de servidumbres, las ocupaciones temporales o la sustracción de ciertas facultades de la propiedad tienen cabida en su concepción. Y así, además de la expropiación plena necesaria para la integración del dominio público viario, nada obsta a su aplicación en la colindancia, como se expone al final de este capítulo.

Dado que le corresponderá a la ley definir³¹ el contenido del derecho de propiedad según el precepto constitucional, serán las leyes de carreteras las que determinen la afección sobre

28 Si bien el artículo 90 RGC también tiene en cuenta los rótulos o imágenes soportados en vehículos, que no tendrán la calificación de publicidad.

29 A diferencia de la anterior ley de carreteras, que abarcaba todo el dominio público.

30 Quedan en todo caso excluidos aquellos que contengan comunicación adicional tendente a promover la contratación de bienes o servicios.

31 Confirmado por jurisprudencia reciente según la STS 1453/2016, de 4 de abril: «... que esta sala ya tiene declarado que los perjuicios derivados de las limitaciones legales establecidas para los terrenos próximos a las carreteras no son susceptibles de indemnizaciones, pues ellos derivarían de la propia construcción de la carretera y no del instituto expropiatorio de cuyo ejercicio aquí se trata...».

los colindantes del dominio público viario, debiendo interpretarse en directa correspondencia lo expropiable y lo indemnizable, pues no hay expropiación sin compensación.

El hecho jurídico materializado en la privación o negación de alguna de las facultades de uso preexistentes a la intervención administrativa a favor del titular colindante es común tanto a la expropiación como a la figura de las limitaciones de la propiedad, constituyéndose la contraprestación como el elemento diferenciador³² a la postre.

Frente a la generalidad y previsibilidad causal emanada de la determinación legal exigida a la expropiación, la limitación de la propiedad toma forma a través de la autorización, que, si bien restringe usos o derechos con independencia de su titularidad, deberá ser particularizada en cada caso en razón de su procedimiento. Sólo en aquellos casos en que la propia ley especifique prohibiciones de uso o actividad, podrá anticiparse el efecto de la limitación, pues la discrecionalidad de la autorización no puede contravenir la ley que la ampara.

4.2 La función social como teoría negatoria de la indemnización

Así como la expropiación forzosa toma causa en la utilidad pública –no cuestionada aquí– contenida en el propio patrimonio del propietario, requiriéndose una contraprestación para el reequilibrio del principio de igualdad, la figura de la limitación de la propiedad ha requerido de argumentaciones³³ más sofisticadas que han concluido siempre en un mismo resultado, la negación de la correspondiente indemnización.

Sustentada en el contenido circunstanciado del derecho de los titulares, la función social de la propiedad representa la preeminencia de los intereses generales sobre los particulares (la presencia del dominio público viario en este caso), legitimando la imposición de determinadas obligaciones al particular, prohibiciones de hacer o abstenciones que pudiesen poner en peligro el fin social atribuido a la propiedad bajo el paraguas constitucional.

La función social ha conectado con la utilidad pública de forma directa y plena en ámbitos sectoriales que se ven identificados de forma directa con aspectos culturales y humanos que no requieren de mayores justificaciones artificiosas o incluso del socorrido empleo de la cláusula constitucional de sometimiento de la riqueza al interés general, que en última instancia podría absorber cualquier tipo de actividad. Y bajo esta premisa han sido objeto de desarrollo legal las aguas continentales, la zona marítimo-terrestre, los espacios naturales, el patrimonio histórico-cultural, el aprovechamiento urbanístico y, con mayor polémica, las reformas agrarias.

Pero en lo relativo a las carreteras, ni constituyen un bien natural o histórico (sólo predicable de los caminos que gozan de esa condición) ni los terrenos por los que transitan tienen una

32 Si bien el carácter indemnizable como criterio distintivo entre las categorías de la limitación y la expropiación no goza de unanimidad entre la doctrina, autores de referencia como GARCÍA DE ENTERRÍA han llegado a establecer como nota característica propia de las limitaciones precisamente la no indemnizabilidad, *vid.* MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C., *Carreteras, su régimen jurídico*, cit., p. 285.

33 Superadas ciertas tesis de entre las que ha destacado la consideración del colindante como beneficiario-usuario por su privilegiada posición respecto a la vía, la teoría de la generalidad ha persistido hasta principios de este siglo como un argumento artificioso y formal, amparado en lo numeroso de las afecciones y que pierde valor tras las conclusiones emanadas de la STC 227/1998, de 29 de noviembre.



especial capacidad de atracción de estas puesto que no hay fincas más proclives que otras para albergar el espacio público viario³⁴.

En todo caso, se trata de una decisión discrecional administrativa, a través de la técnica del planeamiento o de la programación y sus estudios correlativos³⁵, la que trae causa de la adopción de uno u otro trazado. Y esta debiera ser la razón definitiva para rechazar el empleo de la función social, dado que la atribución de ese potencial de restricción intrínseca de la propiedad supone privar al legislador de cumplir su mandato respecto del derecho de propiedad, que no es otro que definirlo positivamente.

4.3 La habilitación de la indemnización expropiatoria en la colindancia según la normativa sectorial

Tradicionalmente las únicas expropiaciones contempladas más allá del espacio de dominio público de forma persistente en las sucesivas normas de carreteras y sin transmisión de la titularidad se relacionan con las ocupaciones temporales o expropiaciones no plenas, desarrolladas por el RGC en su artículo 81 y con base tanto en la normativa estatal como autonómica.

Se corresponden estas con actuaciones indemnizables por el uso en razón del servicio en cuanto a su efectiva realización por parte de la Administración en la zona de servidumbre.

Por otra parte, la prohibición de construir a la que se someten los afectados por la determinación de la zona de limitación de la edificabilidad resulta indemnizable de no poder ejercer dicho derecho en otras ubicaciones en atención al ordenamiento urbanístico.

La supletoriedad de otras normas en relación con el ámbito sectorial de afección ha provocado que dicha indemnización no siempre haya quedado recogida en las normas de carreteras³⁶, e incluso en la actual LCrG, y a diferencia de la LCr, sigue sin mencionarse tal posibilidad mediante la negación de toda indemnización con carácter general por las restricciones sufridas a consecuencia de la definición de la línea límite de edificación, por lo que deberá seguir sustentándose dicha contraprestación por vía jurisprudencial³⁷.

En todo caso, resultará «... imprescindible la acreditación de que en la porción restante de la finca resulta imposible concentrar la edificabilidad que tiene asignada en el planeamiento urbanístico...», cláusula de habitual empleo en distintas sentencias³⁸ dictadas por el TS.

34 Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, cuando la carretera esté circundada por el espacio urbano, el sistema de compensación de cargas y la afección plena del territorio a escala local por el instrumento de planeamiento logran restaurar el principio de igualdad frente a las limitaciones a la propiedad.

35 Los estudios informativos (artículo 11 LCR) son los documentos técnicos, jurídicos y económicos que recogen y valoran las distintas alternativas al trazado planteado; y en dicha valoración serán tenidos en cuenta, entre otros, el impacto medioambiental o la ordenación del territorio, pero no como contenido básico único o predominante, pues los condicionantes técnicos o económicos se constituyen a la postre como los elementos decisores principales.

36 Ya la ley de autopistas de 1972 y la Ley de 1974 de carreteras (de forma anómala e injusta, dado que sólo toma en consideración las autovías y autopistas en detrimento del resto de carreteras) contemplaban dicha indemnización, siendo acomodada por el Reglamento de carreteras de 1977 a la Ley del suelo de 1976, si bien ello no tuvo continuidad con la ley de carreteras de 1988, que no sólo no trata dicha indemnización, sino que mediante su desarrollo reglamentario (RGC) en su artículo 87 la niega.

37 Pero la jurisprudencia ha seguido manteniendo su apoyo al texto legal del Reglamento de 1977 amparándose en la correcta interpretación de la Ley del suelo, *vid.* STS 2943/2001, de 7 de abril, STS 7609/2002, de 16 de noviembre, STS 1230/2003, de 24 de febrero.

38 Entre otras, STS 1230/2003, de 24 de febrero, o STS 7609/2002, de 16 de noviembre.

Por lo que se refiere a la zonificación de servidumbre acústica y sus efectos indirectos restrictivos respecto de la edificación residencial, la LCr habilita la correspondiente indemnización por dichas limitaciones siempre que los afectados acrediten tanto el menoscabo de sus derechos como la imposibilidad de su ejercicio en otras ubicaciones.

El impacto de dicha previsión compensatoria será en todo caso muy escaso, dado que, por una parte, los mapas de ruido son previsiones establecidas para vías de comunicación de grandes aglomeraciones de población y, por otra, la LCrG no recoge tal previsión indemnizatoria.

Cabe destacar la distinta naturaleza de la indemnización que se está tratando en este punto relativa a la edificabilidad expectante frente a las compensaciones por contaminación sonora como resultado de la construcción de infraestructuras sobre las propiedades colindantes, que en todo caso se identifican con indemnizaciones expropiatorias³⁹ dada la obvia previsibilidad de los perjuicios sufridos con ocasión de la circulación de vehículos.

Una compensación esta última que, a pesar de poder formar parte del justiprecio, también podrá ser evitada mediante las correspondientes justificaciones relativas a las medidas medioambientales previstas en el proyecto⁴⁰.

Pero, sin lugar a dudas, la novedad legislativa se sitúa en la posibilidad de indemnización de la depreciación originada en las fincas contiguas como consecuencia de las modificaciones o creaciones de nuevas carreteras llevadas a cabo a partir de la entrada en vigor de la norma, por el menoscabo sufrido en el estatuto jurídico de la propiedad.

La parquedad empleada por la LCr en continuidad con la técnica legislativa habitual en dicha normativa sectorial deberá ser completada con el reglamento respectivo para poder comprender el alcance de esta nueva cláusula que, si bien se ubica en el artículo 33 LCr relativo a la zona de limitación a la edificabilidad, representa un avance muy destacable a favor de la indemnización por colindancia.

Aún así, sus efectos serán escasos dado que esta nueva posibilidad no tiene efectos retroactivos y no deja de ser una medida que se implementa al mismo tiempo que se da prácticamente por terminada la ampliación de la red de carreteras por parte de la Administración general del Estado.

También habrá que estar a la interpretación que se haga de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, todavía vigente, respecto de la depreciación ahora admitida en la LCr y no reflejada en aquella, aunque no parece coherente que se produzca un tratamiento desigual dado que la única diferencia reside en el régimen de concesión.

En contraposición y a fin de evitar remisiones al RGC, de forma clara y tajante el artículo 42 LCrG establece que las limitaciones establecidas por la determinación de las distintas zonas de

39 Vid. STS 6013/2002, de 21 de septiembre, FJ 1.º: «... siéndole sobradamente conocida a aquel representante la doctrina jurisprudencial sobre la indemnizabilidad de los perjuicios causados por el impacto sonoro derivado de la ejecución de las vías públicas (sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997 –recurso de casación 9285/92– y 25 de noviembre de 1997 –recurso de apelación 1455/92–, fundamento jurídico decimotercero)».

40 Vid. STSXG 5404/2008, de 16 de enero, FJ 4.º



protección y los usos restringidos por estas no alteran la situación de propiedad preexistente ni la titularidad de los mismos, a la vez que no generan derecho de indemnización alguno.

De esta forma, la norma autonómica se desmarca de la posición aperturista emprendida por la LCr a favor de la indemnización por colindancia, sin duda en el entendimiento de que, en materia de inversión de infraestructura viaria, ni han sido concluidas las obras de carreteras principales vertebradoras de la Comunidad Autónoma de Galicia, ni la fortaleza presupuestaria autonómica es comparable con la capacidad de endeudamiento de la Administración general del Estado.

5 Conclusiones

Frente a las expectativas de revalorización de las fincas contiguas a las carreteras, antaño mayoritariamente compartidas y fundadas en hipotéticos derechos preferentes de acceso y perspectivas urbanísticas sin base legal, en lógica y reflexiva interpretación de las actuales normas sectoriales que regulan y restringen el derecho de propiedad de los titulares colindantes sólo puede identificarse la presencia del dominio público viario como una carga o gravamen, sin duda causa de depreciación en todo estudio o tasación debidamente razonado.

De forma continuada, las prescripciones legales no han ubicado dichas afecciones en el ámbito de la institución expropiatoria, negando así cualquier contraprestación posible a los propietarios de fincas próximas a la vía por las restricciones sufridas. La argumentación basada en la función social configuradora del derecho de propiedad, satisfactoriamente esgrimida en otros sectores, no goza de adecuado encaje en el ámbito viario toda vez que se desvanece el elemento natural y queda comprometido el principio de igualdad frente a una decisión que, en todo caso, resulta de una determinación administrativa discrecional.

Pero, además, dichas limitaciones no han tenido una contestación social jurisdiccionalmente activa en comparación con otros campos también gobernados por la figura de las limitaciones a la propiedad. Sin duda en ello ha tenido influencia la percepción, hoy caduca, de una contraprestación en especie por el aparente beneficio otorgado por la situación de colindancia, además del carácter silente que presentan dichas restricciones, sólo puestas de manifiesto toda vez que el titular pretende materializar alguna de sus facultades de goce emanadas del derecho de propiedad y que, aun así, requieren de confirmación o concreción a través del filtro de la autorización administrativa.

En cuanto a la normativa sectorial, las recientes aprobaciones respectivas configuran un panorama que ha emprendido una divergencia notable en cuanto a la regulación viaria, especialmente en el espacio urbanístico, donde la norma autonómica resulta más permeable a los instrumentos urbanísticos de gestión local.

Pero será en el ámbito de las limitaciones en las zonas de protección donde se produzca una deriva más relevante en torno a la indemnización por depreciación en las fincas colindantes como consecuencia del menoscabo en el estatuto jurídico de la propiedad, respecto de las obras o modificaciones llevadas a cabo con posterioridad a la entrada en vigor de la norma estatal, aspecto novedoso de la LCr y que puede suponer un cambio de postura en cuanto a la indemnización por limitaciones a la propiedad.

La causa parece residir en la consideración por parte del Ministerio de Fomento de haberse llegado a completar de manera suficiente las infraestructuras que comprenden la Red General del Estado, toda vez que el sistema actual satisface sobradamente las necesidades futuras a medio plazo.

Igual y contraria conclusión ha de llegarse en el caso de las CCAA, especialmente en la Comunidad Autónoma de Galicia. La crisis económica y la consecuente reducción de la inversión por parte de la Administración no han permitido dar término a diversos corredores internos necesarios para completar la Red Autonómica Primaria estratégica, por lo que no parece previsible que en un futuro próximo la LCrG, mediante las modificaciones oportunas, albergue la posibilidad de indemnización por las restricciones infringidas en la colindancia.

Si bien y en modo contrario, las determinaciones de la norma estatal también pueden poner en cuestión dichas divergencias e influir en posibles modificaciones en defensa del principio de igualdad en el plano de la justicia comparativa.

6 Bibliografía

BOBES SÁNCHEZ, M.^a J., *La teoría del dominio público y el derecho de carreteras*, Iustel, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C., *Carreteras, su régimen jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1990.

PONCE SOLÉ, J., "Algunas consideraciones jurídicas sobre los caminos de uso público y titularidad municipal", *Cuadernos de derecho local*, n. 15, 2007.

Regap



ESTUDIOS

As leis 39 e 40 de 2015 e as universidades públicas: a súa exclusión da esfera da Administración pública e consecuencias derivadas

Las leyes 39 y 40 de 2015 y las universidades públicas: su exclusión de la esfera de la Administración pública y consecuencias derivadas

Laws 39 and 40 of 2015 and public universities: their exclusion from the field of public Administration and derived consequences

53 Regap

ALBERT LLADÓ MARTÍNEZ

Profesor asociado de Derecho Administrativo
Universidad de Girona (Cataluña, España)
albert.llado@udg.edu

Recibido: 09/05/2017 | Aceptado: 20/06/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: O artigo estuda o alcance e as consecuencias dos cambios introducidos polas leis 39 e 40 de 2015, do procedemento administrativo das administracións públicas e do réxime xurídico do sector público, respectivamente, sobre o réxime xurídico das universidades, a partir da exclusión destas institucións da consideración de administracións públicas.

En primeiro lugar, conséntase que esta exclusión existe, derivada do ámbito subxectivo de aplicación ditado en ambas as dúas leis. Seguidamente, detállanse as implicacións que comporta esta exclusión, así como o seu alcance e efecto sobre diferentes ámbitos da actuación universitaria, ao estar boa parte das disposicións de ambas as dúas leis dirixidas especificamente ás administracións públicas e non ser, polo tanto, de aplicación supletoria ás universidades públicas por teren sido excluídas desta condición.

As solucións que aquí se propoñen aos graves problemas que derivan do anterior pasan preferiblemente pola modificación destas leis para volver considerar as universidades como administracións públicas ou, polo menos, non excluílas de xeito explícito desta condición. Non facelo implica privar as universidades de boa parte das potestades e garantías que as novas leis lles reservan ás administracións públicas.

Palabras clave: dereito administrativo, universidades, Administración pública, goberno universitario, xestión universitaria.

Resumen: El artículo estudia el alcance y las consecuencias de los cambios introducidos por las leyes 39 y 40 de 2015, del procedimiento administrativo de las administraciones públicas y del régimen jurídico del sector público, respectivamente, sobre el régimen jurídico de las universidades, a partir de la exclusión de estas instituciones de la consideración de administraciones públicas.

En primer lugar, se constata que esta exclusión existe, derivada del ámbito subjetivo de aplicación dictado en ambas leyes. Seguidamente, se detallan las implicaciones que comporta esta exclusión, así como su alcance y efecto sobre

diferentes ámbitos de la actuación universitaria, al estar buena parte de las disposiciones de ambas leyes dirigidas específicamente a las administraciones públicas y no ser, por tanto, de aplicación supletoria a las universidades públicas por haber sido excluidas de esta condición.

Las soluciones que aquí se proponen a los graves problemas que se derivan de lo anterior pasan preferiblemente por la modificación de estas leyes para volver a considerar las universidades como administraciones públicas o, por lo menos, no excluirlas de manera explícita de esta condición. No hacerlo implica privar a las universidades de buena parte de las potestades y garantías que las nuevas leyes reservan a las administraciones públicas.

Palabras clave: derecho administrativo, universidades, Administración pública, gobierno universitario, gestión universitaria.

Abstract: This article examines the scope of the changes introduced by Laws 39/2015 and 40/2015, of the administrative procedure of public administrations and the legal system of the public sector respectively, and the consequences of these changes on the legal regime of public universities, mainly due to the exclusion of these institutions from being considered public administrations.

The study first confirms that this exclusion exists, derived from the scope of application issued in both laws. Next, I study the implications of this exclusion, as well as its scope and effects on the different areas of university activity.

The preferred solution to these serious problems would preferably include the modification of these laws returning to the universities the consideration of public administrations or, at least, not to exclude them explicitly. Failure to do so implies depriving universities of many of the powers and guarantees that the new laws reserve to public administrations.

Key words: administrative law, universities, public Administration, higher education.

Sumario: 1 Introducción. 2 Consideración jurídica de las universidades en la historia reciente. 3 Consideración jurídica de las universidades en las leyes 39 y 40 de 2015. 4 La exclusión de las universidades de la condición de administraciones públicas. 4.1 Administración pública *versus* administración. 4.2 Una exclusión no motivada y no solicitada. 4.3 Una exclusión contradictoria con el resto del ordenamiento jurídico universitario. 5 El daño causado se debe reparar, no empeorar: las leyes universitarias no han de crear un derecho administrativo paralelo. 6 Las consecuencias de la aplicación de las leyes 39 y 40 sobre diversos ámbitos universitarios y algunas aclaraciones para su ejercicio. 6.1 La estructura orgánica de las universidades: los órganos colegiados. 6.2 El registro administrativo. 6.3 Las garantías del silencio administrativo y de la revisión de oficio de los actos. 6.4 La contratación administrativa. 6.5 La potestad disciplinaria. 6.6 El patrimonio universitario y la responsabilidad patrimonial. 6.7 El personal docente, investigador y de administración de la universidad. 6.8 La potestad reglamentaria de las universidades. 7 Conclusiones. 8 Bibliografía.

1 Introducción

La aprobación y entrada en vigor de las nuevas leyes que configuran el régimen jurídico del sector público y el procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, respectivamente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante L40/2015) y Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante L39/2015), han supuesto un nuevo movimiento en la parrilla de nomenclaturas y categorizaciones de las instituciones que forman el entramado de los entes públicos. Principalmente, el hecho de retirar a las universidades la condición de Administración pública provoca una serie de consecuencias de máxima importancia que deben ser atendidas con urgencia para que estas instituciones puedan seguir desarrollando sus funciones con seguridad jurídica y bajo las garantías previstas por el derecho administrativo para las administraciones públicas.

2 Consideración jurídica de las universidades en la historia reciente

Ateniéndonos concretamente a la institución de la universidad, su clasificación en la historia reciente bajo una forma concreta o dentro de una categoría específica de entidad pública no ha sido formalmente bien resuelta por ningún marco jurídico, universitario o administrativo. Efectivamente, y sin pretender ser exhaustivo, un repaso a las diferentes formas en que las universidades públicas han sido definidas a lo largo del último siglo da una idea de cómo ha sido de espesa y cambiante la definición de su naturaleza jurídica¹:

– 1943: “corporación de maestros y escolares”, según la Ley sobre ordenación de la universidad española, que “tendrá plenitud de personalidad jurídica en todo lo que no esté limitado por la ley y siempre dentro del ejercicio de sus funciones universitarias”.

– 1962: “organismo autónomo”, del tipo que desarrolla los servicios que le son encomendados vía subvenciones consignadas en los presupuestos del Estado y por las tasas, recargos y otros que tenga establecidos, según el Decreto 1348/1962, de 14 de junio, por el que se da cumplimiento a lo dispuesto en la disposición transitoria sexta de la Ley de régimen jurídico de entidades estatales autónomas, de 26 de diciembre de 1958, y se aprueba la clasificación de dichas entidades.

– 1970: “tendrán personalidad jurídica y patrimonio propio” y “gozarán de autonomía” basándose en la cual “tendrán plena capacidad para realizar todo tipo de actos de gestión y disposición, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes”, según la Ley general de educación, conocida como Ley Villar Palasí. Con esta ley se introduce en el marco normativo la figura de los estatutos de las universidades.

– 1970-1971: “organismo autónomo”, “corporación de derecho público” y/o “entidad de derecho público”, según los diferentes estatutos que aprueban las universidades a partir de la Ley Villar Palasí.

– 1983: “están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía”, según la Ley de reforma universitaria (LRU) de ese año, ya dictada con la Constitución de 1978 en vigor.

– 1985: “entidades de derecho público que tienen personalidad jurídica y patrimonio propios”, “entes públicos institucionales”, “corporación de derecho público” o “institución de derecho público”, según los estatutos aprobados por las universidades a partir de la LRU.

– 2001: “están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía”, según la Ley orgánica de universidades (LOU), que reproduce la definición empleada en la LRU de 1983.

– 2001-: “entidad de derecho público que tiene personalidad jurídica y patrimonio propios”, “institución de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio”, entre otras definiciones, en los estatutos aprobados a partir de la LOU de 2001 y posteriores.

1 De la recopilación que presenta con mayor detalle TARDÍO PATO, J. A., “¿Tiene sentido que las universidades públicas dejen de ser administraciones públicas en las nuevas leyes del sector público y de procedimiento administrativo común?”, *Documentación Administrativa*, n. 2, enero-diciembre, 2015.

Esta diversidad de caracterizaciones hace referencia únicamente a lo dispuesto en la normativa: durante todos estos años la jurisprudencia ha ido acuñando también formas diferentes de referirse a la institución universitaria. Así, el Tribunal Supremo (STS de 10 de mayo de 1988, ar. 4144) las ha calificado de “administración independiente” y, en la STS de 1 de diciembre de 2003, de “entidades de derecho público” vinculadas a la Administración general del Estado o a la de la correspondiente comunidad autónoma. El Tribunal Constitucional en la STC 101/2003, de 2 de junio, hace una descripción en la que califica la naturaleza de las universidades de “peculiar”, explicando que se las considera “administración institucional”, “organismo autónomo”, y que por su organización se parecerían más a las “corporaciones”. Por su parte, el Consejo de Estado calificó las universidades, al dictaminar en su día sobre estatutos emitidos en desarrollo de la LRU, de “entes administrativos autónomos”, que no eran asimilables a los “organismos autónomos”. Y todo esto sin ni siquiera entrar a considerar todo lo que se ha escrito sobre el tema por parte de la doctrina, que reproduce y abunda en el uso de todas estas calificaciones y clasificaciones.

3 Consideración jurídica de las universidades en las leyes 39 y 40 de 2015

Vista la amplia panoplia de consideraciones que ha recibido la naturaleza jurídica de la universidad, vamos a ver qué dicen ahora las todavía recientes leyes básicas administrativas, que han aportado la última novedad a la lista y, sobre todo, si la nueva calificación debe significar cambios importantes en la consideración y en el funcionamiento de las instituciones universitarias.

Ambas leyes prevén un ámbito de aplicación subjetiva prácticamente idéntico y lo hacen en el mismo número de artículo, el segundo, dirigiéndose algunas precisiones específicas a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las administraciones públicas, y un apartado para las corporaciones de derecho público, este último únicamente en la L39/2015. La primera concreción en cuanto a las universidades públicas es notable porque se las menciona en el apartado c) del punto 2, donde se dice que “*se rigen por su normativa específica y, supletoriamente, por las previsiones de esta ley*”. Obviamente, esta es una afirmación importante, a la que habrá que referirse cuando nos empecemos a hacer preguntas derivadas de otros apartados con los que se relaciona directamente.

Y en este mismo artículo segundo de ambas leyes se encuentra también el aspecto que suscitará más preguntas y dudas. En él se expone, así lo anuncia su título, el ámbito subjetivo de aplicación de estas normativas. Concretamente, los apartados que configuran los sujetos a los que es de aplicación dicen:

“ 1. Esta ley se aplica al sector público, que comprende:

a) La Administración general del Estado.

b) Las administraciones de las comunidades autónomas.

c) Las entidades que integran la Administración local.

d) El sector público institucional.

2. El sector público institucional está integrado por:

a) *Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las administraciones públicas.*

b) *Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las administraciones públicas (...).*

c) *Las universidades públicas, que se rigen por su normativa específica y, supletoriamente, por las previsiones de esta ley”.*

Así pues, estas leyes se aplican al sector público institucional; y las universidades forman parte del sector público institucional. Sin embargo, el apartado 2c establece que estas leyes sólo serán de aplicación supletoria a las universidades, que se rigen en primer lugar por su normativa específica. Encontramos aquí, por tanto, el primer elemento que nos hará plantear dudas sobre el alcance de la aplicación de esta nueva normativa administrativa acerca de las universidades públicas.

No obstante, y a pesar de ser una redacción ambigua y que necesita concreción posterior, este primer elemento configurador del régimen jurídico universitario no motivaría por sí solo un análisis sobre el alcance de la aplicación de la normativa, menos aún cuando, como hemos visto, la institución universitaria está acostumbrada a navegar en estas aguas de ambigüedad en cuanto a su consideración y a encontrarse regulada desde más de un nivel, a través de la ley orgánica que desarrolla la institución, más las leyes administrativas vigentes en cada momento que ordenan su funcionamiento, las leyes autonómicas como en el caso de la LUC en Cataluña, las diversas normativas sectoriales y sus propios estatutos. Lo que crea un nivel alarmante de duda, y que genera preguntas más allá de lo que podríamos considerar habitual para la institución, es la exclusión que se produce de manera explícita en este artículo 2 de ambas leyes, una exclusión explícita de las universidades de la condición de Administración pública, disposición que es totalmente inaudita en la legislación postconstitucional.

Efectivamente, en el apartado 3 del mismo artículo segundo se establece qué no son los que tienen la consideración de Administración pública:

“3. Tienen la consideración de administraciones públicas la Administración general del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración local, así como los organismos públicos y las entidades de derecho público que prevé la letra a) del apartado 2”.

Las universidades, que se encuentran listadas en la letra c) del apartado 2, quedan así excluidas de este punto y no tienen, por tanto, la consideración de Administración pública. Esta sí es una previsión legal que genera dudas razonables y que bajo mi parecer es merecedora, al menos, de un repaso por las cuestiones que a primera vista parecen destinadas a suscitar controversias, y que podrían dar lugar a actuaciones o interpretaciones diversas y problemáticas.

En primer lugar, a partir de lo que hemos visto que se dispone en el artículo 2 de ambas leyes L39/2015 y L40/2015, podemos resumir que las universidades:

a) se encuentran englobadas dentro del sector público institucional, al que le son de aplicación las leyes 39 y 40 de 2015. Pero sólo le serán de aplicación supletoria, ya que se rigen en primer lugar por su propia normativa.

b) no tienen la consideración de administraciones públicas.

Se acaba de perfilar su renovada naturaleza con la actual Ley orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades (LOMLOU), que estipula que están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas, según la redacción vigente de su artículo 2.

4 La exclusión de las universidades de la condición de administraciones públicas

4.1 Administración pública *versus* administración

A partir de esta configuración podemos empezar a hacernos preguntas. En primer lugar, sobre el alcance concreto de la supletoriedad de las leyes L39/2015 y L40/2015: a lo largo de estas dos leyes existen un buen número de apartados y preceptos que están explícitamente dirigidos a las administraciones públicas. Hemos visto que estos mismos textos legales les niegan esta condición a las universidades públicas; ¿significa esto que tales apartados no serán de aplicación supletoria a las universidades? Es decir, ¿las leyes 39 y 40 de 2015 deberán ser aplicadas de forma supletoria a las universidades (como dice el artículo 2.2c) pero no les serán de aplicación aquellos apartados y artículos dirigidos explícitamente a las administraciones públicas (ya que el artículo 2.3 dice que las universidades no lo son)?

Porque, efectivamente, estas dos leyes marcan una diferenciación entre los términos “administración” y “Administración pública”, dos conceptos que han sido empleados tradicionalmente como sinónimos en los textos que tratan el derecho administrativo, pero sobre los que las L39/2015 y L40/2015 marcan una línea divisoria, hablando siempre desde el punto de vista de las universidades, al establecer qué administraciones (término genérico) tienen la condición de administraciones públicas (término reforzado). Y, como hemos visto, las administraciones de las universidades no se encuentran en este último grupo.

Esto representa un aspecto central del problema, y es «lo que a efectos prácticos priva de legitimación a las universidades en cuanto a la aplicación de las previsiones en torno a los actos administrativos, sus requisitos, eficacia y ejecutividad, así como el régimen de actuación de los interesados» y de las correspondientes a la ordenación del procedimiento administrativo común. En resumen, los aspectos básicos y comunes que rigen la actuación de las administraciones públicas y sus relaciones entre ellas y con los agentes externos.

Para ahondar un poco más en el problema, se hace necesario empezar por la definición de la categoría *Administración pública* que crean ambas leyes en el artículo 2.3. No es que se haga una definición de su contenido o de sus características, pero lo importante es que se establece la categoría y que en el mismo artículo se escribe la lista cerrada de los entes que tendrán esta consideración de Administración pública. El resto de entidades que aparecen

en el mismo artículo 2 pero en otros apartados, por exclusión, no pertenecen a esta categoría. Por otra parte, todos los entes que aparecen en los artículos 2.1 y 2.2 se encuentran comprendidos en el sector público, universidades incluidas.

Curiosamente, el concepto *sector público* sólo aparece fuera del preámbulo de la L39/2015 en este artículo segundo, y posteriormente únicamente cuando se menciona la L40/2015. En esta última sí que aparecen numerosas disposiciones que se dirigen a los entes incluidos en el ámbito sector público. Siendo buena parte de esta ley de aplicación exclusiva a la Administración general del Estado, muchos de estos preceptos están dirigidos a ésta de forma singular, mientras que muchos otros hacen referencia sólo al sector público institucional del Estado, de las comunidades autónomas y los entes locales. En cuanto a las universidades como integrantes del concepto sector público, es destacable la previsión del artículo 81.1 de la L40/2015, en que se detallan los principios a que están sometidas estas entidades, casi todos de trasfondo económico: principio de legalidad, de eficiencia, de estabilidad presupuestaria, de sostenibilidad financiera, de transparencia en la gestión y, en materia de personal, las limitaciones previstas en la legislación presupuestaria. No hay otras prerrogativas o disposiciones dirigidas a la universidad, más allá del –limitado– carácter supletorio general de ambas leyes expuesto en el artículo 2.2 c).

El hecho de considerar las administraciones públicas como una categoría diferenciada, de la cual forman parte únicamente unas instituciones concretas, hace que debamos tener en cuenta a partir de ahora como conceptos diferentes los que en textos normativos anteriores (y en todo tipo de documentación) se utilizaban como sinónimos o, cuando menos, como formas ambivalentes de referirse a una misma tipología de entidades. Me refiero al uso de la palabra *administración* como sinónimo de *Administración pública*, una utilización dual que ya no podemos mantener cuando pretendamos referirnos a la administración de las universidades. Es evidente que las universidades tienen una administración, pero, a partir de la definición que se nos ha dado, esta no se encuentra dentro de la categoría Administración pública.

Por lo tanto, cuando estudiamos esta legislación básica desde la óptica de la administración universitaria, debemos diferenciar cuando sus preceptos hacen referencia a las administraciones (en que la universidad se podrá considerar incluida, porque podemos entender que se refiere a administraciones del sector público), de aquellos en los que se hace mención concreta de las administraciones públicas, ya que en esta categoría no se cuenta la universidad. Allí donde las leyes 39 y 40 de 2015 dicen “administración”, podemos seguir considerando incluido el aparato administrativo de las universidades, tal como se hacía en las redacciones de las leyes básicas anteriores. Pero en aquellas disposiciones en que estas leyes mencionan de forma específica a las “administraciones públicas” tenemos que entender, porque así nos lo dice el artículo 2.3, que únicamente se están refiriendo a las administraciones territoriales y a aquellas de la letra a) incluidas en esta categoría y, por tanto, se deberá excluir de la aplicación de estas partes del articulado a las universidades públicas.

Esta diferenciación por exclusión representa obviamente problemas de calado considerable: en primer lugar por la enorme limitación que lo expresado en los párrafos anteriores supone en referencia a la aplicación supletoria de estas normas a las universidades, una limitación que acarrea consecuencias graves para la actuación de estas entidades, como veremos más adelante. En segundo lugar, existen otros textos legales igualmente vigentes a los que me

Regap



ESTUDIOS

referiré más adelante, algunos de ellos también de carácter básico e incluso orgánico, que modulan y en algunos casos contradicen claramente esta naturaleza de no-Administración pública que las leyes 39 y 40 de 2015 otorgan a las universidades públicas. Las contradicciones son de hondo calado y no estoy seguro de que puedan resolverse con las simples “adaptaciones normativas” que ambas leyes prevén en sus disposiciones finales. Antes, sin embargo, algunas consideraciones sobre la necesidad de esta exclusión.

4.2 Una exclusión no motivada y no solicitada

Debe hacerse notar que un cambio de profundidad tan marcado ha sido efectuado literalmente sin motivo, es decir, sin que el legislador haya motivado de ninguna forma, ni en el propio preámbulo de los textos analizados ni durante su elaboración, tanto en los anteproyectos de ley como en su tramitación parlamentaria².

Por otra parte, hasta hoy no me consta que el entorno de aquello que llamamos “comunidad universitaria” ni ninguno de sus órganos de representación hayan expresado su deseo de verse apartados de la condición de Administración pública. Ciertamente, se pide más autonomía y una mejor financiación, pero la exclusión de las instituciones universitarias del conjunto de principios y normas que configuran el derecho administrativo y que deben ser observadas por aquellos entes que sirven al interés general no responde a los eventuales llamamientos en favor de mayor autonomía o financiación. Las entidades públicas que ejercen potestades y que prestan servicios públicos deben someterse a las garantías que el derecho administrativo configura, muy especialmente a través de la normativa reguladora de la actuación de las administraciones públicas, del procedimiento administrativo y del resto de garantías que se prevén en su legislación básica. Y, como hemos visto, dejar de ser Administración pública para pasar a ser administración conlleva quedar excluida de buena parte de estas obligaciones y garantías.

Y, además, esta exclusión no solicitada y no deseada tampoco era necesaria. Hay que puntualizar, de entrada, que ciertamente las universidades son entidades de gran complejidad y que sin duda necesitan normativizar determinadas especialidades en sus procedimientos. Por este motivo, y en virtud de su autonomía de gestión, las universidades tienen reconocida y ejercen la potestad reglamentaria, a través de la cual pueden adecuar a sus necesidades los principios básicos sobre los que se asienta la actividad de las administraciones públicas de forma común. Y esta adecuación reglamentaria en ningún caso justifica la exclusión del ejercicio de las potestades que la legislación reconoce a las administraciones públicas, ni justifica librarse de la observancia de las garantías y de la protección que la normativa otorga a los ciudadanos como contrapartida al ejercicio de aquellas potestades. En segundo lugar, tal como dice Rivero Ortega (2017), las universidades no han echado en falta en ningún momento la necesidad de dotarse de un procedimiento o de unos principios de actuación administrativa propios: *“ni la Ley orgánica de universidades, ni los estatutos de nuestras universidades públicas, ni la legislación universitaria autonómica ni otras normas internas de cada institución regulan ni el régimen jurídico de sus actos ni los aspectos generales de su procedimiento administrativo. No lo hacen porque lo consideran innecesario, al entender y*

2 Lo explica con detalle AMOEDO-SOUTO, C-A., “El impacto de las leyes 39 y 40/2015 en las universidades públicas: contenido, hipótesis y retos de futuro”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 182, enero-marzo, 2017, pp. 283-312.

dar por supuesto que las universidades no se diferencian en la mayor parte de su naturaleza y régimen jurídico del resto de administraciones públicas”³.

4.3 Una exclusión contradictoria con el resto del ordenamiento jurídico universitario

Más allá de las diferentes nomenclaturas y clasificaciones, expuestas al principio de este texto, la jurisprudencia ha considerado siempre el régimen universitario como integrante del que se aplica a las administraciones públicas, dentro del respeto a su normativa universitaria específica. Como ejemplo, la STC 192/2012, de 29 de octubre, en la que, refiriéndose al cargo de rector de universidad, se dice: *“del cuadro normativo que configura este cargo académico se infiere, en primer lugar, que las universidades públicas se integran –en los efectos que aquí importan y sin perjuicio de la especificidad de su régimen jurídico– en el marco de las administraciones públicas”*.

Por otra parte, desde el punto de vista competencial, hay que remarcar que la actual Ley orgánica de universidades (disposición final primera) se dicta al amparo de diversas competencias que la Constitución reserva al Estado en el artículo 149, como son las relativas al fomento y la coordinación de la investigación científica, o los condicionantes para obtener y expedir titulaciones académicas. Pero nos interesa ahora especialmente que se invoque también la competencia prevista en el apartado decimotercero de este artículo, sobre el régimen de las administraciones públicas. En concreto:

“Las bases de régimen jurídico de las administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas”. (CE, artículo 149.1.1 18.^a).

Resulta pues que en esta norma –Ley orgánica de universidades– el legislador estatal pudo establecer la regulación de las universidades a partir de la competencia constitucional que el Estado tiene atribuida sobre las administraciones públicas. Pero ahora, y compartiendo vigencia con la anterior desde hace meses, el legislador estatal también ha regulado el régimen jurídico y el procedimiento común de las administraciones públicas con las leyes 39 y 40 de 2015, donde ha hecho constar que las universidades no tienen tal consideración. Resulta evidente que no se pueden mantener las dos afirmaciones al mismo tiempo: o las universidades se pueden regular (LOMLOU) basándose en la competencia constitucional mencionada porque son administraciones públicas, o bien se deberá recurrir a otro precepto que legitime la competencia estatal para esta regulación. Alternativamente, el legislador administrativo deberá atribuir consideración de Administración pública a las universidades.

En todo caso, el artículo 2.2 c) de las leyes 39 y 40 de 2015 establece que las universidades se rigen en primer lugar por su normativa específica, de forma que tendremos que aplicar en primer lugar, y preferentemente, la LOMLOU. Y, consecuentemente con lo que ésta prevé en

3 RIVERO ORTEGA, R., “La aplicación de las leyes 39 y 40/2015 a las universidades públicas: eliminando interrogantes”, *Revista de Administración Pública*, n. 201, septiembre-diciembre, 2016, pp. 279-302.

la disposición final primera, la tendremos que aplicar en todos los ámbitos que abarcan sus atribuciones competenciales: la derivada del mencionado apartado 149.1.18 CE, así como los puntos 15 y 30 del mismo artículo referentes al fomento y la coordinación general de la investigación científica y técnica y las normas básicas para el desarrollo del artículo 27.10 de la Constitución, que, como es sabido, dispone la autonomía de las universidades en los términos que la ley establezca.

Así, en primer lugar, esta apelación de la LOMLOU a la competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, referidas a la administración de las universidades, nos llevaría a aplicar en su totalidad las disposiciones de las leyes básicas administrativas actuales, las leyes L39/2015 y L40/2015. Sin embargo, nos encontramos con que estas leyes apartan las universidades de la categoría de Administración pública, mientras que la LOMLOU las empuja hacia ella.

Por otra parte, considerar las universidades como Administración pública no es un tratamiento puntual o exclusivo de la LOMLOU: el Consejo de Estado, cuando emitió el dictamen correspondiente a la tramitación del anteproyecto de la Ley orgánica de universidades de 2001 (que ya incluía la disposición final primera del título competencial tal y como está redactada en la actualidad), consideró acertada la elección de las competencias bajo las que se dictaba el anteproyecto⁴. Implícitamente, pues, refuerza esta asunción de las universidades como administraciones públicas.

En la misma línea, la Ley de universidades de Cataluña de 2003 (LUC) también liga el régimen jurídico de las universidades a la legislación catalana sobre el procedimiento administrativo general, así como el régimen de sus funcionarios: *"En defecto de norma expresa y en el marco de la legislación básica del Estado, es de aplicación supletoria a las universidades públicas de Cataluña la legislación de la Generalidad sobre el procedimiento administrativo, el régimen de los funcionarios de la Administración de la Generalidad, salvo el régimen estatutario aplicable a los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios, el régimen patrimonial y financiero y la contratación administrativa"* (LUC, artículo 102.3). La ley catalana es aún más clara en el apartado siguiente del mismo artículo (102.4), en el que otorga de manera explícita a las universidades públicas *"las prerrogativas establecidas por la normativa vigente para las administraciones públicas"*, con excepción de aquellas propias y exclusivas de los entes territoriales.

Más habitualmente, las referencias a la universidad como Administración pública han tenido un carácter elíptico o sobreentendido; rara vez se mencionaba esta condición de forma clara y en la mayoría de los textos se deja implícita su naturaleza jurídica. Un ejemplo de ello es la constante remisión que se hace en la propia LOMLOU a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se regulan las formas de proceder contra los actos y disposiciones de los órganos de las universidades que agotan la vía administrativa⁵, una remisión que se traslada también a los estatutos de las universidades públicas. El hecho de dirigir a los

4 Dictamen del Consejo de Estado, n. 1.998/2001, de 19 de julio de 2001, Anteproyecto de la Ley orgánica de universidades, apartado IV: *"Los títulos competenciales del Estado en los que pretende ampararse el anteproyecto vienen recogidos en su disposición final primera. Y, aunque se trata de títulos competenciales de alcance diverso (pues se incluyen competencias exclusivas y plenas del Estado junto con competencias para establecer «las bases» o «las normas básicas»), lo cierto es que se estima acertada su cita, en cuanto que tienen una conexión suficiente con lo que constituye el contenido material de la disposición"*.

5 LOMLOU, artículo 6.4: *"En las universidades públicas, las resoluciones del rector y los acuerdos del Consejo Social, del Consejo de Gobierno y del Claustro Universitario agotan la vía administrativa y serán impugnables directamente ante la jurisdicción contenciosa administrativa"*.

recurrentes hacia esta jurisdicción, así como la propia concepción de haber “agotado la vía administrativa”, han sido ya comúnmente interpretados por la doctrina como algunas de las caracterizaciones de las universidades como administraciones públicas⁶.

Es relevante también hacer notar las numerosas contradicciones que la exclusión de las universidades de la consideración de Administración pública genera respecto a la normativa sectorial en vigor: normativa que regula apartados de la máxima importancia para la actuación de los entes públicos. Un primer ejemplo es la Ley de contratos del sector público (LCSP)⁷, que en su artículo 3.2 dispone: “*dentro del sector público, y a los efectos de esta ley, tendrán la consideración de administraciones públicas los siguientes entes, organismos y entidades: (...) c) Las universidades públicas*”. Y aun con mayor contundencia, en referencia al personal al servicio de las universidades, en el Estatuto básico del empleado público (EBEP)⁸, artículo 2.1: “*este estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes administraciones públicas: (...) e) las universidades públicas*”.

En cambio, con la aprobación de las leyes 39 y 40 de 2015, la regulación de buena parte del procedimiento administrativo común, de los actos administrativos, la potestad sancionadora o la responsabilidad patrimonial, entre otros, además de todo el sistema de garantías para las personas que se basa en la aplicación sin fisuras del derecho administrativo, son aspectos de la máxima importancia que quedan desregulados en las universidades desde octubre de 2016, como ha quedado claro a partir de la redacción aprobada con las leyes L39/2015 y L40/2015. Todas estas garantías y obligaciones procedimentales han quedado ahora reservadas de forma exclusiva a las administraciones territoriales y a sus organismos vinculados o dependientes.

Regap



ESTUDIOS

5 El daño causado se debe reparar, no empeorar: las leyes universitarias no han de crear un derecho administrativo paralelo

A partir de estas exclusiones explícitas que hace la actual legislación básica administrativa de la condición de Administración pública de las universidades, y atendiendo a la previsión del artículo 2.2 c de ambas leyes en que se especifica que estas se rigen en primer lugar por su normativa, puede haber quien defienda que se ha abierto la puerta a que una nueva ley orgánica de universidades, o una reforma de la actual, incluya la regulación de los principios del derecho administrativo, expuesta en los párrafos previos y de la que han sido excluidas las universidades públicas en quedar despojadas de la condición de Administración pública.

Esta opción, que puede parecer posible –incluso facilitada– por las normas básicas administrativas referidas, equivaldría a introducir unos principios y garantías de funcionamiento

LOMLOU, artículo 67.3: “*Las resoluciones del Consejo de Universidades y del rector a que se refieren los apartados anteriores agotan la vía administrativa y serán impugnables directamente ante la jurisdicción contenciosa administrativa*”.

6 ZAMBONINO PULITO, M., “Las universidades públicas como administraciones públicas. Bases de su creación y régimen jurídico”, *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 167-204.

7 Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, BOE n. 276, de 16/11/2011.

8 Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, BOE n. 261, de 31/10/2015.

y de actuación propios para las administraciones de las universidades, así como una teoría y regulación del acto administrativo y un procedimiento específico para la administración universitaria. También se deberían regular los principios y el procedimiento sancionador, así como los de responsabilidad patrimonial, si es que se concluye que a las universidades les corresponden, aunque no sean una Administración pública.

Creo sinceramente que no es necesario entrar a describir el volumen y la complejidad que esta tarea supondría, y cómo de contraria sería a los principios de eficiencia y de economía normativa, por no hablar de que supondría romper la uniformidad de la regulación de los entes públicos, ya que no hay que olvidar que, más allá de la nomenclatura o el subgrupo de órganos en que se las coloque, las universidades públicas son eso, entidades que forman parte del sector público y que se nutren principalmente de los presupuestos que les aportan las administraciones territoriales, estatal o autonómica, y de las tasas y precios públicos propios. Otra opción equivocada, en la misma línea, sería optar por reproducir la regulación básica del procedimiento administrativo y del régimen jurídico de las administraciones públicas, duplicándola dentro de la ley orgánica de universidades.

La alternativa a estos despropósitos sería sencillamente volver a situar las universidades en el círculo de las administraciones públicas. O por lo menos eliminar su exclusión explícita de este ámbito que se sustancia en los artículos 2.3 de ambas leyes; la universidad ha navegado durante los últimos decenios, como he explicado al principio, sin una definición clara de su naturaleza jurídica, pero con el acuerdo *de facto* de todas las partes –universidades, doctrina, jurisprudencia y legislación (con la excepción del legislador de 2015)–, de que le son de aplicación los principios y la legislación básica de las administraciones públicas. Continuar con este régimen sobreentendido no es ideal desde el punto de vista científico jurídico, pero en la práctica retornaría la calma a un sector, el universitario, que se encuentra en el período inicial de toma de conciencia de la magnitud del cambio introducido.

He comentado previamente, y lo reitero aquí, que las universidades tienen necesidades específicas y diferenciadas de otras administraciones, derivadas sobre todo de las condiciones únicas y especiales de relación que se establecen entre estas instituciones y sus usuarios. Tales necesidades, que abarcan aspectos concretos de desarrollo de la obligación de relación y del procedimiento electrónico, del ámbito disciplinario o de las vías de acceso por citar algunos, pueden y deben ser modulados por la propia institución, en uso de la potestad reglamentaria que las universidades tienen reconocida con el fin de adecuar las previsiones de la normativa básica a su actividad⁹. Recordemos en este sentido que existe una reserva de ley para la inclusión de trámites adicionales o distintos de los previstos en la normativa básica de procedimiento administrativo, tal como estipula el artículo 1.2 de la Ley 39/2015. Por lo tanto, las universidades deberían limitarse a perfilar aquellos trámites ya existentes, como dice el mismo artículo: *“se podrán establecer especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del procedimiento concreto por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes que se deben solicitar”*.

⁹ Son ejemplos de esta adecuación el “Reglamento para la actuación administrativa automatizada en la Universidad de Alicante”, el “Reglamento para la aplicación en la Universidad de Salamanca de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, sobre régimen jurídico del sector público”, de la Universidad de Salamanca, o las “Directrices de adaptación de las leyes 39/2015 y 40/2015 a la administración electrónica en la Universidad de Zaragoza”.

Con todo lo expuesto hasta aquí, considero que queda meridianamente claro que los principios de actuación y las normas básicas de las administraciones públicas deben ser aplicables y aplicados a las universidades. Pero al mismo tiempo también se ha hecho evidente que la redacción actual de las leyes L39/2015 y L40/2015 lo imposibilita, concretamente en aquellos apartados en que estas normas se refieren de forma concreta a las administraciones públicas.

En todo caso, hay que convenir en que es inviable que unas instituciones como las universidades públicas operen sin un marco claro de funcionamiento de su administración. Por poner algunos ejemplos, es obvio que las universidades realizan actos administrativos, algunos de los cuales pueden ser nulos o anulables, unos actos que han de poder ser revisados; como también es cierto que los ciudadanos deben poder recurrir contra las resoluciones de sus órganos, o seguir reclamando las posibles responsabilidades patrimoniales; o que las universidades deben poder guiarse con el uso de un procedimiento administrativo común con el resto de las entidades públicas y que en el ejercicio de sus actividades deben garantizar los derechos de los ciudadanos. No es posible operar al margen del entramado jurídico de derechos, obligaciones y garantías configurado por el derecho administrativo, simplemente porque la redacción poco afortunada de una ley abra la puerta a que sea así.

Por todo ello, pues, es urgente e inexcusable una revisión de las leyes 39 y 40 de 2015 en la que –sin entrar en otros defectos, que los hay y muchos– se corrija lo que no se puede calificar de otra forma que de error y se devuelva a las universidades públicas la condición de Administración pública, como se explicita en el EBEP, o que al menos se la considere como tal, como se hace en la actual LCSP. Mientras esto no se atienda, la aplicación de estos textos administrativos básicos y de su concreción en el ámbito universitario continuará necesariamente siendo sujeto de interpretación, con la correspondiente litigiosidad aparejada y generando una inseguridad jurídica que será sin duda creciente.

A la espera de que se produzca una modificación de estos textos legales lo antes posible con la reconsideración de las universidades como administraciones públicas, es necesario que su actividad se guíe atendiendo a unos principios y a unas normas de funcionamiento claras, normativizadas y que garanticen la seguridad jurídica, tanto para las propias instituciones como para sus trabajadores y para los ciudadanos en general.

Una forma de garantizar estas condiciones, la más sensata en mi opinión, es continuar aplicando la legislación básica administrativa vigente, tal como en la práctica, hasta donde tengo conocimiento, se ha continuado haciendo desde la entrada en vigor de las leyes 39 y 40 de 2015. Ciertamente, como exponía más arriba, la redacción actual de estas leyes excluye las universidades de la lista de entes considerados Administración pública, pero a pesar de ello, y mientras no se dé una reforma en la dirección mencionada que corrija el problema, habrá que fundamentar igualmente las actuaciones administrativas universitarias bajo estas leyes, ya que de otra manera estas instituciones se encontrarían en una situación de desregulación, carentes de una normativa tanto de régimen jurídico como de procedimiento que les fuera aplicable en su totalidad. Para ello, a la espera de una mejor solución, insisto, las universidades pueden encontrar legitimación en la interacción con el resto de administraciones y organismos que, como veremos en los apartados siguientes, reconocen en su práctica a las universidades como administraciones públicas, como también lo hace, de forma implícita, la numerosa jurisprudencia dictada y ya citada alrededor de la acción universitaria desde la

Regap



ESTUDIOS

entrada en vigor del ordenamiento establecido por la Constitución de 1978, que en ningún momento ha puesto en cuestión que las universidades sean administraciones públicas.

6 Las consecuencias de la aplicación de las leyes 39 y 40 sobre diversos ámbitos universitarios y algunas aclaraciones para su ejercicio

6.1 La estructura orgánica de las universidades: los órganos colegiados

Los órganos administrativos se encuentran definidos en el artículo 5.1 de la L40/2015. En la definición estricta podrían entenderse incluidos los órganos de las universidades, ya que su literal dice que tienen la consideración de órganos administrativos *“las unidades administrativas a las que se atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o la actuación de las que tengan carácter preceptivo”*. Sin embargo, el capítulo que engloba el articulado dedicado a estas unidades lleva por título nada menos que *“los órganos de las administraciones públicas”*. El legislador continúa, por tanto, teniendo como referente las entidades incluidas en esta consideración, es decir, tal como he ido repitiendo, las Administraciones territoriales y los organismos y entidades vinculados o dependientes. Y lo remarca de forma muy explícita cuando, en el artículo 3 expone que la creación de *“cualquier órgano administrativo”* exige que se determine *“su forma de integración en la Administración pública de que se trate”*. Una vez más, la redacción establece una configuración que se dibuja exclusivamente para una tipología de Administraciones de la cual las universidades públicas han sido excluidas.

Es obvio sin embargo que la administración de las universidades está compuesta por órganos, y que las competencias y atribuciones universitarias son ejercidas a través de esta distribución orgánica. Por tanto, en primer lugar es la propia observación de la realidad la que nos obliga a constatar que la administración universitaria se organiza orgánicamente, exactamente igual que cualquier Administración pública. Y no sólo se compone de órganos administrativos meramente operacionales o técnicos, sino que las competencias universitarias son ejercidas en primer lugar por sus órganos de gobierno, en formatos tanto unipersonales como colegiados. Este aspecto nos lleva a continuar por el tratamiento que hace la L40/2015 de los órganos colegiados, concretamente en la subsección primera de la sección tercera, capítulo II de su título preliminar. Ya de entrada, el nombre de la sección hace referencia a los órganos colegiados *“de las diferentes administraciones públicas”*.

En el texto (artículos 15 a 18), especifica continuamente que se está refiriendo a los órganos colegiados de las administraciones públicas. Así, el artículo 15.2 estipula que *“deben quedar integrados en la Administración pública que corresponda”* y, en su caso, el acuerdo de creación y las normas de funcionamiento deberán publicarse en el boletín o diario oficial *“de la Administración pública en la que se integran”* (artículo 15.3). En el mismo sentido, el secretario del órgano puede ser una persona *“al servicio de la Administración pública correspondiente”* (artículo 16.1).

Como es sabido, en el ámbito universitario los órganos colegiados tienen encomendadas funciones de carácter político, en el sentido de la toma de decisiones sobre las competen-

cias que para el cumplimiento de las funciones universitarias tienen asignadas, y sobre su ejecución. En este sentido, el de su función de toma de decisiones, no son diferentes de los órganos colegiados de otra Administración pública. Así, para acordar y llevar a cabo las decisiones del órgano, es necesario un sistema de funcionamiento y de formación de su voluntad que garantice que esta voluntad es el resultado de la expresión de la de sus integrantes, de acuerdo con unas reglas claras de actuación.

La L40/2015 establece el marco jurídico apropiado para las necesidades descritas, que no es otro que el que reserva para las administraciones públicas. Aunque se incluyen algunas disposiciones más que discutibles, como el hecho de considerar el correo electrónico como medio válido para celebrar sesiones a distancia, las disposiciones que integra configuran un sistema de funcionamiento común que incluye desde los requisitos para las convocatorias, el orden del día o la documentación necesaria, hasta la elaboración del acta de la sesión, pasando por las exigencias que deben observarse para la correcta constitución del órgano y para sus votaciones y toma de decisiones. Siendo las universidades entes públicos y que, como he explicado y es sobradamente conocido, ordenan y deciden su actuación a través de órganos colegiados de gobierno, es necesario que los preceptos que configuran la actuación de estos órganos en la L40/2015 les sean de aplicación. No hacerlo dejaría la actuación de estos órganos, y consecuentemente la de las universidades, fuera del sistema de reglas de formación de la voluntad previsto para el resto de instituciones públicas, de forma que cada universidad –incluso cada órgano– podría establecer su propio sistema de formación de los órganos colegiados y su propia forma de toma de decisiones. Por supuesto, esta situación llevaría a una absoluta inseguridad jurídica, que repercutiría en las propias universidades, las cuales verían deslegitimada su actuación.

6.2 El registro administrativo

Aunque probablemente no sea de forma intencionada, las disposiciones relativas al registro administrativo, en particular el artículo 16 de la L39/2015, no hacen mención de la categoría “Administración pública”, sino que dirigen prácticamente todas sus previsiones a las “administraciones” de forma genérica, o bien a los “organismos”. Esta ausencia de restricciones respecto a los sujetos de aplicación nos permitiría entender incluidas las administraciones universitarias en estas disposiciones que enmarcan el funcionamiento de los registros. Sin embargo, no hay que perder de vista que los artículos que configuran no sólo el registro, sino las normas generales de actuación de las administraciones, se encuentran incluidos en el título II, que se denomina “*de la actividad de las administraciones públicas*”.

Esta utilización durante el articulado de ambas leyes de los dos términos como sinónimos, cuando en el artículo 2 ya han dejado claro que “administraciones” y “Administraciones públicas” son dos conjuntos que no incluyen los mismos elementos en su interior, no nos deja más remedio que plantearnos aquí también la duda acerca de la aplicación de estas previsiones sobre las universidades públicas. De todos modos, y en coherencia con lo que expongo en estos apartados, creo que las previsiones relativas a los registros electrónicos han de aplicarse a las universidades, exactamente igual que el resto de disposiciones que regulan la actividad de las administraciones públicas. Sobre todo, para mantener la necesaria coherencia en el funcionamiento de las administraciones de los entes públicos, que debe dar

Regap



ESTUDIOS

la imprescindible seguridad jurídica a todos los agentes implicados: ciudadanos, personas jurídicas y a los propios integrantes de las administraciones.

Existe un segundo punto de discusión en relación con la actividad registral que parte de la interpretación extensiva que en algunos ámbitos de administraciones, no sólo universitarias, se ha hecho del régimen transitorio establecido por la disposición final séptima de la L39/2015, que prevé que las previsiones relativas a los registros electrónicos, entre otros, producen efectos al cabo de dos años de la entrada en vigor de la ley, es decir, a primeros de octubre de 2018. La interpretación inadecuada a que me refiero consiste en entender a partir de esta previsión que cualquier acción administrativa en la que intervenga o tenga que intervenir el registro electrónico queda afectada por la moratoria de la disposición adicional séptima y no es, por tanto, exigible a la administración hasta la fecha referida.

Esta interpretación nace, probablemente y en la mayoría de los casos, de la necesidad de ganar tiempo en muchas administraciones, aún poco preparadas para actuar electrónicamente, para garantizar una estructura bien preparada cuando efectivamente se consideren obligadas a aplicar la totalidad de las previsiones de actuación administrativa electrónica. También puede tratarse del no despreciable reflejo de resistencia al cambio que sufren tradicionalmente los grandes aparatos administrativos. Sea cual sea el motivo, esta interpretación es a mi juicio errónea, ya que el régimen transitorio que plantea la disposición adicional séptima afecta únicamente a la puesta en funcionamiento del "*registro electrónico general*", que debe ser único para cada administración, en el sentido previsto en el artículo 16 de la L39/2015. Estos dos años añadidos que se dan para unificar los registros no afectan en cambio a la actividad electrónica de la administración, que se debe continuar cursando de forma electrónica cuando proceda.

Así lo corrobora la disposición transitoria cuarta de la misma ley, del régimen transitorio de los archivos, registros y punto de acceso general, que aclara que "*mientras no entren en vigor las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico...*", las administraciones públicas deben mantener "*los mismos canales, medios o sistemas electrónicos vigentes relativos a las materias mencionadas, que permitan garantizar el derecho de las personas a relacionarse electrónicamente con las administraciones*". Por lo tanto, la disposición habla claramente de canales, medios o sistemas, es decir, las herramientas que la administración utiliza para registrar y enviar la documentación. En ningún caso se dice que exista una moratoria que permita abstenerse de tramitar ningún documento o fase del procedimiento en formato electrónico. Al contrario, repitiendo la última frase de esta disposición transitoria, durante estos dos años han de mantener canales "*que permitan garantizar el derecho de las personas a relacionarse electrónicamente con las administraciones*". El funcionamiento electrónico de las administraciones es, por tanto, totalmente exigible desde el 2 de octubre de 2016; de otro modo no se podría garantizar este derecho a relacionarse de forma electrónica. Otra cosa es el registro general de cada Administración, que debe funcionar como un portal que facilite el acceso a los registros electrónicos de organismos vinculados o dependientes de aquella Administración, tal como prevé el artículo 16, cuyo establecimiento es una tarea de organización interna y la obligatoriedad de la cual será efectiva a los dos años de la entrada en vigor de la ley, junto con la creación del registro electrónico de apoderamientos, el registro de empleados públicos habilitados, el punto de acceso general electrónico de la Administración y el archivo único electrónico.

6.3 Las garantías del silencio administrativo y de la revisión de oficio de los actos

En este apartado veremos dos situaciones que son muy diferentes en su naturaleza, pero que desde el punto de vista del análisis de este capítulo tienen el nexo común de representar garantías jurídicas de máxima importancia para los administrados ante posibles actuaciones abusivas o impropias de las administraciones. Vaya por delante que considero que estas garantías deben poder ser ejercidas y exigidas ante las universidades públicas, exactamente igual que con cualquier otra administración pública.

En el caso del silencio administrativo, su propia existencia constituye una defensa para los administrados, que impide que la Administración descuide la obligación que tiene de resolver de manera expresa todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación (artículo 21.1 L39/2015). La figura del silencio posibilita que, ante un eventual incumplimiento de este mandato, el procedimiento no quede interrumpido y en una especie de limbo, sino que el simple cumplimiento del plazo sin resolver comporte por sí mismo consecuencias jurídicas, a partir de las cuales el administrado podrá continuar con sus pretensiones.

Ciertamente, la regulación del silencio administrativo no ha mejorado con la entrada en vigor de las leyes que aquí analizo (en este caso tampoco ha empeorado, ya que prácticamente se ha mantenido la regulación anterior), y también es cierto que, si las administraciones públicas ejercieran sus funciones con eficiencia, esta figura no debería ser necesaria, ya que la obligación de resolver en cualquier circunstancia debería hacer imposible que se produjeran casos de no-respuesta administrativa. Sin embargo, la realidad hace necesarias estas previsiones, y la actuación de las administraciones universitarias no queda al margen de esta realidad. Las regulaciones previstas en la nueva legislación básica administrativa referentes a la obligación de resolver, los plazos para hacerlo, la suspensión o ampliación de estos plazos y los posibles resultados de la falta de resolución expresa deben ser aplicados a las universidades, coherentemente con su actuación como entes públicos.

En cuanto a la regulación diseñada para la revisión de los actos de las administraciones en vía administrativa, nos encontramos, una vez más, con un articulado (106 a 110 L39/2015) que se dirige de forma exclusiva a las "Administraciones públicas" y que, también una vez más, su lectura literal dejaría fuera de su ámbito subjetivo de aplicación (artículo 2.3) a las universidades públicas.

No habría que insistir en la necesidad y la importancia de que las administraciones entendidas en sentido amplio dispongan de unos mecanismos de revisión de oficio, es decir, con carácter previo al sistema de recursos administrativos y el control judicial. Estos mecanismos, que son los previstos en los artículos mencionados, tienen como finalidad que las decisiones administrativas se aseguren ajustadas a derecho, tanto sea por razones de legalidad a través de la revisión de oficio de los actos nulos y la declaración de lesividad de los actos anulables como por motivos de oportunidad con la revocación de actos¹⁰. Incluso la mera rectificación de errores materiales del artículo 109.2 actúa como garantía de que impedirá la posible repetición de procedimientos enteros que podría causar perjuicios tanto a las administraciones como a los administrados.

10 TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *Derecho administrativo, parte general*, 3.ª ed., Atelier, Barcelona, 2017, pp. 340-341.

No pueden quedar las universidades al margen de estas vías de control: de otro modo se caería en la imposibilidad de extinguir ningún acto administrativo, aunque fuera contrario al ordenamiento jurídico, ni tampoco se podrían replantear en ningún caso las decisiones administrativas desfavorables para los ciudadanos. Incluso se podría llegar a la situación grotesca de quedar bloqueada la actuación de la institución por un simple error numérico en su norma presupuestaria, que no podría ser reparada fácilmente sin la aplicación de estas disposiciones de revisión, en este caso la de rectificación de errores materiales.

Sería, pues, impensable que la revisión de oficio no fuera de aplicación a las universidades, al igual que esta aplicación debe ser llevada a cabo observando todas las garantías establecidas en la legislación. En este sentido, cabe destacar que la revocación de actos prevista en el artículo 109.1 sólo es de aplicación para aquellos actos desfavorables o de gravamen, y en ningún caso para actos favorables o declarativos de derechos para los administrados. Si la Administración modifica un acto favorable y dicta en sustitución uno de gravamen, estaríamos ante un acto nulo de pleno derecho¹¹.

En cuanto a la revisión de actos nulos, sea por iniciativa de la propia Administración o a instancia de persona interesada (acción de nulidad), es necesario remarcar que también para las universidades es imprescindible seguir el procedimiento previsto en el artículo 106, con fundamentación de la revisión en uno de los motivos de nulidad de pleno derecho que se prevén en el artículo 47.1 de la propia L39/2015 y solicitando el dictamen, que es preceptivo y vinculante, del Consejo de Estado u órgano equivalente autonómico para los actos de las universidades. Para que el acto sea efectivamente declarado nulo y eliminado, es imprescindible, además, que el dictamen emitido sea favorable en este sentido.

6.4 La contratación administrativa

En cuanto a las universidades como sujetos en relación con su capacidad de contratación pública, este tema ha sido ya estudiado por Tardío Pato¹² bajo la nueva consideración de las leyes básicas administrativas actuales. Las universidades se encuentran incluidas entre los considerados poderes adjudicadores para la Directiva europea 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Las universidades estarían comprendidas en cuanto a la directiva europea entre los entes definidos como organismos de derecho público (artículo 2.1 4). Estos organismos deben cumplir tres requisitos, que se dan en el caso de las universidades: a) que se hayan creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, b) que estén dotados de personalidad jurídica propia y c) que estén financiados mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales u otros organismos de derecho público o que su gestión esté sujeta a la supervisión de estas autoridades u organismos (...). Así, y atendiendo a que el artículo 1.2 define la contratación pública como la adquisición mediante un contrato de este tipo por uno o más de uno de

11 *Ibid.*, pp. 421-429.

12 TARDÍO PATO, J. A., "¿Tiene sentido que las universidades públicas dejen de ser administraciones públicas en las nuevas leyes del sector público y de procedimiento administrativo común?", cit.

los entes definidos como poder adjudicador, queda bastante claro que en las universidades les es de aplicación esta directiva.

Desde el punto de vista de la legislación estatal, ya he mencionado previamente como ejemplo la actual Ley de contratos del sector público (LCSP). Concretamente, el artículo 2 define como contratos del sector público sometidos a esta norma aquellos contratos que celebren los entes mencionados en el artículo 3. Y este artículo es claro en la concreción del ámbito subjetivo de aplicación e incluye una lista detallada de entidades, entre las cuales las universidades públicas se integran en el apartado c).

Por tanto, las universidades forman parte del sector público con respecto a la contratación pública, pero esta LCSP va aún más allá, y engloba en el apartado siguiente (artículo 3.2 c) a las universidades públicas entre los entes que, a efectos de esta ley, tienen la consideración de Administración pública. Esta inclusión tiene consecuencias en el régimen, que puede ser administrativo o privado, que regirá los contratos del sector público. Las universidades quedarán englobadas en las tipologías especificadas en el artículo 19 que lista los contratos que tienen carácter administrativo debido al hecho de ser formalizados por administraciones públicas. Por tanto, las universidades se encuentran sometidas al régimen de los contratos administrativos, y el orden jurisdiccional competente para resolver los litigios será el contencioso-administrativo, tal como dice el artículo 21 de la misma Ley de contratos.

En el ámbito catalán, la LUC también redirecciona hacia la LCSP; concretamente, en el artículo 160 dispone que *"la contratación de las universidades públicas queda sujeta a la normativa reguladora de los contratos de las administraciones públicas"*, sin perjuicio de la regulación específica establecida en el artículo 83 de la LOMLOU para los trabajos de carácter científico, técnico o artístico y para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación.

En cuanto al ejercicio de la contratación, existen numerosos ejemplos jurisprudenciales que validan la contratación por las universidades como poderes adjudicadores y, más concretamente, como administraciones públicas, aunque hasta ahora dictadas bajo la ley básica administrativa previa, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAPAC). Ver, por ejemplo, las STS de 28 de septiembre de 2005, RJ 2005\8721; STSJ Comunidad Valenciana 150/2001, de 3 de febrero, RJCA 2001\1000; STSJ Castilla y León 2864/2005, de 24 de diciembre, JUR 2006\79531 y STSJ Galicia 773/2000, de 3 de mayo, JUR 2000\221403.

Igualmente, dan fe de la normalidad de la actividad contractual de las universidades como administraciones públicas los dictámenes que han sido emitidos en este ámbito por la Comisión Jurídica Asesora (CJA) de la Generalitat de Cataluña, organismo que ejerce en esta comunidad autónoma las funciones asesoras del Consejo de Estado. En ningún caso se cuestiona en sus dictámenes esta capacidad de las universidades, y al mismo tiempo dejan constancia de la participación de estas instituciones como poder adjudicador en las diversas modalidades contractuales administrativas. En este sentido, la norma reguladora de la CJA (Ley catalana 5/2005, de 2 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora) estipula entre sus funciones la de emitir dictamen preceptivamente sobre la *"resolución y nulidad de concesiones y de otros contratos administrativos, en los casos que establece la normativa de contratación administrativa"* (artículo 8e). Son ejemplos de estos dictámenes preceptivos sobre contratación en que participan universidades públicas como contratantes el Dictamen 180/2012, *"Interpretación del contrato suscrito entre la Universidad de Lleida y la empresa*

Regap



ESTUDIOS

«T.», por la prestación del servicio de telefonía fija corporativa en las sedes y dependencias de la universidad”, y el Dictamen 123/2003, de 29 de abril, “Resolución del contrato de servicios para el mantenimiento de jardinería de la Universidad Autónoma de Barcelona suscrito entre esta universidad y la empresa «A., SA»”.

6.5 La potestad disciplinaria

El ámbito disciplinario es probablemente el que se encontraba ya más desatendido en las universidades, especialmente en cuanto al colectivo de los estudiantes. Y es que hay que hacer una primera distinción en referencia al régimen disciplinario y sancionador universitario: por un lado el que afecta a los estudiantes, que ha sido tradicionalmente atribuido a las universidades como a continuación detallaré. Por otra parte, el ámbito disciplinario y sancionador del profesorado y el personal de administración universitario, que se rigen, debido a su relación funcional o laboral con la institución, por el Estatuto básico del empleado público, que prevé el régimen disciplinario para estos empleados con la correspondiente tipificación de las faltas, las sanciones correspondientes y su procedimiento de aplicación, con remisión supletoria a la legislación laboral para los trabajadores con relación contractual por lo que no esté previsto en el EBEP.

En cuanto a estos dos últimos colectivos, la potestad sancionadora de la universidad queda bastante clara, ya que en primer lugar las universidades públicas se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP a partir de lo dispuesto en su artículo 2, que prevé que *“este estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes administraciones públicas: (...) e) las universidades públicas”*. Más allá de que el Estatuto considere administraciones públicas a las universidades, interesa ahora en cuanto a la potestad sancionadora lo que el EBEP prevé en su título VII dedicado al régimen disciplinario; concretamente, el artículo 93.1 dice: *“los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente título y en las normas que las leyes de función pública dicten en desarrollo de este estatuto”*. Y a continuación, en el 93.4: *“El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente título, por la legislación laboral”*.

Así, tanto el profesorado y el personal de administración funcionarios como los contratados laborales de ambos colectivos quedan incluidos en el ámbito de aplicación descrito. Cabe recordar que el personal de administración y servicios funcionario y laboral, así como el profesorado contratado laboral, están vinculados a la universidad en la que prestan sus servicios. Los profesores funcionarios lo son a nivel estatal, como explicaré en el apartado sobre los recursos humanos, lo que hace que les sean de aplicación supletoria, esta vez sin limitaciones, las leyes L39/2015 y L40/2015 como funcionarios de una Administración territorial a la hora de seguir un procedimiento sancionador. En todos los casos, los colectivos de trabajadores universitarios quedan incluidos en primer lugar dentro del ámbito subjetivo de aplicación del régimen disciplinario previsto en el EBEP.

En cambio, la potestad disciplinaria sobre los estudiantes universitarios ha presentado problemas graves de concreción desde la aprobación de la Constitución de 1978, unos problemas que aún no han sido resueltos y a los que las leyes administrativas L39/2015 y L40/2015 tampoco hacen ninguna aportación positiva.

Empezamos por ver la que debería haber sido la vía de regulación de esta potestad, una vía que ha sido prevista, pero que no ha sido ejecutada. La LRU ya hacía una previsión en este sentido y en el artículo 27.3, que decía que *“las universidades, a propuesta del Consejo de Universidades, establecerán las normas que regulen las responsabilidades de los estudiantes relativas al cumplimiento de sus obligaciones académicas”*. No era, por supuesto, una redacción clara al respecto de la potestad disciplinaria o sancionadora, y presentaba problemas en relación con el cumplimiento del principio de legalidad que impone el artículo 25.1 de la Constitución, por su remisión en blanco hacia las universidades de la potestad sancionadora. Un estudio en profundidad de la situación de desregulación del régimen disciplinario en la época de la LRU lo hizo PEMÁN GAVÍN¹³.

Posteriormente, la LOU de 2001 (y la LOMLOU que en 2007 mantuvo la misma redacción), estableció nuevamente la misma remisión de esta potestad sin definir el marco necesario y de una forma aún más vaga, concretamente en el artículo 46.2 sobre derechos y deberes de los estudiantes: *“los estatutos y las normas de organización y funcionamiento desarrollarán los derechos y los deberes de los estudiantes, así como los mecanismos para su garantía”*. Esta poca concisión, que seguía la línea de la ley orgánica anterior, dejaba esta vez una puerta abierta para su desarrollo. El artículo 46.5 de la LOMLOU dispone que *“El Gobierno aprobará un estatuto del estudiante universitario”* en el que, al tener que tratar supuestamente de forma más exhaustiva de las temáticas que afectan a los estudiantes, se podría abordar su régimen disciplinario.

Pero no fue así: el Real decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del estudiante universitario, no entra a regular la materia sancionadora. En vez de eso vuelve a abrir una nueva puerta para hacerlo, aparentemente decisiva al menos en lo previsto en el texto incluido en la disposición adicional segunda de este real decreto, titulada *“regulación de los procedimientos administrativos sancionadores en el ámbito universitario”*. Su literal dispone que *“el Gobierno presentará a las Cortes Generales, en el plazo de un año, a partir de la entrada en vigor del presente real decreto, un proyecto de ley reguladora de la potestad disciplinaria, en donde se contendrá la tipificación de infracciones, sanciones y medidas complementarias del régimen sancionador para los estudiantes universitarios de acuerdo con el principio de proporcionalidad. De igual modo, en dicho proyecto de ley se procederá a la adaptación de los principios del procedimiento administrativo sancionador a las especificidades del ámbito universitario, de manera que garantice los derechos de defensa del estudiante y la eficacia del desarrollo del procedimiento”*. Desafortunadamente, hasta la fecha este proyecto de ley no se ha presentado, la ley no ha sido aprobada y por tanto el régimen disciplinario de los estudiantes universitarios continúa huérfano de regulación.

¿Dónde nos deja esta carencia de una regulación clara de la normativa disciplinaria? Pues aproximadamente en el mismo lugar donde nos dejó la aprobación de la LRU. Tenemos por un lado el principio constitucional de legalidad aplicado a la potestad sancionadora (artículo 25.1), que exige que una norma con rango de ley dé cobertura a esta capacidad de las administraciones, una exigencia que ha sido ratificada de abastecimiento por la jurisprudencia constitucional¹⁴. En cambio, como he expuesto previamente, la LOMLOU no va más allá de

13 PEMÁN GAVÍN, J., “El régimen disciplinario de los estudiantes universitarios: sobre la vigencia y aplicabilidad del Reglamento de disciplina académica (Decreto de 8 de septiembre de 1954)”, *Revista de Administración Pública*, n. 135, septiembre-diciembre, 1994, pp. 435-471.

14 Un estudio detallado sobre la delimitación jurisprudencial de la potestad sancionadora de la Administración y el régimen jurídico aplicable a los estudiantes universitarios es el de GÓMEZ GARCÍA, M. J., “La potestad sancionadora de las universidades”, *Comentario a la Ley orgánica*

hacer una remisión genérica, encomendando esta regulación en los estatutos y reglamentos ulteriores de las universidades, sin dictar lo que le sería exigible como norma de rango legal: la tipificación de las faltas y la atribución de las correspondientes sanciones, dejando para los estatutos universitarios o los reglamentos dictados por estas la concreción y gradación de lo previsto en la ley¹⁵.

Ante la carencia de una disposición de rango legal que incorpore las previsiones necesarias, las universidades se han visto obligadas a recurrir a una norma previa a la Constitución: el *Decreto de 8 de septiembre de 1954 por el que se aprueba el Reglamento de disciplina académica de los centros oficiales de enseñanza superior y de enseñanza técnica dependientes del Ministerio de Educación Nacional*. Este decreto, al menos, incorpora una tipificación de las conductas ilícitas (“faltas de los escolares”), una escala para su gradación en graves, menos graves y leves, y las sanciones que se pueden imponer en función de cada caso (“las correcciones aplicables”), así como un procedimiento para su instrucción. Evidentemente, al tratarse de una norma preconstitucional, la utilización de este decreto debe hacerse en todos los casos teniendo en cuenta las previsiones de la Constitución de 1978. Su aplicación en las universidades, aunque sea prácticamente sólo para poder aducir una cobertura legal a la hora de ejercer la potestad disciplinaria o como soporte legal para dictar los reglamentos que la regulen dentro de una universidad, debe ser muy cuidadosa en adaptarla a la realidad actual. De hecho, buena parte de lo previsto (tribunales de honor, actos deshonorosos, falta de probidad o de decoro, por citar algunos ejemplos) no tiene sentido ni cabida en el marco constitucional presente.

A partir de este decreto de 1954 y de la remisión en blanco que hace la LOMLOU en el artículo 46.2 hacia los estatutos de las universidades, estas han actuado de formas diversas en cuanto a la regulación del régimen disciplinario de sus estudiantes. Algunas simplemente han recogido en sus estatutos un listado de deberes de los estudiantes, mientras que otras (Universitat Pompeu Fabra (UPF), Universitat Rovira i Virgili (URV) en el caso de Cataluña¹⁶) han dado el paso de dictar un reglamento del régimen disciplinario para sus alumnos. En estos casos han fundamentado la norma en el mencionado decreto de 1954 y en la doctrina constitucional también mencionada que modula el principio de legalidad permitiendo considerar este decreto como fuente para la concreción de esta potestad y, al mismo tiempo, en la inexistencia de una ley reguladora de la potestad disciplinaria que se tenía que haber promovido a partir de la mencionada previsión incluida en el Estatuto del estudiante universitario de 2010.

Los reglamentos de la UPF y URV diseñan un procedimiento propio e incorporan las garantías constitucionalmente exigibles, que son en esencia la traslación práctica de los principios de la potestad sancionadora de las administraciones públicas y la aplicación del procedimiento

de universidades, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 603-635.

15 SSTC 83/1994, de 24 de julio; 109/1994, de 11 de abril; 253/1994, de 19 de septiembre; 145/1995, de 3 de octubre; 52/2003, de 17 de marzo; 26/2005, de 14 de febrero; 297/2005, de 21 de noviembre, y 229/2007, de 5 de noviembre, citadas en GÓMEZ GARCÍA, M. J., “La potestad sancionadora de las universidades”, cit.

16 Régimen disciplinario de los estudiantes de la Universitat Pompeu Fabra (Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de julio del 2012): <https://seuelectronica.upf.edu/normativa/upf/comunitat/estudiants/regim-disciplina.html>
Reglamento del régimen disciplinario de los estudiantes de la Universitat Rovira i Virgili (aprobado por el Consejo de Gobierno de la URV el 18 de diciembre de 2013): http://www.urv.cat/la_urv/3_organos_govern/secretaria_general/legislacio/2_propia/comunitat/estudiants/html/regl_regim_disciplinari_est.htm

administrativo común, con las particularidades del ámbito sancionador. En estos casos, por tanto, la cobertura o la base sobre la que instruirán los expedientes sancionadores y el procedimiento a seguir se basará en el propio reglamento universitario, que se fundamenta a su vez en el Decreto de 1954 y en la validación de esta solución para la jurisprudencia constitucional citada.

Las universidades que no han elaborado un reglamento propio han tenido que aplicar hasta ahora, de forma complementaria al decreto de 1954, el procedimiento sancionador que hasta octubre de 2016 se preveía en la Ley 30/1992 y, en desarrollo del régimen disciplinario, en el Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Como es sabido, la actual L39/2015, que regula ahora el procedimiento administrativo común y las especialidades del procedimiento sancionador, ha derogado tanto la Ley 30/1992 como el mencionado real decreto que desarrollaba el procedimiento sancionador. Obviamente, con la entrada en vigor de la nueva legislación administrativa, aparecen en este ámbito los mismos problemas expuestos en los anteriores apartados, derivados de la no consideración de las universidades como administraciones públicas. Especialmente en la L40/2015, que se ocupa de regular los principios de la potestad sancionadora (artículos 25 a 31), y que ya de entrada en el artículo 25.1 habla de *“la potestad sancionadora de las administraciones públicas”*, y que únicamente menciona una legislación específica para los entes locales, la Ley de bases del régimen local, en relación con el procedimiento a seguir en esas administraciones.

Sin embargo, las universidades que optan por no dictar un reglamento propio deberán ejercer la potestad sancionadora en primer lugar bajo la misma cobertura legal preconstitucional, y basándose necesariamente para su desarrollo en las nuevas leyes básicas administrativas. A pesar de la reiterada exclusión universitaria de la esfera de las administraciones públicas, éstas no dejan de necesitar un marco normativo con el que desarrollar los procedimientos sancionadores, un marco que contemple los principios de actuación y que ofrezca al mismo tiempo las garantías necesarias para los administrados. Se deberán aplicar las previsiones de las leyes L39/2015 y L40/2015 para evitar este vacío normativo y, no menos importante, por los mismos motivos expuestos en anteriores apartados, es decir, la competencia estatal para dictar las bases del régimen de las administraciones públicas a partir de la cual se dicta la Ley orgánica de universidades y la configuración tradicional como tales que se les ha dado desde la jurisprudencia y la doctrina especializada.

Estaría, en este ámbito aún más, fuera de lugar pretender dictar un procedimiento o unos principios específicos para la potestad sancionadora de las universidades públicas. La disposición final primera, que dispone el título competencial de la LOMLOU, incluye la previsión del artículo 149.1.30 de la Constitución, que reserva al Estado la regulación de las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 (recordemos que el 27.10 dispone la autonomía universitaria). Por otra parte, y en la misma línea, la disposición del primer apartado del artículo 149 CE obliga a regular las condiciones básicas para garantizar *“la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”*. Esta previsión imposibilita claramente la creación de un procedimiento sancionador diferente del común de las administraciones públicas, y dirigido a un colectivo de forma exclusiva.

Regap



ESTUDIOS

6.6 El patrimonio universitario y la responsabilidad patrimonial

Veremos primeramente en este apartado aquello referente al patrimonio de las universidades públicas, la configuración de su titularidad y el hecho, que se desprende de forma suficientemente clara de las previsiones incorporadas en la legislación vigente, de que las prerrogativas para la protección de los bienes de las administraciones públicas le son de aplicación¹⁷.

En cuanto a la atribución a las universidades de sus propios bienes, la LOMLOU en el artículo 2.2 dice: *"en los términos de la presente ley, la autonomía de las universidades comprende: (...) h) la elaboración, aprobación y gestión de sus presupuestos y la administración de sus bienes"*. Resalto a continuación los apartados de la misma norma que nos serán posteriormente de interés en cuanto a la tipología con la que se califican los bienes de las universidades públicas. Concretamente, en el artículo 80 sobre el patrimonio de la universidad: *"constituye el patrimonio de cada universidad el conjunto de sus bienes, derechos y obligaciones"*; *"las universidades asumen la titularidad de los bienes de dominio público afectos al cumplimiento de sus funciones..."*; *"la administración y disposición de los bienes de dominio público, así como de los patrimoniales, se ajustará a las normas generales que rijan esta materia"*. Se añaden además como patrimonio de la universidad los derechos de propiedad industrial e intelectual de los que sea titular, regulados estos por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación (LCTI).

A continuación tenemos que referirnos a la regulación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas (LPAP), que en su artículo 4 describe qué tipos de bienes son patrimonio de estas: *"por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales"*.

La lectura combinada del artículo 80 de la LOMLOU y el artículo 4 de la LPAP da como resultado la condición, desde el punto de vista patrimonial, de Administración pública de las universidades: efectivamente, las universidades disponen de autonomía sobre sus bienes (artículo 2.2 LOMLOU); estos consisten, entre otros, en bienes tanto de dominio público como patrimoniales (artículo 80 LOMLOU; 156-157 LUC), y finalmente los bienes de las administraciones públicas son o bien de dominio público o patrimoniales (artículo 4 LPAP) y no se prevén otras tipologías de entes que puedan poseer bienes de estas tipologías sometidos a protección. Todo ello nos lleva a una situación paralela o asumible a la que se da en el ámbito de la contratación pública o en el de los recursos humanos de las universidades, casos en los que a pesar de que las leyes básicas administrativas niegan la condición de Administración pública en la universidad, la correspondiente ley sectorial se la restituye en cuanto a sus efectos.

En segundo lugar, vamos a ver los efectos de las L39/2015 y L40/2015 con respecto a la responsabilidad patrimonial de la Administración en su aplicación a las universidades públicas. Nos encontramos una vez más con problemas notables introducidos por esta nueva legislación en este ámbito, así como derivados de la no consideración de las universidades como administraciones públicas. A raíz de esta exclusión, las universidades quedarían fuera

17 Un estudio del régimen jurídico del patrimonio universitario previo a las leyes 39 y 40 de 2015 lo hace TORRES LÓPEZ, M. A., "El patrimonio universitario", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 833-870.

de las entidades que deben responder por su responsabilidad, según se desprende de la redacción del articulado de ambas leyes.

Concretamente, la L39/2015 hace las primeras menciones expresas a las administraciones públicas como sujetos de la responsabilidad patrimonial en el artículo 65.1 *“cuando las administraciones públicas decidan iniciar de oficio un expediente de responsabilidad patrimonial...”* y también en el artículo 96.4 hablando de la tramitación simplificada del procedimiento, donde hace referencia a los de *“responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”*. Más definitiva es la redacción del artículo 92, sobre la competencia para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, donde se establecen los órganos competentes para las administraciones territoriales y para sus entidades de derecho público, de forma paralela a como se designa en la misma ley cuáles son las administraciones públicas (artículo 2.3), y por tanto excluyendo una vez más las universidades de esta condición.

Esta exclusión se mantiene y se reafirma en la L40/2015, que regula los principios de esta responsabilidad en el capítulo dedicado a *“la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”*, y remachándolo en el articulado cuando la define (artículo 32.1) estableciendo que *“los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas”*.

En este caso, la exclusión de la condición de Administración pública es definitiva para las universidades: si nos atenemos únicamente a la redacción de estas leyes básicas administrativas, la universidad no se encontraría incluida entre las instituciones que tienen que responder por los supuestos de responsabilidad patrimonial. Existen, sin embargo, precedentes en esta materia en los que las universidades públicas han respondido de su responsabilidad.

Los ejemplos a los que me referiré aquí son de dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora (CJA) de la Generalitat de Cataluña. Con dictámenes como los que aquí menciono, además de dejar constancia de la participación de universidades públicas en litigios acerca de su responsabilidad patrimonial, se puede extraer de la propia existencia de los dictámenes testimonio de la condición de Administración pública de las universidades, condición que motiva la actuación de este órgano, o en su caso del Consejo de Estado u órgano equivalente en otras comunidades autónomas. Efectivamente, en su norma reguladora, la ya citada Ley 5/2005, de 2 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora, el artículo 8 establece la lista de los dictámenes que la CJA emitirá preceptivamente, y en ella se encuentran incluidos en el apartado 3, letra a), aquellos referentes a reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, por encima de una determinada cuantía. Y en aplicación de este precepto, la CJA ha dictaminado cuando la reclamación de responsabilidad patrimonial se hacía sobre universidades, considerándolas de esta forma administraciones públicas.

En el primer ejemplo, el Dictamen 172/2016, de 30 de junio, se trataba de una reclamación de indemnización instada por la Sra. A por los daños y perjuicios derivados de un procedimiento de selección para cubrir una plaza de profesor de la Universidad Rovira i Virgili. La CJA efectivamente ubicaba la controversia en la materia que nos ocupa (apartado V.2): *“para determinar si de las actuaciones expuestas se puede desprender la responsabilidad de la URV, hay que recordar que la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración se regula en la Ley 26/2010, en la LRJPAC y en el RPRP”*.

Y más adelante toma como referencia la legislación básica administrativa vigente en ese momento: *“el artículo 142.4 de la LRJPAC establece que la anulación en vía administrativa o por*

el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone el derecho a la indemnización. Para que ésta sea reconocida, es necesario que la actuación administrativa anulada reúna los requisitos que el ordenamiento jurídico vigente exige para que se pueda declarar constitutiva de responsabilidad patrimonial".

Y, más allá del sentido del dictamen, no pone en duda la procedencia de instar una reclamación de responsabilidad patrimonial contra una universidad pública: *"la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina emanada de esta Comisión Jurídica Asesora, del Consejo de Estado y de los diversos organismos consultivos de las administraciones autonómicas coinciden en que, para que tenga lugar la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario que exista un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que el particular perjudicado no tenga la obligación de soportar y que haya una relación de causalidad entre el funcionamiento de un servicio público y el hecho constitutivo del daño".*

Un segundo ejemplo, en el mismo sentido, es el del Dictamen 124/2011, sobre la reclamación de indemnización instada por «R. D. E., SL» (en la actualidad «A.») por los daños y perjuicios derivados de unas obras realizadas por la Universidad Pompeu Fabra. En él se hace constar que *"la legitimación pasiva corresponde a la Universidad Pompeu Fabra (UPF) como causante de estos daños. La Universidad Pompeu Fabra «es una institución de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propios» (artículo 202 de los estatutos, aprobados por el Decreto 209/2003, de 9 de septiembre) y su actuación «se rige por las normas de régimen jurídico aplicables en la Administración pública de Cataluña» (artículo 202.2 de los estatutos)".*

Y un último ejemplo de dictamen de la CJA en que aparece igualmente de forma clara una universidad como sujeto de responsabilidad patrimonial, en este caso el Dictamen 88/2006, sobre la reclamación de indemnización instada por la Sra. I. de C. F. por los daños y perjuicios derivados de una resolución de remoción de puesto de trabajo dictada por el rector de la Universidad de Lleida, y que posteriormente fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En el cuerpo del dictamen, sobre la legitimación se dice: *"hay que examinar, en primer lugar, si hay concurrencia de legitimación activa y pasiva. La primera no plantea ninguna cuestión. La acción ha sido interpuesta por un profesional que actúa con poderes, debidamente otorgados por la persona perjudicada; y la segunda tampoco sugiere ninguna cuestión, ya que el acto productor del daño proviene de la Universidad de Lleida".*

Con estos antecedentes, además de los que encontramos en el mismo sentido en la jurisprudencia (por ejemplo en las SSTS 4132/2010, de 19 de julio; 1270/2007, de 6 de marzo, o 5509/2010, de 22 de octubre), está suficientemente claro que, más allá de la inexplicable exclusión de la condición de Administración pública de las universidades en las L39/2015 y L40/2015, estas instituciones han sido sometidas con normalidad a los supuestos que se derivan de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. No habiendo experimentado ningún cambio en su naturaleza, que sigue regulada de la misma forma en la LOMLOU, no debe existir ningún motivo fundamentado para que las universidades no sigan siendo responsables de las lesiones que puedan causar como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios, sin duda públicos, que ofrecen.

6.7 El personal docente, investigador y de administración de la universidad

En materia de recursos humanos, las universidades públicas disponen de personal tanto en régimen funcionarial como bajo modalidades diversas de contratación laboral. Esta constatación nos muestra una primera clasificación del personal universitario, en función de la tipología de su relación con la institución. Una segunda división, desde el punto de vista de las funciones desarrolladas, es la que se da entre el personal dedicado a la docencia y la investigación (PDI) y el personal de administración y servicios (PAS). El régimen jurídico de uno y otro colectivo, como personal al servicio de las universidades públicas, tanto a los funcionarios como a los contratados laborales, fue uno de los temas estudiados por diversos autores en la recopilación de comentarios sobre la última LOMLOU que coordinó Julio González¹⁸. La configuración de este régimen jurídico no experimenta grandes cambios con las nuevas leyes básicas administrativas, respecto de la que dejaba aquella última reforma aprobada en 2007 de la Ley orgánica de universidades.

En primer lugar, hay que aclarar que el EBEP es de aplicación a todos los trabajadores al servicio de la universidad, sea cual sea su vinculación y el colectivo al que pertenezcan. Sí que se derivarán consecuencias sobre la aplicación de otras normas, en cambio, con respecto a los funcionarios en función del origen de su condición. Los trabajadores del PAS están vinculados y adscritos en todos los casos a la universidad en la que prestan sus servicios, tanto si tienen contrato laboral como si son funcionarios; en este último caso, el personal de administración es funcionario de aquella universidad en concreto. La misma vinculación es efectiva para el profesorado bajo contrato laboral, que también se encuentra contratado por una universidad y su vinculación universitaria empieza y termina en aquella institución concreta.

El PDI funcionario, en cambio, posee una consideración diferente, lo que tiene una notable importancia de cara a la aplicación de la actual normativa básica administrativa: su condición de empleado funcionario no está ligada a una universidad concreta, aunque esté obviamente vinculado y prestando servicios como tal, una vez superado el preceptivo concurso. Pero la condición funcionarial del personal docente e investigador tiene su raíz en el Ministerio estatal con competencias en materia de universidades y trasciende su asignación concreta a un centro. En la actualidad, el acceso a los cuerpos de profesorado funcionario docente se logra exclusivamente vía acreditación nacional; esta acreditación la valora y la otorga la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA)¹⁹, que tiene la condición de organismo autónomo adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. El director de la ANECA nombra los miembros de las comisiones de acreditación, seleccionados a su vez por el Consejo de Universidades, órgano que preside el titular de dicho ministerio (LOU, artículo 29). Al ser, por tanto, funcionarios del Estado y no de las universidades, el profesorado funcionario sí tendrá, a la luz de la nueva legislación básica administrativa, la consideración de personal de una Administración pública como es la Administración general

18 BAYLOS, A., "El personal docente e investigador contratado en régimen laboral", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 461-500. CASTILLO BLANCO, F. A., "El Estatuto básico del empleado público y el régimen del personal al servicio de las universidades públicas", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 311-368. ORTEGA, L., "Régimen del personal docente e investigador (exclusión de los procedimientos de selección y del profesorado contratado, artículos 47, 56, 61 y 67 a 713)", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 369-412.

19 Creada por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa. Regulada por el Estatuto del organismo autónomo ANECA: http://www.aneca.es/content/download/13282/164477/file/RD%201112_2015_de%2011%20de%20diciembre_%20Estatuto%20ANECA%200A.pdf

del Estado según el artículo 2.3 de las L39/2015 y L40/2015, y se le deberán aplicar estas normas (supletoriamente, como veremos) en lo referente a su condición de funcionarios.

En cuanto al EBEP y a la normativa de desarrollo, es de aplicación a todos los colectivos mencionados, PDI o PAS, funcionarios o laborales, y de forma parcial para estos últimos, tal como se prevé en su artículo 7: *“el personal laboral al servicio de las administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este estatuto que así lo dispongan”*²⁰. Por otra parte, se prevé también (artículo 2.2) que: *“en la aplicación de este estatuto al personal investigador se podrán dictar normas singulares para adecuarlo a sus peculiaridades”*.

En relación con el ámbito institucional, el artículo 2.1 dispone: *“este estatuto se aplica al personal funcionario y, en lo que proceda, al personal laboral al servicio de las siguientes administraciones públicas”*. En la letra e) de este artículo se mencionan concretamente *“las universidades públicas”*, que incluye todo el PAS y el profesorado contratado, mientras que la letra a) hace referencia a *“La Administración general del Estado”* a la cual pertenecen los cuerpos de profesorado funcionario.

Esta aplicación genérica del EBEP debería ser en todo caso supletoria de todo aquello que no se encuentre regulado en la LOMLOU con respecto a esta materia. Esta supletoriedad es objeto de discusión doctrinal, y tampoco ha sido totalmente aclarada por la jurisprudencia²¹. Existe consenso, en cambio, en que el estatuto es de aplicación al personal universitario para todo aquello en que la legislación universitaria no establezca disposiciones específicas.

Y, en materia laboral, la LOMLOU dispone en cuanto al profesorado (artículo 56.2): *“el profesorado funcionario se regirá por las bases establecidas en esta ley y en su desarrollo, por las disposiciones que, en virtud de sus competencias, dicten las comunidades autónomas, por la legislación general de funcionarios que les sea de aplicación y por los estatutos”*. El orden de aplicación sería, a partir de estas disposiciones, en primer lugar la LOMLOU y su normativa de desarrollo autonómica; en segundo lugar, el EBEP y, finalmente, los estatutos de las universidades.

En cuanto al PDI laboral, el artículo 48.2 de la LOMLOU establece que *“(…) el régimen de las indicadas modalidades de contratación laboral será el que se establece en esta ley y en sus normas de desarrollo; supletoriamente, será de aplicación lo dispuesto en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, aprobado por Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en sus normas de desarrollo”* (en la actualidad el Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores).

Finalmente, en cuanto al personal de administración y servicios funcionario, el artículo 73.3 de la LOMLOU indica: *“el personal funcionario de administración y servicios se regirá por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, por la legislación general de funcionarios, por las disposiciones de desarrollo de esta que elaboren las comunidades autónomas, y por los estatutos de su universidad”*. Y el mismo artículo, *“el personal laboral de administración y*

20 Supletoriamente, por tanto, les será de aplicación el Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, así como su normativa de desarrollo.

21 CASTILLO BLANCO, F. A., “El Estatuto básico del empleado público y el régimen del personal al servicio de las universidades públicas”, cit.

servicios, además de las previsiones de esta ley y sus normas de desarrollo y de los estatutos de su universidad, se regirá por la legislación laboral, y los convenios colectivos aplicables”.

Se sigue en todos los casos, por tanto, el mismo sistema de fuentes: la LOMLOU en primera instancia, con el desarrollo que se legisle si es el caso en las comunidades autónomas. En segundo lugar, el EBEP y finalmente, para el PDI y PAS laboral, la legislación laboral vigente. Los estatutos universitarios también son de aplicación en último lugar, por su función desarrolladora de las disposiciones incluidas en la LOMLOU en materia laboral.

En relación con las leyes básicas administrativas, L39/2015 y L40/2015, serán de aplicación en materia sancionadora, en lo que hace referencia a sus principios (L40/2015, artículos 25 a 31), así como al procedimiento (L39/2015, artículos 53 a 96), de manera directa para el profesorado perteneciente a los cuerpos docentes funcionarios dada su condición de funcionarios estatales, tal como he explicado en los párrafos anteriores y en el apartado dedicado a la potestad sancionadora. El profesorado contratado y el PAS funcionario y contratado laboral son personal perteneciente a cada universidad y por lo tanto la legislación básica de estas normas administrativas les es de aplicación de forma supletoria.

6.8 La potestad reglamentaria de las universidades

La capacidad de las universidades públicas para aprobar normativa interna ha sido reconocida durante buena parte del siglo pasado²², y de forma inequívoca y continuada en la legislación orgánica aprobada con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1978. En la actualidad, la LOMLOU especifica en el artículo segundo, dedicado a la autonomía universitaria, que esta comprende entre otros *“la elaboración de sus estatutos y, en el caso de las universidades privadas, de sus propias normas de organización y funcionamiento, así como de las demás normas de régimen interno”*.

El alcance de estas normas de régimen interno, así como el de sus estatutos, ha sido ampliamente estudiado doctrinalmente y, ya desde las SSTC 55/1989, de 23 de febrero, y 130/1991, de 6 de junio, se enmarca de forma general y previa a consideraciones singulares para cada caso en la posesión por parte de la universidad de *“plena capacidad de decisión en aquellos aspectos que no son objeto de regulación específica en la ley”*. Este ámbito de actuación cubre tanto los aspectos de autoorganización que le corresponden a raíz de la capacidad que se le reconoce a la universidad de estructurar autónomamente dentro de los límites que marca la legislación como los aspectos de autonormación, es decir, la capacidad de crear y aprobar normativa en el ejercicio y desarrollo de sus funciones, el pináculo de las cuales es el propio estatuto aprobado por cada universidad²³. Los límites de estas dos vertientes de la potestad reglamentaria de las universidades se encuentran en la legislación estatal y en la autonómica, que configuran las estructuras que deben ser básicas para todos los centros, aunque existe un segundo anillo limitador configurado por las instituciones de coordinación del sistema: el Consejo de Coordinación Universitaria, la Conferencia General de Política Universitaria y el Consejo de Universidades, a nivel estatal, y el órgano de coordinación que pueda haberse constituido a nivel autonómico. Estos organismos coordinadores y de

22 PÉREZ-PRENDES, J. M., “Aspectos históricos de la ordenación universitaria”, *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 23-103.

23 ZAMBONINO PULITO, M., “Las universidades públicas como administraciones públicas. Bases de su creación y régimen jurídico”, cit.

cooperación ejercen de facto como agentes homogeneizadores al encargarse de establecer sistemas y formas homologadas de relación, acciones conjuntas e integración de datos que obligan a las instituciones a, al menos, acompañar determinados aspectos de su autonomía de forma conjunta con el resto de universidades.

Más que el estudio de fondo de esta potestad universitaria, interesa ahora hacer hincapié en el procedimiento de elaboración y aprobación de estos tipos de normativas universitarias. Tanto la forma como el fondo de los reglamentos universitarios, así como sus motivaciones y pretensiones, han sido objeto de críticas muy duras desde las propias instituciones, unas críticas genéricas (aunque siempre parten de ejemplos conocidos) y que toman como base, por un lado, la falta o más bien la inobservancia de un procedimiento de elaboración respetuoso con los principios y garantías básicas de participación, de transparencia o de buen gobierno. Y, por otro lado, desde el punto de vista de su contenido, del abuso de los conceptos jurídicos indeterminados y de una excesiva discrecionalidad²⁴.

Creo que es fácilmente observable que un buen camino para evitar abusos en el contenido de fondo de los reglamentos universitarios sería el de seguir un procedimiento de elaboración y aprobación que garantizara la información y posibilitara la participación de los interesados, en nuestro caso la comunidad universitaria a la que están destinadas estas normas. Y tenemos precisamente en la L39/2015 la totalidad de su título VI, dedicado a regular *“la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones”*. Los artículos contenidos en este título enmarcan el alcance de los reglamentos y otras disposiciones administrativas, especifican los principios de una buena regulación, diseñando formas de evaluación normativa y prevén igualmente los circuitos de publicidad de las normas y la planificación que las instituciones con esta capacidad deberán hacer pública respecto de sus iniciativas reglamentarias para el año siguiente.

Es una lástima que un articulado que se revela tan adecuado para solucionar los problemas expuestos de las normas reglamentarias elaboradas por las universidades no sea de aplicación a estas instituciones. El artículo 128 de la L39/2015 establece el ámbito subjetivo de la potestad reglamentaria y dice que su ejercicio *“corresponde al Gobierno de la nación, a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas, de conformidad con lo establecido en sus estatutos respectivos, y a los órganos de gobierno locales, de acuerdo con lo previsto en la Constitución, en los estatutos de autonomía y en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local”*. Una vez más, por lo tanto, las universidades quedarían fuera de la aplicación de estos artículos, al menos a partir de la lectura estricta de su redacción.

Porque, a mi criterio, las universidades deberían considerarse poco menos que obligadas a adoptar la totalidad de las previsiones de este título a la hora de desarrollar su actividad normativa interna. En primer lugar, he estado defendiendo (reconozco que precariamente ante la redacción tan desafortunada de estas dos leyes desde el punto de vista universitario) que las universidades públicas no pueden ser excluidas de los apartados que las leyes L39/2015

24 SOSA WAGNER, F., “La autonomía universitaria (un mito que confiere poder)”, *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 115-116, dice sobre los reglamentos universitarios: *“Mundo barroco el de los reglamentos universitarios, no hay universidad española que no tenga aprobados centenares de ellos, muchos en permanente reforma, por los equipos rectorales que vienen, por los que se van”* (...) *“ha sido tradicional que buena parte de ellos no se haya publicado en boletín oficial alguno, habiendo quedado, como se decía en el Antiguo Régimen, in scrinio pectore, una práctica perversa”* (...) *“Pero la existencia de tanta norma jurídica no siempre implica la existencia de adecuadas garantías en la convivencia universitaria, ni que la objetividad del derecho resplandezca por doquier”* (...) *“es determinante el abuso que en tales reglamentos se hace de conceptos jurídicos indeterminados y de potestades discrecionales”*.

y L40/2015 atribuyen de forma exclusiva y excluyente a las administraciones territoriales y sus órganos vinculados o dependientes. Dejarlas fuera implicaría en todos los casos un vacío normativo que las universidades como entes públicos no se pueden permitir, y en el caso de la potestad reglamentaria supondría además perder una excelente oportunidad de cubrir una carencia notoria, tanto procedimental como de fondo.

Y es que ordenar mínimamente la potestad reglamentaria como lo hace la L39/2015 representa un activo jurídico que las universidades no pueden dejar perder, unos preceptos que establecen unas garantías y que las universidades deberían aplicar ya a la hora de dictar sus normativas internas, tanto por motivos obvios de orden, para solucionar o paliar problemas como los expuestos más arriba, como, incluso, por higiene democrática, ya que el resto de administraciones con capacidades reglamentarias sí se encuentran sometidas explícitamente a la aplicación de estas previsiones. Desde mi punto de vista, precisamente si a una institución poseedora de potestad reglamentaria le hacía falta una ordenación a partir de un texto legal, que le marcara los mínimos de transparencia y participación y le estableciera unos principios de obligado cumplimiento, ésta es la universidad pública.

7 Conclusiones

– La entrada en vigor de las leyes 39 y 40 de 2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y del régimen jurídico del sector público, ha supuesto la exclusión explícita de las universidades públicas de la consideración de administraciones públicas, en virtud del artículo 2.3 de ambas leyes.

– Esta exclusión, añadida a que buena parte de los artículos de estas leyes están explícitamente dirigidos a las administraciones públicas, conlleva que la aplicación supletoria de estas normas a las universidades públicas, prevista en el artículo 2.2.c, se vea gravemente limitada. Por un lado, quedan excluidas del ámbito de aplicación de diversas potestades públicas, mientras por otra sus usuarios se verían privados de la protección de las garantías previstas por el ordenamiento administrativo y que las administraciones públicas están obligadas a respetar.

– La no consideración como administraciones públicas y el hecho de que estas normas básicas administrativas sean de aplicación supletoria no debe suponer una invitación al legislador a dictar unas bases de actuación administrativa diferenciada para las universidades. En primer lugar, por una simple cuestión de seguridad jurídica, de forma que el administrado sepa que en toda institución pública regirán las mismas reglas de funcionamiento básico, y en segundo lugar porque, si se optara por calcar el mismo ordenamiento administrativo, pero trasladándolo a la ley –estatal o autonómica– de universidades, nos encontraríamos sencillamente ante una duplicación innecesaria, además de una muy pobre técnica legislativa.

Más importante en este apartado, todos los entes públicos y las relaciones que los ciudadanos establezcan con ellos han de regirse por unos mismos principios y por unas bases comunes en su procedimiento, en la elaboración de sus actos y en las garantías para las personas. No sería aceptable apartarse de las garantías constitucionales de igualdad en el trato a los administrados, establecidas en el artículo 14, en relación con la aplicación de este principio sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas que se prevé en el artículo 149.1.18, que además garantiza a los administrados un tratamiento común ante ellas.



– Las universidades deben estar dotadas necesariamente de las potestades públicas que se reconocen a las administraciones públicas, de la misma forma que deben estar sometidas a las garantías que el derecho administrativo prevé para estas instituciones. Su actividad de servicio público, el hecho de estar fundamentalmente financiadas por los presupuestos públicos y la propia idiosincrasia de trabajo dirigido a la sociedad configuran, sin duda, una institución pública, que debe estar dotada y obligada por el mismo ordenamiento que el resto de administraciones públicas. La exclusión de este entorno que se ha consumado con la entrada en vigor de las leyes básicas de 2015 es un error que debe ser corregido cuanto antes, y la forma mejor y más sencilla de hacerlo es modificando la redacción que niega la condición de Administración pública en las universidades.

Mientras esto no suceda y los textos continúen vigentes en la forma actual, la actuación administrativa universitaria deberá regirse en mi opinión por los mismos principios y procedimientos que se prevén para las administraciones públicas. Para ello, deberán basarse, en función de la actividad, en la diversa normativa sectorial, que las sigue considerando administraciones públicas, como es el caso de la Ley de contratos o del Estatuto básico del empleado público, o bien en la aplicación de los principios de seguridad jurídica y de igualdad de condiciones de los ciudadanos ante los entes públicos, como se ha apuntado previamente.

8 Bibliografía

- AMOEDO-SOUTO, C-A., "El impacto de las leyes 39 y 40/2015 en las universidades públicas: contenido, hipótesis y retos de futuro", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 182, enero-marzo, 2017.
- BAYLOS, A., "El personal docente e investigador contratado en régimen laboral", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.
- CASTILLO BLANCO, F. A., "El Estatuto básico del empleado público y el régimen del personal al servicio de las universidades públicas", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.
- GÓMEZ GARCÍA, M. J., "La potestad sancionadora de las universidades", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.
- ORTEGA, L., "Régimen del personal docente e investigador (exclusión de los procedimientos de selección y del profesorado contratado, artículos 47, 56, 61 y 67 a 713)", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.
- PEMÁN GAVÍN, J., "El régimen disciplinario de los estudiantes universitarios: sobre la vigencia y aplicabilidad del Reglamento de disciplina académica (Decreto de 8 de septiembre de 1954)", *Revista de Administración Pública*, n. 135, septiembre-diciembre, 1994.
- PÉREZ-PRENDES, J. M., "Aspectos históricos de la ordenación universitaria", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.
- RIVERO ORTEGA, R., "La aplicación de las leyes 39 y 40/2015 a las universidades públicas: eliminando interrogantes", *Revista de Administración Pública*, n. 201, septiembre-diciembre, 2016.

SOSA WAGNER, F., "La autonomía universitaria (un mito que confiere poder)", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.

TARDÍO PATO, J. A., "¿Tiene sentido que las universidades públicas dejen de ser administraciones públicas en las nuevas leyes del sector público y de procedimiento administrativo común?", *Documentación Administrativa*, n. 2, enero-diciembre, 2015.

TORRES LÓPEZ, M. A., "El patrimonio universitario", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *Derecho administrativo, parte general*, 3.ª ed., Atelier, Barcelona, 2017.

ZAMBONINO PULITO, M., "Las universidades públicas como administraciones públicas. Bases de su creación y régimen jurídico", *Comentario a la Ley orgánica de universidades*, Aranzadi, Madrid, 2009.

Regap



ESTUDIOS

A motivación dos actos de selección e perda da condición de empregado público

La motivación de los actos de selección y pérdida de la condición de empleado público

The motivation of the acts of selection and loss of the condition of public employee



ROCÍO NAVARRO GONZÁLEZ

Profesora doctora de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide – Sevilla (Andalucía, España)
rnavgon@upo.es

Recibido: 20/04/2017 | Aceptado: 20/06/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: A Lei 39/2015, do procedemento administrativo común das administracións públicas, non modifica substancialmente a exigencia da motivación dos actos que resolven procedementos selectivos e de concorrencia competitiva, a cal debe darse conforme o disposto nas normas que regulan as convocatorias, acreditándose, á súa vez, os fundamentos da resolución que se adopte, xa sexa cunha motivación individual para cada interesado, xa sexa cunha remisión ao expediente. Ante o aumento crecente de procedementos selectivos que carecen da suficiente publicidade e transparencia, a obriga de xustificar as decisións administrativas adoptadas durante tales procesos revalorízase, adquirindo verdadeira importancia a motivación como manifestación da transparencia administrativa e como garantía inescusable que debe darse en todo procedemento administrativo. No ámbito da función pública, a motivación é unha peza clave que manifesta particularidades propias, en especial nos supostos de adquisición e perda da condición de empregado público.

Palabras clave: empregado público, selección, adquisición e perda, motivación.

Resumen: La Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, no modifica sustancialmente la exigencia de la motivación de los actos que resuelven procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva, la cual ha de darse conforme a lo dispuesto en las normas que regulan las convocatorias, acreditándose, a su vez, los fundamentos de la resolución que se adopte, ya sea con una motivación individual para cada interesado, ya sea con una remisión al expediente. Ante el aumento crecente de procedimientos selectivos que carecen de la suficiente publicidad y transparencia, la obligación de justificar las decisiones administrativas adoptadas durante tales procesos se revaloriza, adquiriendo verdadera importancia la motivación como manifestación de la transparencia administrativa y como garantía inexcusable que debe darse en todo procedimiento administrativo. En el ámbito de la función pública, la motivación es una pieza clave que manifiesta particularidades propias, en especial en los supuestos de adquisición y pérdida de la condición de empleado público.

Palabras clave: empleado público, selección, adquisición y pérdida, motivación.

Abstract: Spanish 39/2015 Act, on Administrative Procedure of the Public Administrations, do not substantially modifies the requirement of giving reasons of the administrative decisions concerning selective procedures and competitive concurrency, which has, first, to be in accordance with the rules governing the public announcement of selection, and second, to express the grounds of the decision, either with a single motivation for each interested party, either with a referral to the record. The increasing of selective administrative procedures that lack enough public notice enforce the duty of giving reasons, as a way to improve public transparency, and to enforce constitutional rights. Concerning public employment, to give reasons of the administrative decision is a key piece, that shows some specialities in the cases of access and cessation of civil servants.

Key words: public employee, selection, access and loss, motivation.

Sumario: 1 Introducción. 2 Breve apunte acerca de la expresión “procedimientos selectivos”. 3 La participación de órganos auxiliares en el cumplimiento de la motivación. 4 El papel de la motivación en los diferentes sistemas de acceso y provisión de puestos de trabajo a la función pública. 4.1 La motivación de la resolución del concurso: su referencia inexcusable al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria. 4.2 El tránsito de la inexigibilidad a la obligatoriedad de la motivación en los nombramientos de libre designación. 4.3 La motivación como límite de la cláusula de necesidad que justifica la aplicación de un sistema extraordinario de provisión. 5 El empleo de fórmulas con signos numéricos. 5.1 La mera puntuación en un procedimiento selectivo constituye la motivación del acto final de calificación y evaluación. 5.2 La simple puntuación asignada como motivación requiere de una explicación detallada. 6 La preferencia de la motivación por remisión a la propuesta de resolución. 7 La presencia innegociable de la motivación en los supuestos de pérdida de condición de empleado público: reflejo jurisprudencial. 8 Bibliografía.

1 Introducción

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (EBEP), marca un momento significativo en la ordenación del sistema de empleo público de nuestras administraciones públicas, dando cumplimiento al mandato constitucional previsto en el artículo 103.3 desde una perspectiva general y paliando el conjunto normativo que se ofrecía hasta entonces, un tanto inconexo y disperso. Con más de ocho años de vigencia del estatuto, el Gobierno aprueba el Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público (TREBEP), exento de repercusión sustantiva alguna, culminando su publicación, como apunta PALOMAR OLMEDA, con “uno de los problemas pendientes en la Administración pública española para conseguir un nuevo marco moderno y actual del funcionamiento de la misma”¹.

El nuevo TREBEP constituye, en materia de ordenación de la función pública, el vértice de un grupo normativo más amplio y complejo que corresponde definir al conjunto de todas las administraciones con el desarrollo del mismo, y cuyo objetivo y finalidad ya no es establecer el estatuto de los funcionarios públicos previsto en el artículo 103. 3 de la Constitución, sino “determinar la legislación básica del régimen jurídico de los funcionarios públicos”².

Una de las novedades que trae consigo la Ley 7/2007 es la elección del legislador de la expresión “empleado público” para referirse al personal que está al servicio de las administraciones públicas, expresión que no hace referencia a una clase o categoría de personal concreta, sino que, como manifiesta FUENTETAJA PASTOR, es un “concepto formal de conveniencia” que engloba en abstracto a quienes, como dicta el artículo 8.1 del TREBEP, “desempeñan funciones retribuidas en las administraciones públicas al servicio de los intereses generales”³.

1 PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 11.ª ed., Dykinson, Madrid, 2016.

2 FUENTETAJA PASTOR, J. A., “El Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista de Administración Pública*, n. 174, 2007, p. 459.

3 FUENTETAJA PASTOR, J. A., *Pasado, presente y futuro de la Función pública*, Civitas, Madrid, 2013, p. 293.

El concepto general, de una manera u otra, ha de estar representado por dos ideas: el servicio a una Administración pública y que se realice en el marco de una relación de trabajo que podrá ser de derecho público o de derecho privado, permanente o temporal según las diferentes clases de funcionarios”⁴.

La opción legislativa por esta fórmula consolida la coexistencia de personal funcionario y personal laboral al servicio de las administraciones públicas, entendiendo que el TREBEP es, por un lado, legislación básica del régimen jurídico de los funcionarios públicos y, por otro, legislación de la relación laboral especial de empleo público.

Por otra parte, se ha de resaltar que, previa a la aprobación del EBEP, se constituye una comisión para el estudio y preparación de dicho texto, que plasma el resultado de su trabajo en un informe en el que, entre otras conclusiones, resalta la existencia de procedimientos selectivos que carecen de suficiente publicidad, transparencia, manifiestas discriminaciones, clientelismo político y favoritismo⁵. Por ello, no es de extrañar que, ante las propuestas de la comisión, se contemplasen finalmente en el TREBEP una serie de principios de carácter funcional, sistematizados en el artículo 55, que han de regir la actuación de todas las administraciones públicas en la selección de su personal, funcional y laboral, centrados especialmente en las garantías de los sistemas selectivos y en la composición y actuación de los órganos de selección. De entre tales principios, entendidos como instrumentos necesarios para poder garantizar el acceso al empleo público en condiciones de igualdad y respeto a los principios de mérito y capacidad, destaca el principio de transparencia, que, a su vez, es proclamado con carácter general como principio de actuación de la Administración pública, tal como señala el artículo 3.1.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP). Una de las obligaciones que derivan de dicho principio es la de efectuar la motivación adecuada de los actos administrativos, constituyendo tal exigencia una verdadera estrategia de la transparencia administrativa⁶.

En consonancia con lo expuesto, la falta de transparencia constatada por la Comisión para el estudio y preparación del EBEP nos reconduce de una manera u otra a recordar la inexcusable obligación de justificar las decisiones administrativas adoptadas durante el proceso selectivo y a reconsiderar la importancia de la motivación como manifestación de la transparencia administrativa. Desde estas líneas introductorias abogamos por el papel transcendental que debe adquirir la motivación como pieza clave en el ámbito de la función pública, en especial en la selección y pérdida de la condición de empleado público.

2 Breve apunte acerca de la expresión “procedimientos selectivos”

Pese a que la motivación no es presentada como requisito general de todo acto administrativo, podemos afirmar sin reserva alguna que prácticamente todos los actos administrativos deben ser motivados. El tratamiento legal de la misma limita su exigencia a determinados

4 PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, cit., p. 155.

5 *Informe de la Comisión para el Estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, INAP, Madrid, 2005, pp. 83 y ss.

6 SÁNCHEZ MORÓN, M., “La transparencia como principal criterio de credibilidad de la Administración. La transparencia en el ordenamiento jurídico español”, Díaz Méndez, A., y Cuéllar Martín, E. (coords.), *Administración inteligente*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2007.

supuestos que se vieron ampliados, en un primer momento, en 1992, con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), y recientemente con la promulgación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC).

El listado de supuestos que de forma expresa recoge el legislador en relación con la exigibilidad de la motivación se clausura con la referencia a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva que curiosamente no estaban previstos ni en la Ley de procedimiento administrativo de 1958 (LPA) ni en el proyecto de la LRJPAC, y en los que la resolución final de los mismos requiere la comparación en un único procedimiento de una eventual pluralidad de solicitudes, propuestas o actuaciones a cargo de los interesados, de acuerdo con los criterios fijados en una norma correspondiente en los que se incluyen tanto los procedimientos de oposición y de concurso para seleccionar al personal que ha de servir a la Administración como los de selección y adjudicación de contratos y concesiones administrativas.

Su previsión legal queda reflejada por primera vez en el párrafo segundo del artículo 54 de la LRJPAC y actualmente el artículo 35 de la LPAC mantiene el mismo tenor literal de la ley que la antecede, exigiéndose la motivación de los actos que resuelvan este tipo de procedimientos conforme a lo dispuesto en las normas que regulan las convocatorias, debiendo quedar acreditados los fundamentos de la resolución que se adopte. El legislador de 1992, al referirse a la motivación de los procedimientos para seleccionar el personal, puede que, debido a las prisas, pues como hemos comentado anteriormente no estaba previsto tal supuesto en el proyecto de ley, hace uso de una escueta y breve expresión para referirse a ellos: “procedimientos selectivos”, alusión que pudiera haberse enmendado con la publicación de la vigente Ley 39/2015 sin observarse éxito alguno.

Doctrinalmente, no se ha polemizado acerca de la existencia de los diferentes instrumentos que se puedan utilizar para un correcto desarrollo del proceso de selección y que permitan, a su vez, asegurar el respeto a los principios constitucionales y garantizar los derechos de los ciudadanos; sí en cambio ha sido objeto de crítica cómo se han reflejado legalmente los distintos procedimientos de selección, observándose un claro error de técnica legislativa, pues, entre otras apreciaciones, el artículo 61 TREBEP hace uso de forma indistinta y sin criterio alguno de las expresiones “procesos selectivos” y “procedimientos selectivos”, que pueden dar lugar a confusión y que la propia doctrina ha equiparado entendiéndolos como términos sinónimos⁷.

En lo que atañe a los procedimientos que pueden darse durante los procesos selectivos, el estatuto no ofrece novedades significativas con respecto a la legislación anterior; hoy por hoy siguen siendo la oposición, el concurso y el concurso-oposición cuando la ley lo autorice expresamente e, independientemente del sistema elegido, se exige la motivación del acto que ponga fin a tal procedimiento de selección.

Ahora bien, nos surge la cuestión de precisar a qué tipo de procedimientos se está refiriendo el legislador con la expresión “procedimientos selectivos”: ¿A los procedimientos selectivos para el acceso o para la provisión de puestos de trabajo?, ¿o a ambos? Pues debemos diferenciar que una cosa es el acceso a la función pública y otra la provisión de puestos de trabajo en la Administración pública, y tanto en uno como en otro se puede proceder a procedimientos

7 FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 151 y 152.

de selección como el concurso con su correspondiente motivación. Pese a que en ocasiones el análisis de los sistemas de acceso y provisión de puestos de trabajo se atiende de manera conjunta, debemos tener presente, para evitar confusiones, que estamos ante dos figuras, cada una con su sustantividad que la caracteriza.

3 La participación de órganos auxiliares en el cumplimiento de la motivación

El legislador enmudece acerca del órgano que debe realizar materialmente la motivación, dejando huérfano de regulación todo aquello relativo al aspecto subjetivo de la motivación. En una primera aproximación, parece que es el mismo órgano que tiene atribuida la competencia para resolver, si se encuentra inmerso en alguno de los supuestos previstos en la ley, el que debe asumir el cumplimiento del aludido deber, solapándose así, en un mismo órgano, la labor material de justificar y la labor formal de realizar la motivación con la de resolver. Sin embargo, se observa que a veces el mismo órgano que resuelve y se encarga de plasmar las argumentaciones o razones en la decisión final no es el redactor oficial de tales justificaciones, sino que recurre para tal encomienda a la colaboración de otro u otros órganos administrativos, de manera que el órgano responsable de adoptar la decisión administrativa final y definitiva se ve necesitado del quehacer de uno o varios órganos que habrán de intervenir en la justificación material de la misma, incorporando sus decisiones e informes a la motivación realizada.

Tal colaboración conjunta se refleja en los procedimientos de selección de personal, caracterizándose por ser procedimientos de concurrencia competitiva en los que participan, de un lado, unos órganos encargados de seleccionar, los tribunales calificadoros de concursos y oposiciones, que gozan de discrecionalidad técnica, y, de otro, los órganos que resuelven y ponen fin al procedimiento selectivo. La función de tales tribunales calificadoros ha quedado suficientemente asentada por la jurisprudencia, que precisa que “deben ofrecer al órgano administrativo que ha de decidir esa selección aquellos conocimientos que no posee este pero sí resultan necesarios para realizar la tarea de evaluación profesional que constituye el elemento central de tales procesos selectivos”⁸.

En estos supuestos relativos a la función pública el órgano administrativo que resuelve decide en base a la labor evaluadora realizada por el tribunal calificador y cumplimenta la motivación recogiendo tal información y acreditando los fundamentos de la resolución adoptada, no consistiendo tal acreditación únicamente en incorporar los dictámenes del tribunal calificador, sino también en fundamentar la resolución administrativa que pone fin al procedimiento de selección. Por ello constatamos que en este tipo particular de procedimientos, los procedimientos selectivos, la tarea de cumplimentar la motivación está repartida entre los órganos calificadoros y los órganos que deciden, siendo la tarea del tribunal calificador emitir un dictamen y la tarea del órgano que resuelve recogerlo en la resolución administrativa. Esta doble perspectiva subjetiva será significativa para delimitar el contenido de la motivación en los procedimientos selectivos de la función pública.

8 Vid., entre otras, STS 14 julio 2000, Rec. 258/1997, FJ 4.

En otro orden de consideraciones, resulta oportuno comentar que la composición colegiada obligatoria de los órganos de selección que incorpora de forma novedosa el EBEP en su artículo 60 no es causa de exoneración del deber de motivar de las decisiones adoptadas, pues resulta llamativo como el Tribunal Supremo llegó a manifestar que, ante el ejercicio de discrecionalidad que corresponde a un órgano colegiado para emitir una propuesta de nombramiento, no es obligatoria una motivación expresa y pormenorizada de cada uno de sus componentes⁹. Dicho pronunciamiento fue objeto de críticas doctrinales en las que, por un lado, cuestionan por qué no rige la norma especial y preferente que exige la motivación de los actos administrativos colegiales que ponen fin a los procedimientos selectivos, independientemente de que tengan naturaleza discrecional o reglada¹⁰ y, por otro, argumentan que “igual que los miembros del órgano colegiado deliberan para ponerse de acuerdo sobre la propuesta, lo mismo pueden hacer para acordar sobre cómo razonarla o motivarla”¹¹. Otras opiniones doctrinales de gran rigor científico defienden clara y tajantemente la exigencia de la motivación de los actos dictados por órganos colegiados, como la expuesta por CARBONELL PORRAS, que iguala la motivación de los órganos unipersonales a la motivación de los órganos colegiados, resaltando que no es diferente la una de la otra “ni en la forma ni en el fondo”¹², y la que sustenta COSCULLUELA MONTANER, precisando que el deber de la motivación alcanza a los órganos colegiados sin que quepa entenderlo cumplido con la simple expresión del resultado de votación realizada para alcanzar la mayoría requerida¹³.

4 El papel de la motivación en los diferentes sistemas de acceso y provisión de puestos de trabajo a la función pública

Diferentes principios y diferentes procedimientos van a determinar la dispar vinculación que tienen los aspirantes con la Administración pública en un procedimiento selectivo –cualquier ciudadano– y en un procedimiento de provisión –sólo funcionarios públicos–, sin impedir en ningún caso que la demanda de la motivación sea ignorada. Por una parte, mientras con el acceso se facilita el ingreso en la Administración tras superar pruebas de selección atendiendo al mérito y capacidad, con la provisión de puestos, en cambio, se facilita a la Administración la cobertura de sus necesidades laborales con los efectivos de personal existentes que tengan la cualificación adecuada para el desempeño de dichos puestos o funciones. Por otra parte, en el acceso a la función pública el sistema selectivo opera mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición, mientras que en la provisión de puestos de trabajo la norma prevé el concurso como sistema normal de provisión, junto a otras formas atípicas como pueden ser la comisión de servicios y la redistribución de efectivos.

9 STS 30 noviembre 1999, Rec. 449/1997, FJ 6.

10 BACIGALUPPO SAGGESE, M., “En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 107, 2000, pp. 407-420.

11 IGARTÚA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad y motivación. Algunos aspectos teóricos-generales*, AAP, Sevilla, 2003.

12 CARBONELL PORRAS, E., *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999. CARBONELL PORRAS, E., “Regulación de los órganos colegiados”, López Menudo, F. (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Universidad de Sevilla, 2016.

13 COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 27.ª ed., Thomson, Cizur Menor, 2016.

4.1 La motivación de la resolución del concurso: su referencia inexcusable al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria

El concurso como sistema de ingreso en la función pública de carrera debe estar sólidamente justificado, al igual que el concurso como procedimiento normal de provisión de puesto de trabajo, al tenerse en cuenta los méritos exigidos en la correspondiente convocatoria y que aparecerán debidamente baremados. El concurso constituye un procedimiento de selección fundamentado en la evaluación de los méritos exigidos en la convocatoria y en los alegados por los concursantes para la determinación de su aptitud y orden de prelación en los mismos que es utilizado tanto en los sistemas de acceso como de provisión con carácter ordinario debido a la existencia de una vacante dotada presupuestariamente¹⁴.

El fundamento legal de la motivación que se exige a la resolución que pone fin al concurso se encuentra, aparte de en el ya mencionado artículo 35.2 de la LPAC, en el Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración general del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración general del Estado (RGIPPT) tanto en el artículo 22.2, que refiere los sistemas de acceso, como en el artículo 47.2 del mismo, relativo a los sistemas de provisión de puestos de trabajo que de manera expresa recogen la referencia al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria. En todo caso, deben quedar acreditadas en el procedimiento como fundamentos de la resolución adoptada la observancia del procedimiento debido y la valoración final de los méritos de los candidatos.

La motivación en estos procedimientos específicos puede producirse de múltiples formas, no siendo preciso siempre una motivación concreta y detallada de las razones que amparan la adopción de una determinada puntuación, siempre que la finalidad cognoscitiva y defensiva que arrastra la motivación no queden mermadas. En un supuesto de provisión de puesto de trabajo mediante concurso, el Tribunal Supremo es riguroso en el cumplimiento de la motivación, anulando un acto por no contener en el expediente los elementos necesarios que justifican la puntuación otorgada y ordenando "retrotraer las actuaciones a la fase de concurso para que el tribunal calificador, motivadamente, asigne a los méritos relacionados con su ejercicio profesional previo los puntos que procedan conforme al baremo del anexo II de la orden de convocatoria y, luego, resuelva en consecuencia"¹⁵.

Desde la perspectiva de los tribunales calificadores, la validez de su actuación habrá de ser medida según lo establecido en las normas que regulen las convocatorias, de forma que, si estas exigen formalizar los dictámenes o calificaciones mediante la expresión de la puntuación que exteriorice su juicio técnico, tal puntuación es bastante para que pueda ser considerada formalmente correcta la actuación de evaluación técnica y no podrá reprochársele, desde un punto de vista formal, que no vaya acompañada de una explicación o motivación complementaria¹⁶.

14 LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración pública: conforme a la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

15 STS 30 noviembre 2015, Rec. 2422/2014 FJ 7.

16 STS 27 junio 2012, Rec. 5778/2011, FJ 6; STS 6 mayo 2009, Rec. 2677/2007, FJ 6; STS 14 julio 2000, Rec. 258/1997, FJ 4.

Por otra parte, desde la perspectiva del órgano administrativo que resuelve, la decisión administrativa que pone fin al procedimiento selectivo para así cumplimentar la motivación debe, por un lado, recoger la realizada por el tribunal calificador y, por otro lado, a lo que está obligado, según el párrafo 2 del artículo 35 de la LPAC, es a acreditar los fundamentos de la resolución adoptada. Y por lo que se refiere a esa acreditación de fundamentos que expresamente establece, no está referida a los dictámenes de tribunal calificador, sino a la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento de selección. Por ello, en supuestos en los que se prevea la realización de determinadas pruebas y la valoración del currículum de los aspirantes expresados en una puntuación señalada para cada uno de ellos, dicha puntuación, expresada en el acta correspondiente, constituye la motivación del acto final de calificación y evaluación, que es recogida por la Administración convocante en la resolución que pone fin al procedimiento y que debe también fundamentar¹⁷.

En virtud de todo ello, podemos constatar que el órgano de selección cumple en principio con expresar la puntuación que exteriorice su calificación si las normas reguladoras de la actuación no exigen nada más y si a lo largo del procedimiento administrativo el interesado no ha reclamado especial motivación con relación a algún particular específico de su evaluación. También es conveniente apreciar que si las normas reguladoras de la actuación de los órganos calificadores omitiesen la necesidad de que deben motivar sus evaluaciones, ello no excluye la posibilidad de su exigencia, pero tal omisión lleva aparejada la consecuencia de que ahora es el interesado quien tendrá la carga de reclamarla. Y si, a pesar de reclamárselo expresamente el interesado, el tribunal no atiende a su petición, que, recordemos, consiste en un principio en expresar la puntuación que exteriorice la calificación, entonces le será reprochable formalmente el vicio de falta de motivación. De otro lado, la resolución del órgano administrativo, además de recoger la motivación del tribunal calificador, debe fundamentarla. Los fundamentos de la resolución no sólo se circunscriben a los fundamentos formales –competencia para adoptarla y observancia del procedimiento–, sino también los fundamentos materiales, es decir, los criterios en que se fundó la decisión selectiva acordada.

4.2 El tránsito de la inexigibilidad a la obligatoriedad de la motivación en los nombramientos de libre designación

La libre designación con convocatoria pública, tal como la denomina el artículo 80 del TREBEP, se aplica para cubrir los puestos de especial responsabilidad y confianza a cuyo efecto las leyes de desarrollo del estatuto establecerán los criterios oportunos, y consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto. La doctrina entiende que las características intrínsecas de esta técnica hacen de ella la negación práctica del principio de mérito y capacidad, manifestando la dudosa constitucionalidad de la libre designación desde la perspectiva de los principios de igualdad, mérito y capacidad, y los principios de objetividad e imparcialidad¹⁸.

La singularidad de estos nombramientos se basa en la existencia de un motivo de confianza que la autoridad facultada para la designación ha de tener en la persona designada y que sólo

17 STS 14 julio 2009, Rec. 5054/2006, FJ 5; STS 26 febrero 2008, Rec. 3629/2006, FJ 4.

18 STC 207/1988, de 8 de noviembre; STC 235/2000, de 5 de octubre. FUENTETAJA PASTOR, J. A., *Pasado, presente y futuro de la Función Pública*, cit., pp. 350-354.

puede apreciar esa misma autoridad que verifica el nombramiento”¹⁹. La ley sólo prevé que el órgano competente para el nombramiento podrá recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos, mientras que el RD 364/1995 establece que “las resoluciones de nombramiento se motivarán con referencia al cumplimiento por parte del candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria, y la competencia para proceder al mismo. En todo caso, debe quedar acreditada, como fundamento de la resolución adoptada, la observancia del procedimiento debido”.

En lo relativo a concretar los puestos de trabajo que podrán ser provistos mediante esta técnica, la jurisprudencia ha señalado que “no basta la mera inclusión en la relación de puestos de trabajo para que un puesto haya de ser cubierto por libre designación, sino que es preciso demostrar y no solo motivar formalmente que, en efecto, dicho puesto no puede ser cubierto por los procedimientos ordinarios de provisión, dada su especial responsabilidad.”²⁰

Atendiendo al examen de la motivación del sistema de libre designación como fórmula de provisión de los puestos de trabajo, de entrada, partimos de que, pese a que la motivación se ha entendido como instrumento de control de los actos discrecionales para evitar vicios que atenten a la legalidad del acto como la arbitrariedad, hay sectores en los que el control se atenúa produciéndose en algunos casos una total autorrestricción; tal es el caso de los nombramientos de libre designación.

La doctrina jurisprudencial consolidada hace más de una década rompe con la doctrina tradicional sustentada en la autorrestricción en el control de la motivación de las decisiones sobre libre designación y libre cese en determinados puestos públicos; y así, de afirmar de forma incondicionada la ausencia de una obligación de motivación suficiente, se pasa a exigir una motivación extensa determinando los propios tribunales el contenido específico que ha de incluir para considerarse lícita.

La jurisprudencia mayoritaria tradicional venía apostando por una absoluta innecesidad e inexigibilidad de motivación en los nombramientos discrecionales para cargos jurisdiccionales, como fiscales y magistrados del Tribunal Supremo, y funcionariales de libre designación. Tales supuestos se entendían como una categoría singular de actos discrecionales, en los que la resolución administrativa, al invocar las normas que la facultan para la libre designación, llevaba implícita la motivación de que la persona designada tiene la confianza de la autoridad a quien la ley le otorga la potestad para la libre provisión del cargo²¹. Esta invocación de los preceptos que atribuían la potestad discrecional bastaba para entender cumplida la exigencia de justificar las decisiones, no existiendo, por tanto, una obligación formal de motivación.

El Tribunal Supremo señaló en un primer momento, en supuestos de nombramientos aludidos, como el de presidente de una audiencia provincial, que “esa discrecionalidad técnica, equivalente a libre designación, ofrece peculiaridades y singularidades en orden a su motivación que merecen un tratamiento particularizado”, justificando la innecesidad de que el Consejo General del Poder Judicial motive las propuestas de nombramiento para la provisión de aquellos destinos de la carrera judicial cuya cobertura es de naturaleza discrecional, basándose en dos argumentos: uno, considerar que tales nombramientos se fundan

19 STS 17 diciembre 2002, Rec. 1418/2000.

20 STS 18 marzo 2008, STS 21 enero 2008.

21 SAN 21 febrero 2002, Rec. 102/2001, FJ 3; STS 11 enero 1997, Rec. 424/1995, FJ 6; STS 18 mayo 1991, RJ 1991/4120, FJ 4.

en motivos intrínsecamente insusceptibles de un control jurisdiccional, es decir, motivos de confianza –de lo que se infiere que el Tribunal Supremo califica los cargos judiciales de designación discrecional como cargos de confianza– y, dos, el carácter colegiado del órgano del que ha emanado el acto discrecional cuya motivación se pretende²².

Ambos tipos de nombramientos, los relativos a altos cargos del poder judicial y los de libre designación, siguieron esta misma línea interpretativa hasta la aparición de la controvertida Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006, que los escindió en lo referente a la exigencia de motivación²³. Por un lado, la sentencia puntualiza, en relación con los primeros, que no los considera puestos de libre designación y reivindicando un control de tales decisiones que “no pueden ser fruto de un voluntarismo inmotivado”, y, por otro lado, respeta la peculiaridad de los nombramientos de puestos designados por libre designación. Esta sentencia, conocida como del caso Gómez Bermúdez, relativa al nombramiento del presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cambia el eje de los nombramientos de altos cargos del poder judicial de la confianza al mérito y a la capacidad, cobrando especial protagonismo la motivación que le corresponde fundamentalmente a la Comisión de Calificación, que es la que eleva al pleno un informe con la propuesta de nombramiento, aunque admite también la motivación que resulta del expediente y del acta de la sesión de debate previa a la votación del pleno.

Aparte de proclamar la obligación de motivación, la sala establece el sentido y el alcance de la motivación, señalando que “lo relevante es, en primer lugar, que la comisión informó circunstanciadamente de los méritos que concurren en los candidatos y de las razones que apoyan su propuesta; en segundo lugar, que el pleno pueda manejar y valorar todos los elementos necesarios para formar su criterio con plenitud de conocimiento y, en tercer lugar, que la decisión adoptada se apoyó en razones asequibles desde la perspectiva del mérito y capacidad”. En sentencias posteriores se añaden más requisitos avanzando en la exigencia de una adecuada motivación, como la fechada el 27 de noviembre de 2007, en la cual el Tribunal Supremo deja apuntado que “la motivación debe expresar los méritos considerados prioritarios, debe poner de manifiesto cuáles son las fuentes de conocimiento que se han manejado para identificar los méritos y, finalmente, debe mostrar que se ha realizado una comparación o contraste de las diferentes trayectorias de los candidatos, identificando cuáles son las características que reúnen las personas nombradas y que justifican su elección”²⁴.

22 STS 30 noviembre 1999, Rec. 449/1997. Esta sentencia ha sido objeto de un análisis crítico por BACIGALUPO SAGESSE, M., “En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?”, cit., p. 415, al cual, aunque no duda del carácter discrecional de la provisión de determinados destinos de la carrera judicial, no le resulta convincente ninguno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo que sostienen la innecesariedad de la motivación. Para este autor los cargos judiciales no son de confianza, no radicando la discrecionalidad en poder elegir entre fundar el nombramiento en una valoración de los méritos de los aspirantes o fundarlo sólo en motivos de confianza, sino tan sólo en el carácter no reglado de aquella valoración de la que no cabe prescindir. El contenido de la motivación exigible en los nombramientos de carácter discrecional, en opinión del autor, debe recoger qué méritos tomó en consideración el órgano selectivo y cómo los valoró en relación con cada uno de los aspirantes.

23 STS 29 mayo 2006, Rec. 309/2004. Es interesante destacar, como apunta DESDENTADO DAROCA, que “en el voto particular a la sentencia, aunque se discrepa de la calificación del sistema de selección y se sigue considerando que este es el de la libre designación, existe una coincidencia básica y de extraordinaria importancia con el parecer mayoritario, porque el voto particular se separa también de la doctrina anterior y afirma que la confianza no debe entenderse como una confianza personal o ideológica, sino como una confianza en la idoneidad, mérito y capacidad del candidato para el desarrollo del puesto de trabajo”. *Vid.* DESDENTADO DAROCA, E., “Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 139, 2008, p. 560.

24 STS 27 noviembre 2007, Rec. 407/2006. *Vid.* DESDENTADO DAROCA, E., “Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico”, cit., pp. 565-567, que ofrece una valoración crítica acerca de los votos particulares de dicha sentencia.

Posteriormente a todos estos fallos jurisprudenciales aludidos, la exención de la obligatoriedad de la motivación ha sido de nuevo tambaleada y derrocada por recientes pronunciamientos que enarbolan la obligatoriedad de esta, incluyendo a los nombramientos de libre designación, con el cumplimiento de reflejar ya no sólo lo previsto en el precepto reglamentario correspondiente –artículo 56.2 RGIPPT–, que recordamos se refiere al cumplimiento por el candidato elegido de los requisitos y las especificaciones exigidas en la convocatoria y la competencia para proceder al nombramiento, sino también al hecho de que la motivación debe incluir “los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento y cuáles son las cualidades o condiciones personales y profesionales que han sido consideradas en el funcionario nombrado para apreciar que aquellos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes”²⁵.

Pese a que ya había vaticinado el Tribunal Supremo que este es un tema “complejo y problemático”, “sobre el cual la jurisprudencia se halla en tránsito, entendido este término con el significado de que es probable que todavía no haya arribado a una conclusión firme y consolidada”²⁶, somos conscientes de que esta nueva jurisprudencia deja latente que la libertad legalmente reconocida para estos nombramientos discrecionales no es absoluta, sino que tiene unos límites mínimos reflejados constitucionalmente en los artículos 9.3, 23.2 y 103.3, que se traducen, a su vez, en una serie de exigencias de carácter sustancial y formal, siendo la motivación un claro exponente de estas últimas.

El carácter excepcional del sistema de libre designación exige no sólo una motivación suficiente que justifique la elección del mismo en atención a la naturaleza de las funciones atribuidas al puesto de trabajo²⁷, sino que también requiere de una motivación reforzada, que, por un lado, exprese las razones que justifiquen su elección frente al mecanismo normal del concurso de méritos y, de otro, la motivación de la idoneidad del seleccionado, en especial en relación con el personal al servicio de las corporaciones locales en asuntos relativos a puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional²⁸. El informe de idoneidad que se emita ha de satisfacer, por tanto, el canon de motivación que impone la más moderna doctrina jurisprudencial sobre el deber de motivación en los nombramientos funcionariales por el procedimiento de libre designación, “identificando claramente la clase de méritos considerados prioritarios para el nombramiento y las concretas circunstancias consideradas en la persona nombrada”²⁹.

Finalmente, observamos que, si el nombramiento por libre designación constituye el ejercicio de una potestad discrecional, basada en la existencia de un motivo de confianza, también el cese se caracteriza por esa discrecionalidad fundamentada en la falta de confianza, sin que sea en un principio necesaria motivación alguna, como ha manifestado la jurisprudencia, entendiendo que la simple expresión del ejercicio de la facultad discrecional era el verdadero fundamento, bastando simplemente con indicar la competencia que la autoridad tiene para

Vid. también sobre esta sentencia IGARTÚA SALAVERRÍA, J., “Otra vez sobre nombramientos de altos cargos judiciales: la Sala 3ª del Tribunal Supremo retoma el rumbo”, *Revista Vasca de Administración pública*, n. 80, 2008, pp. 211-232.

25 STS 30 septiembre 2009, Rec. 28/2006, FJ 5; STS 19 octubre 2009; STS 3 diciembre 2012, Rec. 339/2012, FJ 6.

26 STS 3 marzo 2005, Rec. 260/2004, FJ 4.

27 STS 30 mayo 2013, Rec. 2398/2012, FJ 3.

28 STSJ (Val.) n. 599/2014, 30 septiembre, FJ 3.

29 STSJ (País Vasco) n. 530/2014, 30 octubre, FJ 4.

adoptarla, tal como se prevé en el artículo 58.1 del RD 364/1995 y diferenciando así, de una manera u otra, entre la motivación necesaria para el nombramiento y la que resulta exigible para el cese, siendo más rigurosa con la primera dado que se produce una libre concurrencia de aspirantes a un mismo puesto/s que hace necesaria la puesta de manifiesto de las razones por las que uno de ellos debe ser elegido con preferencia a los demás, y siempre sin desconocer la esencia de esta excepcional forma de selección presidida por la nota de la confianza para ocupar puestos relevantes que exigen especial cualificación y conllevan responsabilidad³⁰.

No obstante, algún que otro pronunciamiento se observa decantándose por la idea de que el tenor literal del precepto reglamentario aludido no impide, en absoluto, “la existencia de motivación acerca de otros aspectos del acto impugnado ajenos a la competencia para dictarlo, ya sean reglados o discrecionales”³¹, y es curioso ver cómo en recientes declaraciones jurisprudenciales de ámbito autonómico se declara que “la decisión de destituir al interesado, aunque entraña el simple ejercicio de la potestad esencialmente discrecional de la Administración, debe conllevar siquiera mínimamente una motivación, como resulta exigible a todo acto administrativo. El cese en un puesto de trabajo de libre designación requiere una motivación específica, precisa y de significado racional que puede ser sucinta pero al menos suficientemente informativa para el interesado sobre la causa del cese”³².

Por un lado, se defiende que la decisión de cese debe motivarse adecuadamente indicando cuáles son los criterios objetivos de interés público que avalan el cese y “no puede consistir en una decisión arbitraria o basada en meros motivos de preferencia subjetiva”³³, entendiéndose que “la facultad discrecional que se ejercita no ha de discutirse, la Administración incurriría en arbitrariedad cuando sin motivación alguna decide destituir de aquella plaza al inicialmente nombrado de forma discrecional”³⁴, y por otro, a su vez, se insiste en que, justificado el nombramiento por libre designación en la confianza, “es evidente que la resolución de cese por pérdida de la confianza ha de exponer los hechos y fundamentos de dicho cambio de criterio en la medida en que se priva al funcionario del desempeño de un puesto de trabajo que ocupaba con carácter definitivo, por el sistema de libre designación”³⁵.

En definitiva, la nueva tendencia en los supuestos de cese de nombramientos de libre designación desemboca en un interés por acompañar la decisión del cese con su respectiva motivación, pues el hecho que la plaza ocupada lo sea por libre designación no significa que el funcionario que la cubre pueda ser destituido por pérdida de confianza si no existen razones o causas suficientes que justifiquen esa decisión, razones que han de ser explicadas en el momento de la destitución.

30 SAN, 9 mayo 2006, Rec. 575/2004, FJ 3; STSJ (Murcia) n. 278/2002, 10 mayo, FJ 2; STS 3 abril 1992, Rec. 6690/1990, FJ 3.

31 JCA 15 junio 2001, Rec. 66/2000, FJ 4.

32 STSJ CAT n. 119/2014, de 11 febrero, FJ 5 y 6.

33 STSJ (Cat.) n. 1301/2013, de 11 diciembre.

34 STSJ (Cat.) n. 1062/2013, de 18 octubre.

35 STSJ (Cat.) n. 1194/2013, de 14 noviembre.

4.3 La motivación como límite de la cláusula de necesidad que justifica la aplicación de un sistema extraordinario de provisión

La Administración puede adoptar medidas extraordinarias para garantizar un funcionamiento normal y eficaz de los servicios si surgen en el seno de la organización administrativa o del servicio unas especiales circunstancias o problemas cuya resolución resulta imposible cubrir con los sistemas ordinarios³⁶. La aplicación de los sistemas extraordinarios de provisión viene determinada por circunstancias que de forma eventual surgen una vez elaboradas las relaciones de puestos de trabajo y que tienen como finalidad dar una satisfacción eficaz a las necesidades del servicio, de lo que se deduce que la cláusula de necesidad justifica la actuación administrativa cobrando especial protagonismo la motivación al ser preciso constatar y contrastar la existencia de una situación de necesidad. El papel de la motivación no queda relegado a un segundo plano y, dependiendo de la categoría en que estemos, adquirirá mayor o menor fuerza.

La simple necesidad del servicio es una causa que da lugar a que la Administración proceda al traslado de sus funcionarios o a la redistribución de efectivos y de la que se exige que sea explicitada de algún modo, sirviendo tal explicación de motivación a su actuación y permitiendo a su vez el control de dicha potestad con la finalidad de no incurrir en desviación de poder ni en arbitrariedad. La redistribución es un medio de optimización de recursos que precisa de un procedimiento al efecto y una resolución concreta y debidamente motivada que dé cuenta de las razones de optimización que justifican el cambio de destino. No se admiten como válidas aquellas motivaciones basadas en la mera referencia al procedimiento de redistribución de efectivos³⁷, y mientras en algunos supuestos se permiten como fundamentación suficiente para acordar la redistribución de efectivos las referencias reglamentarias y los datos de identificación de los respectivos puestos de trabajo, en otros, en cambio, es insuficiente la invocación de fórmulas estereotipadas sin mención expresa de los hechos determinantes de la decisión³⁸.

Por otra parte, la necesidad urgente de cubrir una vacante constituye el fundamento de la aplicación de algún supuesto de comisión de servicio, entendiendo la urgencia no como un concepto autónomo, sino como una "categoría específica de la necesidad"³⁹. Exento el ordenamiento de parámetros claros, la Administración debe apreciar las circunstancias, correspondiendo a los tribunales su control *a posteriori* y, para que este control sea efectivo, se le exige a la Administración exteriorizar tales causas mediante la motivación. La comisión de servicios queda restringida a los supuestos de urgente e inaplazable necesidad que deberá ser motivada.

Las comisiones de servicio aparecen configuradas como "una adscripción temporal cuyo fundamento y finalidad radica en la necesidad urgente de cubrir un determinado puesto de trabajo, en función de las circunstancias objetivas que concurren en el mismo, correspondiendo a la Administración la ponderación de las circunstancias de la conveniencia del

36 LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración pública: conforme a la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pp. 720 y ss.; FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X., *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, INAP, Madrid, 2002.

37 STSJ (And.) n. 2494/2011, 24 octubre, FJ 2; STSJ (And.) n. 29/2007, 12 enero, FJ 2.

38 STSJ (Cat.) n. 298/1998, de 1 abril, FJ 4; STSJ (Canarias) n. 399/2000, de 6 abril, FJ 4.

39 ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996, p. 576.

nombramiento de los funcionarios en las comisiones de servicio y, por lo tanto, conllevan que la necesidad de motivación del acuerdo por el que se dispone el cese del funcionario se reduzca al mínimo”⁴⁰.

La exigencia de una motivación suficiente que comprenda no sólo la existencia de circunstancias extraordinarias que determinan la inaplazable necesidad de cubrir una plaza vacante, sino también la imposibilidad de que dicha cobertura pueda producirse por medio de uno de los sistemas ordinarios, son requerimientos que no pasan desapercibidos por nuestros tribunales⁴¹, al insistir en la necesidad de motivar y explicitar de forma adecuada la concurrencia de las circunstancias de naturaleza extraordinaria que determinan la urgente necesidad de acudir a la comisión de servicios⁴². Se exige sin reserva alguna hacer públicos los listados de los puestos de trabajo que estén cubiertos en régimen de comisión de servicios o se prevea que vayan a estarlo, al no ser una forma de provisión de puestos de trabajo, sino una forma de provisión de vacantes de carácter temporal y excepcional, obligando por tanto a que “la Administración motive de forma escrupulosa las razones de extraordinaria urgencia y necesidad”⁴³.

De otro lado, la alteración del contenido del puesto de trabajo puede ser el fundamento de aplicación de otra forma de provisión, siempre y cuando dicha alteración tenga tal entidad que afecte al normal funcionamiento del servicio. Tal es el caso de la remoción del puesto de trabajo proveído mediante concurso si se dan las circunstancias previstas tanto en la ley como en el reglamento, que deben quedar justificadas y exteriorizadas⁴⁴; de ahí el papel significativo de la motivación en el expediente contradictorio que se origina, pues se exige tanto a la propuesta de remoción formulada por el titular del centro directivo como a la resolución definitiva que comportará si procede el cese del funcionario, dando lugar su ausencia en múltiples ocasiones, como ha señalado la jurisprudencia, a anular las decisiones administrativas adoptando la remoción⁴⁵. Si la causa consiste en la falta de capacidad del funcionario para el desempeño del puesto manifestada por “rendimiento insuficiente que no comporte inhibición y que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto”, se entiende que la motivación ha de señalar las razones y los hechos por los que se considera que el funcionario manifiesta un rendimiento insuficiente determinante de su falta de capacidad sobrevenida, pues no basta la apreciación subjetiva del superior si no concurren los hechos o circunstancias determinantes del supuesto legal. Se da la posibilidad de que un funcionario sea removido de un puesto de trabajo por falta de capacidad manifestada por el propio titular iniciando él mismo el procedimiento de remoción, admitiéndose que el órgano administrativo haga suyas las razones que sustenten la posible remoción mediante la necesaria propuesta motivada⁴⁶.

40 STSJ (Mad.) n. 10226/2010, 19 octubre, FJ 3.

41 STSJ (Asturias) n. 165/2000, 25 febrero.

42 STSJ (Islas Canarias) n. 13/2016, FJ 1; STSJ (Navarra) 29 junio 2000, Rec. 1202/1997, FJ 3; STSJ (Cat.) n. 1004/1999, 11 noviembre, FJ 1.

43 STSJ (País Vasco) n. 203/2012, 22 octubre, FJ 7.

44 SAN 29 mayo 2013, Rec. 22/2013, FJ 11.

45 SAN 27 junio 2013, Rec. 11/2013, FJ 1.

46 Acuerdo Comisión Superior de Personal, 26 abril 1990.

5 El empleo de fórmulas con signos numéricos

La complejidad de la materia objeto del acto administrativo va a determinar la extensión de la motivación, que variará en función de las circunstancias del caso, dejando patente la versatilidad de la misma. Tal realidad no ha de comportar, en modo alguno, la exención de motivación, o la devaluación de tal exigencia, sino que, por el contrario, ha de estimular la búsqueda de fórmulas concretas de exteriorización de las razones de la decisión, que sean específicas en relación con el destinatario del acto administrativo. La reflexión sobre ellas confirma que las fórmulas convencionales o estereotipadas se admiten como motivación, en determinadas ocasiones, con cierta cautela en supuestos relativos a materia de extranjería y de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial, en los que se hace uso de impresos normalizados y generalizados para justificar determinadas decisiones administrativas, siempre que puedan conocerse las razones y criterios esenciales que sirven de soporte a la decisión administrativa adoptada, mientras que la opción por fórmulas con signos alfa-numéricos gozan de una aceptación más afianzada, en especial en procedimientos de concurrencia competitiva.

De forma particular, la motivación con signos numéricos es un supuesto bastante singular que goza de una admisión más generalizada y consolidada, en procedimientos selectivos. La actuación de los órganos calificadoros en tales procedimientos se limita en muchos supuestos a expresar la puntuación que exterioriza su juicio técnico, admitiéndose como correcta y suficiente cuando las normas de regulación de la actuación del tribunal calificador, constituidas por las bases de las convocatorias, no exijan más que dicha puntuación.

En virtud de lo expuesto, si bien la admisión y aceptación de signos numéricos como fórmula empleada que sirva de motivación no plantea dilema alguno por parte de los operadores jurídicos, la cuestión que nos atañe se cierne en el hecho de si, en el ámbito de procedimientos selectivos de la función pública, la mera asignación de puntos sin fundamentación alguna es considerada como motivación válida y suficiente o si se requiere, por tanto, una explicación detallada de la puntuación asignada para entender cumplida dicha exigencia legal.

5.1 La mera puntuación en un procedimiento selectivo constituye la motivación del acto final de calificación y evaluación

En un principio, la calificación numérica ha servido como forma de medir o valorar el resultado de las pruebas en los procesos selectivos, tal como se deduce de la doctrina legal establecida a raíz de la sentencia de 5 de julio de 1996, referente a la labor evaluadora de los órganos especializados de la actividad investigadora cuando afirma, en relación con la motivación, que "las decisiones de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora están suficientemente motivadas, aunque no manifiesten explícitamente las razones por las que valoran negativamente un período o períodos de investigación, cuando hacen suyas las puntuaciones asignadas por los comités asesores al valorar globalmente el conjunto de las aportaciones en cada uno de los criterios objeto de evaluación"⁴⁷.

Declaraciones jurisprudenciales posteriores adoptaron la doctrina transcrita en relación con la valoración de la actividad investigadora en las que se excusa a la Comisión Nacional

47 STS 5 julio 1996, Rec. 5236/1994, FJ 6.

Evaluadora de la Actividad Investigadora de exponer su juicio valorativo aunque este escape efectivamente al control de los tribunales, salvo casos excepcionales, por el hecho de haber aceptado el informe de un órgano constituido para su asesoramiento, integrado por miembros de la comunidad científica, cuya actuación se ha ajustado a las prescripciones legales dispuestas al efecto, que autorizan para traducir las valoraciones globales del conjunto de las aportaciones en una puntuación matemática referida a unos criterios de evaluación prefijados en dicha normativa⁴⁸. Igualmente, la calificación numérica es admitida como motivación válida en un asunto relativo a unas oposiciones a auditores para el Tribunal de Cuentas, en el que se resalta que, “cuando las normas reguladoras de la actuación de los órganos calificadores no exijan más que dicha puntuación, el órgano calificador cumplirá con limitarse a exteriorizarla, y no podrá rechazarle, desde un punto de vista formal, el que no la haya acompañado de una explicación o motivación complementaria”⁴⁹.

En sucesivos pronunciamientos, el Tribunal Supremo deja constancia de la admisión de la simple puntuación como motivación válida referente a una temática variada como el acceso a plazas de médicos especialistas⁵⁰ y convocatoria de proceso selectivo para grupos de acción local para la iniciativa comunitaria de desarrollo local Leader⁵¹, entre otras.

5.2 La simple puntuación asignada como motivación requiere de una explicación detallada

En determinadas ocasiones, la jurisprudencia ha mantenido que la exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones, insistiendo en que la mera expresión numérica es insuficiente para conocer si los criterios de valoración han sido correctamente apreciados. A través de sus pronunciamientos ha ido reflejando la evolución que ha experimentado la cuestión de la discrecionalidad técnica en lo que concierne a la necesidad de motivar el juicio técnico, apostando por un contenido mínimo de la motivación que incluya los criterios de valoración cualitativa y por qué la aplicación de tales criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás, no bastando por tanto con la simple asignación numérica⁵².

La doctrina legal anteriormente apuntada, que permite la motivación por puntuación cuando el órgano evaluador hace suyas las puntuaciones asignadas por el órgano técnico, ha sido objeto de análisis y de diferentes interpretaciones jurisprudenciales que la han precisado y delimitado, puntualizando que dicha doctrina se circunscribe a los requisitos de la motivación que ha de tener la resolución del órgano que evalúa o califica; no así a los que son exigibles a las propuestas del órgano técnico⁵³. La propuesta de este órgano ha de reunir

48 STSJ (Mad.), n. 10144/2009, 22 octubre, FJ 4; STSJ (Cant.) n. 679/2006, 17 noviembre, FJ 5; STSJ (Murcia) n. 616/2005, 14 julio, FJ 3; STSJ (Mad.) n. 827/2004, 24 mayo, FJ 6; STSJ (Mad.) n. 773/2004, 20 mayo, FJ 6; STSJ (Mad.) n. 1237/2002, 22 octubre, FJ 4; STSJ (Mad.) n. 636/2002, 28 mayo, FJ 6; STSJ (And.) 4 octubre, Rec. 439/2000, FJ 4; STSJ (And.) n. 2408/1998, FJ 2.

49 STS 14 julio 2000, Rec. 258/1997, FJ 6.

50 STS 16 septiembre 2009, Rec. 4484/2006, FJ 1; STS 21 julio 2009, Rec. 2351/2006, FJ 1 y 6; STS 9 junio 2008, Rec. 5499/2007, FJ 4; STS 22 enero 2008, Rec. 3615/2004, FJ 2; STS 15 enero 2008, Rec. 696/2005, FJ 4; STS 4 abril 2007, Rec. 9513/2004, FJ 4.

51 STS 6 mayo 2009, Rec. 2677/2007, FJ 7.

52 STS 16 marzo 2015, Rec. 735/2014, FJ 6; STS 24 septiembre 2014, Rec. 1375/2013, FJ 7; STS 26 junio 2014, Rec. 2399/2013, FJ 5; STS 4 junio 2014, Rec. 376/2013, FJ 5; STS 12 marzo 2014, Rec. 23/2013, FJ 4; STS 18 diciembre 2013, Rec. 3760/2012, FJ 6.

53 STSJ (La Rioja) n. 270/2013, 21 noviembre FJ 3; STSJ (Castilla y León) n. 700/2012, 10 abril, FJ 3; STSJ (Castilla y León) n. 1868/2009, 29 julio, FJ 2; STSJ (Galicia) n. 312/2006, 29 marzo, FJ 3.

una motivación suficiente que permita al demandante conocer las razones que llevan a la Administración a desestimar la petición de valoración positiva de la actividad realizada por el mismo. La valoración que se hace de un concursante, mediante la asignación de una puntuación concreta, no equivale a la motivación: eso es la decisión misma y no la motivación. Esta postura confunde claramente lo que es la motivación y lo que es la decisión del órgano administrativo. La motivación es un elemento fundamental para que el interesado pueda ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva, pues sólo conociendo los motivos podrá combatirlos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La motivación por remisión que hace el órgano sustantivo que evalúa y califica al informe del comité asesor se entiende como motivación válida siempre y cuando el informe del citado comité incorpore las razones por las que emite una determinada calificación⁵⁴. El hecho de afirmar que la exigencia de motivación se satisface meramente dando a conocer la puntuación otorgada por el comité asesor significa dar un paso atrás en la construcción del derecho administrativo como un sistema de reglas y principios a los que se tiene que someter la Administración en la gestión de los intereses públicos.

Por otra parte, la práctica administrativa de incorporar en las resoluciones denegatorias de los reconocimientos de sexenios de investigación a los profesores universitarios los informes emitidos por el comité asesor, consistentes en una puntuación numérica sin incluir las razones de la evaluación correspondiente que impiden al afectado conocer los motivos por los que se deniega el reconocimiento del correspondiente sexenio, no sólo han provocado controversias jurisprudenciales sino que también plantea ciertos interrogantes doctrinales por el hecho de no otorgar relevancia a la ausencia de la motivación de las resoluciones de la Comisión Nacional de Evaluación, y, por tanto, no permiten conocer las razones que justifican la puntuación, ni defenderse frente al fundamento de la resolución ni lograr el control judicial y la anulación de tal resolución, lo que pone en jaque lo previsto en artículos tan significativos como el 9.3, 24 y 106.1 de nuestra Constitución. Tales interrogantes son respondidos con una interpretación razonable y ponderada que permite estar conforme con los preceptos aludidos por la autora DESDENTADO DAROCA al manifestar que para entender la doctrina del Tribunal Supremo hay que distinguir entre motivación externa, que ha de aparecer en la resolución que se notifica al particular, y motivación interna, la cual puede producirse en la resolución, en los informes a los que se remite la resolución, en otros documentos del expediente o en un momento posterior. Considera que el verdadero escollo en materia de sexenios de investigación se encuentra en la imposibilidad de conocer la justificación de la resolución y no propiamente la ausencia o insuficiencia de la motivación externa que acompaña al acto y que la norma permite que sea sucinta⁵⁵.

En todos estos supuestos en los que la motivación carece de los criterios y razones mencionados se ha declarado que “no es posible discernir si el juicio técnico plasmado en la puntuación o calificación aplicada se ha movido dentro de los márgenes de apreciación que resultan tolerables en muchas ramas del saber especializado o, por el contrario, ha respondido a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de total justificación técnica, como tampoco puede constatararse si ese mismo juicio fue o no igualitario.

54 STS 3 julio 2015, Rec. 294/2013, FJ 9.

55 DESDENTADO DAROCA, E., “Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico”, cit., pp. 101-103.

Y, por ello, no se ofrecen al interesado los elementos que le resultan imprescindibles para que pueda articular debidamente, con plenitud de su derecho de defensa, la impugnación jurisdiccional que quiera plantear frente a la calificación o puntuación que le haya resultado lesiva para sus intereses”⁵⁶.

La motivación se presenta como un elemento decisivo en el control jurisdiccional de la discrecionalidad sin que quepa confundir, como ha quedado reflejado jurisprudencialmente, “la discrecionalidad de que pueda gozar la Administración en la fijación de la baremación de los distintos criterios que constituyen las normas del concurso frente a la ausencia de discrecionalidad en la asignación de la puntuación con arreglo a los distintos criterios establecidos”⁵⁷; de ahí que se declare que para que dicha discrecionalidad sea controlada jurisdiccionalmente y respete la interdicción de la arbitrariedad, se exija la oportuna motivación, siendo “insuficiente la mera asignación de puntuaciones sin fundamentación alguna”⁵⁸.

La explicación de todo ello trae causa de la evolución jurisprudencial que de forma paralela se ha dado en relación con la discrecionalidad técnica y con la necesidad de motivar el juicio técnico; de ahí que se constate que, en los supuestos en que el órgano evaluador haga suyas las puntuaciones del comité asesor, tales puntuaciones servirán como motivación siempre y cuando se hayan incorporado al informe de dicho Comité las razones de las determinadas y específicas calificaciones, optando de forma ineludible por una exposición razonada de los criterios justificativos, en especial cuando el interesado reclame la motivación de la calificación y cuando el informe técnico únicamente contenga una cifra numérica sin añadir una explicación relevante.

La preferencia de la motivación por puntuación de manera clara y detallada en la que quede constancia de los criterios empleados y las razones aportadas frente a una mera indicación de la misma se va implantando de forma generalizada en los procedimientos selectivos de la función pública y la consolidación de una línea jurisprudencial que reclama de los órganos una motivación que no se limite a la expresión de una puntuación o calificación sino que ofrezca las razones que han conducido a ella cuando sea objeto de reclamación, es cada vez más notoria⁵⁹. De ahí que se inadmita como válida la motivación por puntuación practicada al entenderse que hay ausencia total de la misma si se demuestra que las calificaciones se emitieron sin explicar tanto los criterios cualitativos que fueron establecidos o seguidos para valorar el acierto o desacierto de lo expuesto en ejercicio como la manera de cuantificar los niveles de acierto o desacierto y por qué el ejercicio del recurrente merecía el nivel concreto que exteriorizó la puntuación concreta aplicada. No se cumple, por tanto, con la obligación de motivación si el interesado no obtiene una respuesta adecuada, suficiente del motivo de la puntuación que lo llevó a la exclusión del proceso al no alcanzar la mínima exigida, no bastando para considerar motivada la calificación con comunicar la cifra o puntuación en la que haya sido exteriorizada, pues es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya dos elementos inexcusables: “los criterios singulares de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico y las razones concretas

56 STS 4 junio 2014, Rec. 376/2013, FJ 5; STS 18 diciembre 2013, Rec. 3760/2012, FJ 6.

57 STS 16 diciembre 2004, Rec. 5766/2000, FJ 6.

58 STS 24 septiembre 2014, Rec.1375/2013, FJ 7; STS 16 diciembre 2004, Rec. 5766/2000, FJ 6.

59 STS 24 marzo 2015, Rec. 1174/2014, FJ 3; STS 31 julio 2014, Rec. 2001/2013, FJ 7; STS 29 enero 2014, Rec. 3201/2012, FJ 4; STS 15 octubre 2012, Rec. 4326/2011, FJ 5; STS 27 abril 2012, Rec. 5865/2010; STS 10 abril 2012, Rec. 183/2011, FJ 4; STS 2 diciembre 2008, Rec. 376/2006, FJ 3.

por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen, en el ejercicio realizado por cada aspirante, a la puntuación concreta y calificación aplicada”⁶⁰.

De forma particular en supuestos de impugnación de una determinada calificación, se insiste en que el núcleo técnico de la discrecionalidad técnica no está en todos sus aspectos cerrado al control jurisdiccional, avalando la motivación del acto y su razonabilidad, al exigir al órgano de calificación que exponga las razones que lo llevan a rechazar las argumentaciones de queja de los concursantes, como se observa en un proceso selectivo para ingreso en el cuerpo de maestros en el que “la mera negación apodíctica del interés científico o didáctico de las publicaciones aportadas” no es aceptable como motivación, pues se limita a ser “la expresión de un mero juicio de valor de carácter estrictamente subjetivo, y no la expresión de un juicio razonado de índole objetiva, que es lo exigible en tales casos como motivación”⁶¹. En otros asuntos más específicos referentes al ingreso en la función pública docente, también resulta flagrante la ausencia de motivación ante la negativa del tribunal calificador a explicitar los razonamientos de la nota numérica concreta⁶².

Por otro lado, en otras declaraciones relativas a pruebas de personal sanitario para provisión de plazas no se considera como falta de motivación la asignación de puntuaciones siempre y cuando se cumplan los tres elementos que según jurisprudencia reiterada constituyen el contenido de la motivación, y que en el tema concreto hace referencia a “conocer el objeto de la calificación o valoración, que no fue sino el contenido del examen realizado por la recurrente; se sabe también cuál fue el criterio cualitativo seguido para decidir la calificación (el modelo de respuestas previamente aprobado por el tribunal calificador); y se explica que la razón de la puntuación finalmente otorgada fue ese mayor o menor ajuste del examen con el modelo de respuestas de que se viene hablando”⁶³.

A modo de recapitulación y a raíz de las más recientes manifestaciones jurisprudenciales que estiman insuficientes aquellas motivaciones que se limitan a asignar puntuaciones sin fundamentación alguna, exponemos en torno a la necesidad de motivar las calificaciones y las valoraciones de los méritos dos conclusiones. Primero, que cualquier aspirante afectado por las puntuaciones otorgadas tiene derecho a que le sea comunicada la motivación de las calificaciones y méritos que hayan sido aplicados por el tribunal competente, y esa comunicación es obligada para la Administración tanto cuando le haya sido solicitada por dicho aspirante como cuando este haya planteado su impugnación contra tales puntuaciones. Segundo, que no siempre bastará para entender motivada la valoración de méritos y calificaciones con comunicar la cifra o puntuación en la que haya sido exteriorizada, siendo necesario recoger los criterios de valoración o partir de la propuesta de valoración que asumirá la comisión de evaluación y que ha de contener la justificación.

En virtud de todo lo expuesto podemos constatar que en el ámbito de la función pública se continúa estimando insuficientes las motivaciones que se limitan a asignar puntuaciones sin fundamentación alguna, como se observa en recientes manifestaciones jurisprudenciales⁶⁴.

60 STS 12 marzo 2014, Rec. 23/2013, FJ 4.

61 STS 10 diciembre 2014, Rec. 3754/2013, FJ 11.

62 STS 16 marzo 2015, Rec. 735/2014, FJ 8.

63 STS 23 diciembre 2014, Rec. 3462/2013, FJ 8; STS 16 diciembre 2014, Rec. 3157/2013, FJ 7.

64 STS 11 febrero 2016, Rec. 3834/2014, FJ, 4; STS 30 noviembre 2015, Rec. 2422/2014, FJ 6.

6 La preferencia de la motivación por remisión a la propuesta de resolución

La referencia expresa y particular a los informes o dictámenes, conocida como motivación por remisión o *in allunde* y contemplada en el párrafo 6.º del artículo 88 de la LPAC, no obstaculiza que el requisito de la motivación se entienda también cumplido cuando la aceptación sea de cualquier otro acto de trámite que estuviese debidamente motivado, como puede ser la propuesta de resolución. La motivación *in allunde*, por tanto, no sólo consiste única y exclusivamente en la posibilidad de remisión a informes o dictámenes como dice literalmente la ley, sino que también abarca aquellos supuestos en los cuales el órgano administrativo sustantivo encargado de resolver se remite a la propuesta de resolución emitida por otro órgano. Esta realidad se refleja en situaciones en las cuales junto a la resolución definitiva se emite una propuesta de resolución por órganos técnicos que auxilian al órgano decisor, el cual debe asumirla o rechazarla, tal como se observa en los procedimientos selectivos en el ámbito de la función pública. En tales procedimientos, al efectuarse una actividad evaluadora o de calificación, los informes emitidos por órganos específicos adquieren especial importancia como contenido de la propuesta de resolución, que será asumida posteriormente por el órgano sustantivo competente haciendo suya, entre otras, las puntuaciones asignadas y que servirá de motivación, siempre y cuando dicho informe esté suficientemente razonado y justificado, permitiendo al afectado conocer las razones que han llevado a la Administración a adoptar la decisión final⁶⁵.

En un supuesto relativo a la extinción de la relación funcionarial, en concreto de solicitud de prórroga de la edad de jubilación, se admite como válida la motivación con atención al informe-propuesta. La petición del interesado es denegada en base de no existir particularidades organizativas y asistenciales que justifiquen su permanencia en el servicio activo según lo previsto en el informe, manifestando el tribunal competente que se exige “una motivación específica de los órganos directivos responsables de la gestión clínico-asistencial y de personal de la institución en que presta servicios el solicitante, que deberá incorporarse a un informe-propuesta”. Y aclara que no exige dos informes a emitir por los centros directivos indicados, como solicitaba el interesado, sino que es suficiente “aquella motivación a volcar en un solo informe-propuesta, que sea elaborado desde los datos de que disponen y manejan los órganos directivos responsables de la gestión clínico-asistencial y de personal de la institución...”⁶⁶.

7 La presencia innegociable de la motivación en los supuestos de pérdida de la condición de funcionario: reflejo jurisprudencial

El TREBEP enumera como causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera la renuncia, la pérdida de nacionalidad, la jubilación total del funcionario, la sanción disciplinaria de separación de servicio que tuviera carácter firme y la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviera carácter firme. De todas

65 STS 16 marzo 2015, Rec. 735/2014; STS 18 diciembre 2013, Rec. 3760/2012; STSJ (Val.) n. 275/2013, 24 abril.

66 STS 17 marzo 2016, Rec. 838/2015, FJ 1 y 3.

ellas, la jubilación como causa de terminación de la relación de funcionario público que tiene su justificación en el cumplimiento de una determinada edad mantiene una conexión directa con la motivación, como se refleja en una de sus modalidades, la jubilación forzosa. Tal situación se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad, salvo para los funcionarios que tengan normas específicas de regulación; en tales casos, la simple remisión al precepto legal serviría como motivación adecuada, pues la finalidad de la motivación no es sino permitir combatir jurídicamente el acto administrativo, y “es evidente que, si se cita la disposición legal que determina la edad de jubilación, el acto está motivado, permitiendo la defensa y tutela judicial del afectado”⁶⁷.

No obstante, el artículo 67.3 del TREBEP señala que, en los términos de las leyes de la función pública que se dicten en desarrollo del Estatuto, los funcionarios podrán solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que cumplan setenta años de edad, sobre lo que la Administración resolverá de forma motivada. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre ello precisando que la prolongación en el servicio activo es “una expectativa condicionada a que las necesidades afectantes a las administraciones hagan posible su ejercicio, recayendo sobre la misma la carga de justificarlas”⁶⁸. Pese a que en declaraciones anteriores era considerado como “un derecho subjetivo condicionado”⁶⁹, hoy se afirma que “no nos encontramos así ante el establecimiento inequívoco de un derecho, sino ante la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga”⁷⁰.

La obligación de la Administración de motivar en todo caso, tanto si es favorable como si no, la decisión sobre la prolongación de permanencia en servicio activo solicitada por el funcionario en función de unas necesidades de la organización, implica que las necesidades que se citen como fundamento de la decisión que se adopte sean ajustadas a la realidad, quedando probada su existencia⁷¹. Los criterios para la concesión o no de la prórroga, dentro de la amplia discrecionalidad del legislador para fijarlos, han de ser objetivos y aplicables a todos los funcionarios afectados, sin que pueda utilizarse para denegar la prórroga un criterio subjetivo, máxime si implica materialmente una sanción, lo que acercaría la actuación de la Administración a la desviación de poder⁷², no admitiéndose tampoco la remisión de manera genérica al Plan de Ordenación de Recursos⁷³.

Por otro lado, en los supuestos de extinción de la relación funcional por condena penal, igualmente la motivación es exigida, también de forma rigurosa para evitar de esta manera decisiones arbitrales⁷⁴.

67 STS 1 abril 2016, Rec. 3638/2014, FJ 6; STS 14 julio 2016, Rec. 3629/2014, FJ 5.

68 STS 1 abril 2016, Rec. 3638/2014, FJ 6; STS 8 febrero 2016, Rec. 3880/2014, FJ 3.

69 STS 3 diciembre 2012, Rec. 976/2012; STS 20 diciembre 2011, Rec. 6087/2010.

70 STS 16 febrero 2016, Rec. 286/2015, FJ 2 y FJ 4.

71 STS 18 julio 2016, Rec. 681/2015, FJ 4.

72 STS 4 noviembre 2015, Rec. 3014/2014, FJ 3.

73 STS 28 noviembre 2016, Rec. 2082/2015.

74 STS 14 septiembre 2015, Rec. 914/2014, FJ 4.

8 Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.
- BACIGALUPPO SAGGESE, M., "En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 107, 2000.
- CARBONELL PORRAS, E., *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- CARBONELL PORRAS, E., "Regulación de los órganos colegiados", López Menudo, F. (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Universidad de Sevilla, 2016.
- COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de derecho administrativo. Parte general*, 27.ª ed., Thomson, Cizur Menor, 2016.
- DESDENTADO DAROCA, E., "Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 139, 2008.
- IGARTÚA SALAVERRIA, J., *Discrecionalidad y motivación. Algunos aspectos teóricos-generales*, IAAP, Sevilla, 2003.
- IGARTÚA SALAVERRIA, J., "Otra vez sobre nombramientos de altos cargos judiciales: la Sala 3.º del Tribunal Supremo retoma el rumbo", *Revista Vasca de Administración pública*, n. 80, 2008.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X., *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, INAP, Madrid, 2002.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, Atelier, Barcelona, 2008.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A., "El Estatuto Básico del Empleado Público", *Revista de Administración Pública*, n. 174, 2007.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A., *Pasado, presente y futuro de la Función pública*, Civitas, Madrid, 2013.
- INAP, *Informe de la Comisión para el Estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2005.
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración pública: conforme a la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 11.ª ed., Dykinson, Madrid, 2016.

PARADA, R., y FUENTETAJA, J., *Derecho de la Función Pública*, 4.ª ed., Open, Sevilla, 2016.

SÁNCHEZ MORÓN, M., "La transparencia como principal criterio de credibilidad de la Administración. La transparencia en el ordenamiento jurídico español", Díaz Méndez, A., y Cuéllar Martín, E. (coords.), *Administración inteligente*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2007.

Regap



ESTUDIOS

A constitucionalidade da reforma do sistema de execución de sentenzas do Tribunal Constitucional español

La constitucionalidad de la reforma del sistema de ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional español*

The constitutionality of the reform of the system of execution of sentences of the Spanish Constitutional Court

53 Regap

M.ª BEGOÑA LÓPEZ PORTAS

Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España)
begonha.lopez.portas@usc.es

Recibido: 30/05/2017 | Aceptado: 20/06/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: A Lei orgánica 15/2015, do 16 de outubro, configura un novo sistema de execución das resolucións ditas polo Tribunal Constitucional español no que cobra un gran protagonismo o Goberno. Unha nova regulación que experimentou numerosas críticas xurídico-doutrinais en termos de oportunidade política, tramitación parlamentaria, extralimitación de competencias, politización ou de medida xurídica innecesaria. Neste artigo estúdanse eses cambios á luz da interpretación que realiza o propio tribunal nas súas sentenzas 185/2016 e 215/2016.

Palabras clave: sistema de execución das sentenzas do Tribunal Constitucional, LO 2/1979, LO 15/2015, STC 185/2016, STC 215/2016 e STC 259/2015.

Resumen: La Ley orgánica 15/2015, de 16 de octubre, configura un nuevo sistema de ejecución de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional español en el que cobra un gran protagonismo el Gobierno. Una nueva regulación que ha experimentado numerosas críticas jurídico-doctrinales en términos de oportunidad política, tramitación parlamentaria, extralimitación de competencias, politización o de medida jurídica innecesaria. En este artículo se estudian esos cambios a la luz de la interpretación que realiza el propio tribunal en sus sentencias 185/2016 y 215/2016.

Palabras clave: sistema de ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional, LO 2/1979, LO 15/2015, STC 185/2016, STC 215/2016 y STC 259/2015.

Abstract: The Bill 15/2015 designs a new system of execution of Constitutional Spanish Court's sentences in which the Government becomes an important protagonist. A new regulation that has suffered a lot of juridical and doctrinal critiques in terms of political opportunity, of parliamentary process, of abuse of competences, of politicization or also of unnecessary juridical measure. In this article we analyze the interpretation of these questions realized by Judgment of Spanish Constitutional Court n. 185/2016 and n. 215/2016.

* Este trabajo está actualizado a 30 de mayo de 2017 y se realiza al amparo del Proyecto de investigación DER2015-71176-R "Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuestas desde el derecho penal y derecho constitucional".

Key words: system of Judgement Execution of Spanish Constitutional Court, Bill 2/1979, Bill 15/2015, Judgement of Spanish Constitutional Court n. 185/2016, Judgement of Spanish Constitutional Court n. 215/2016 and Judgement of Spanish Constitutional Court n. 259/2015.

Sumario: 1 Introducción: el Tribunal Constitucional y la necesaria redefinición del sistema de ejecución forzosa de sus sentencias como presupuesto normativo. 2 Modificaciones introducidas por la Ley orgánica 15/2015 y la posible desnaturalización del modelo diseñado por la Constitución. 3 Elementos clave de la reforma normativa a la luz de las SSTC 259/2015, 185/2016 y 215/2016. 4 Conclusiones. 5 Bibliografía.

1 Introducción: el Tribunal Constitucional y la necesaria redefinición del sistema de ejecución forzosa de sus sentencias como presupuesto normativo

La cuestión relativa al cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional se plantea, en los últimos años, como un tema de actualidad caracterizado por su escaso tratamiento jurídico constitucional¹. Como subraya VILLAVERDE MENÉNDEZ, la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional no se consideraba un problema para la dogmática de la justicia constitucional o para el derecho procesal constitucional, al ser la mayor parte de las sentencias declarativas, por lo que, simplemente, estas se cumplían². Sin embargo, el incumplimiento de las resoluciones constitucionales presenta la necesidad de su ejecución forzosa como una actividad jurisdiccional incluida dentro de la jurisdicción constitucional³. La formulación de la inejecución de las sentencias como una verdadera expropiación del contenido del fallo se entiende como la privación singular del ejercicio de la protestad jurisdiccional que se traslada también al ámbito de la justicia constitucional, un problema al que pretende hacer frente la última de las modificaciones experimentadas por la Ley orgánica del Tribunal Constitucional español.

Como resulta lógico, antes de proceder al análisis de un tema tan actual como el de los nuevos instrumentos de ejecución constitucionales implementados para garantizar la ejecución efectiva de las resoluciones del Tribunal Constitucional español, cabe destacar una serie de cuestiones que afectan tanto al fondo como a la forma de la nueva regulación adoptada.

En primer lugar, nos suscita interés determinar si la formulación de una Ley de tal calado constitucional ha atendido a criterios de necesidad y oportunidad dado el peligro que puede plantear desde el punto de vista jurídico⁴. Es decir, debemos precisar si el anterior régimen jurídico previsto atendía a la esencia de este órgano; sólo así es posible comprender la tras-

1 Hasta ahora la inejecución de las sentencias constitucionales era contemplada por la doctrina de una manera marginal. Como ha apuntado algún autor, las razones por las que esto pudo ser así son varias, bien porque se partía de la consideración de que nos encontramos ante un supuesto de laboratorio o bien por sí, en estos casos, simplemente se plantea que la indemnización podría ser un modo de substituir el no cumplimiento de este tipo de resoluciones (Vid. FONT I LLOVET, T., *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1985, pp. 24, 154 y 155).

2 Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., "Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 38, 2016, pp. 642-643.

3 La potestad de coerción no se agota en el empleo de la fuerza, sino que esta potestad está presente en toda resolución jurisdiccional, incluso en las sentencias meramente declarativas por su propia vinculatoriedad. Ahora bien, a la luz de la Constitución debe hacerse una precisión, una distinción entre cumplimiento de sentencias – el cumplimiento es fijado por el Tribunal Constitucional al disponer en la sentencia o resolución quién ha de ejecutarla – y la ejecución de las sentencias – una ejecución que, como veremos, puede verse auxiliada por otros órganos –. (Vid. SALAS, J., y PALOMINO, V., "La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional (Especial referencia a las relativas a la Administración)", *Documentación Administrativa*, n. 209 (enero-abril), 1987, pp. 89-92).

4 Sobre el peligro del oportunismo político en la posición del Tribunal Constitucional español y el problema de su insostenibilidad jurídica a propósito de la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto catalán, puede consultarse BLANCO VALDÉS, R. L., "¿Quién teme al Tribunal Cons-

endencia de la reforma operada mediante la Ley orgánica 15/2015. Para entender por qué existe y cómo actúa el Tribunal Constitucional, debe distinguirse esta institución del resto de los órganos democráticos del Estado. Como destaca PÉREZ ROYO, nos encontramos ante un órgano artificial creado con el fin de completar la división clásica de poderes en aquellos Estados donde no se ha respetado a la Constitución. La necesidad de imponer la voluntad del constituyente tiene como principal consecuencia el establecimiento de un órgano cuya función es la de evitar que la actuación de los demás poderes se materialice al margen de la Constitución, lo que lo configura como un órgano negativo o defensivo, ya que defiende al Estado democrático de su desnaturalización⁵. Es, por lo tanto, el instrumento del que disponen Estados como el español para evitar la erosión del marco de convivencia establecido en el texto constitucional. Como señala el profesor BLANCO VALDÉS, se trata de un órgano decisivo en la defensa de la Constitución, en el terreno de control de la constitucionalidad⁶. Incluso podemos avanzar que, como veremos en el último apartado de este trabajo, en modelos de jurisdicción constitucional concentrada como este, el Tribunal Constitucional, más que llevar a cabo el control de constitucionalidad, lo que hace es tener el monopolio del rechazo, expulsar del ordenamiento la norma inconstitucional⁷.

Para el desarrollo de estas funciones, el Tribunal Constitucional español, aunque no integra el poder judicial, sí está dotado de potestades jurisdiccionales⁸. Como tribunal, el guardián de la Constitución está llamado a realizar una labor jurisdiccional, aunque es distinta de la labor ordinaria de los jueces, dadas las facultades que tiene atribuidas⁹. El artículo 117.3 de la Constitución española define el contenido del poder jurisdiccional al atribuir la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con exclusividad a jueces y tribunales de los distintos órdenes jurisdiccionales, una facultad que incluye la disposición de los medios coactivos necesarios previstos en el artículo 549.1.c) de la Ley orgánica del poder judicial¹⁰. Esta potestad se entiende reconocida al Tribunal Constitucional en virtud de las funciones encomendadas

titudinal?", *Letras libres*, n. 109, 2010, pp. 42-47 (<http://www.letraslibres.com/mexico-espana/quien-teme-al-tribunal-constitucional>, consultada el 24 de mayo).

- 5 El profesor ROYO sostiene que esto se debe al hecho de que el Tribunal Constitucional no tenga un encaje lógico dentro del Estado Constitucional, sino que surge como una anomalía democrática histórica presente y con proyección de futuro, una anomalía que se produce en el proceso de transición democrática de Austria, Italia, Portugal y España, de manera que el Tribunal Constitucional europeo es el resultado tanto de una excepcional resistencia del Antiguo Régimen a su parlamentarización en el siglo XIX como de la excepcional resistencia del Estado liberal a su democratización en el siglo XX, motivo por el que, en sus orígenes, la justicia constitucional no es síntoma de la buena salud de un sistema constitucional (vid. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 13.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 725-728).
- 6 Vid. BLANCO VALDÉS, R. L., "La política y el derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)", *Teoría y realidad constitucional*, n. 4, 1999, p. 242.
- 7 Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 35.
- 8 Recordemos que el Tribunal Constitucional español no sólo se configura como un órgano de control de constitucionalidad de las leyes o el supremo protector de los derechos fundamentales y libertades, sino que, al mismo tiempo, es un órgano político encargado de dirimir jurisdiccionalmente los conflictos de poderes suscitados entre el Estado central y los entes descentralizados que lo componen. Por este motivo, como señala el profesor BLANCO VALDÉS, el constituyente y el legislador orgánico establecieron un modelo de justicia constitucional que responde a tres objetivos esenciales: asegurar la legitimidad de sus decisiones jurisdiccionales para favorecer una aceptación pacífica por sus destinatarios; establecer limitaciones a su intervención asegurando su naturaleza extraordinaria; y garantizar la rapidez de su respuesta cuando, excepcionalmente, se requerirá su actuación, elementos que condicionaron su diseño orgánico como funcional (Vid. BLANCO VALDÉS, R. L., *La Constitución de 1978*, 2.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2011, pp. 332-333).
- 9 Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Colección monografías, Civitas, Madrid, 1998, p. 54.
- 10 El artículo 549.1.c) de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, determina que, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los jueces y tribunales pueden ser asistidos por la policía judicial, que entre sus funciones tiene encomendada de manera específica la correspondiente a la realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de coerción y fuesen ordenadas por la autoridad judicial o fiscal.

en el artículo 161 de la Constitución española y protegida por el procedimiento de reforma constitucional del artículo 167.

De este modo, el constituyente español y posteriormente el legislador orgánico configuran un modelo de justicia constitucional que atiende a tres objetivos principales: el primero, asegurar en lo posible la legitimidad de sus decisiones jurisdiccionales para favorecer su aceptación por pacífica por sus destinatarios; el segundo, establecer limitaciones a su intervención asegurando el carácter extraordinario de esta; y, el tercero, garantizar la rapidez en su respuesta cuando sea solicitada su actuación¹¹. En este sentido, resulta indudable que al máximo intérprete de la Constitución se le reconoce la capacidad para hacer cumplir y, en caso necesario, ejecutar sus sentencias. Con este fin se establecen distintos instrumentos jurídicos no sólo en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional¹², sino también en el Código penal¹³.

La Ley orgánica 15/2015 pretende ir un paso más allá. Para resolver cualquier duda sobre la naturaleza jurisdiccional de este órgano, en el apartado 2 de su artículo único –apartado que modifica el artículo 87 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional– de modo expreso determina no sólo que todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva, sino que, a esos efectos, las resoluciones y sentencias de este tribunal se consideran títulos ejecutivos, y para su cumplimiento los juzgados y tribunales deberán prestar con carácter preferente y urgente un auxilio jurisdiccional a este, un auxilio jurisdiccional que no tiene límites ni materiales ni territoriales¹⁴. Por lo tanto, se observa que la reforma introducida en este ámbito refuerza la capacidad de ejecutar las sentencias de este tribunal pero, como subraya el profesor ALMEIDA CERREDA, no puede considerarse una necesidad imperativa para el buen funcionamiento del sistema institucional español, sino que pretende reforzar la capacidad de ejecutar sus resoluciones ante una determinada actitud de desdén a las mismas¹⁵. El incumplimiento de las medidas por la Generalitat de Catalunya en un contexto político concreto lleva al legislador a prever en el preámbulo de la norma que el Tribunal Constitucional pueda encomendar al Gobierno, incluso en funciones, la ejecución substitutoria. Ante la positivización de una serie de principios que ya se aplicaban en la práctica en un momento cronológico concreto, como es el fin de la X legislatura en la precampaña de unas difíciles elecciones, es fácil de comprender que las principales críticas referidas al fondo de esta reforma cuestionen su necesidad objetiva y contaminen el debate electoral a costa del prestigio imparcial del Tribunal Constitucional español. Una norma *ad hoc* que se aprueba en un difícil momento político y que implica, como veremos, atribuir al Gobierno unas funciones que no estaban previstas específicamente en el texto constitucional.

En segundo término, cabe cuestionar la necesidad de una norma singular de tal calibre en un momento político tan delicado y si el procedimiento de su aprobación ha contribuido a

11 Vid. BLANCO VALDÉS, R. L., “La política y el derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)”, cit., p. 247.

12 Vid. los artículos 80 y siguientes de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, en los que se fijan las disposiciones comunes sobre el procedimiento.

13 Vid. en el ámbito de inejecución de las resoluciones judiciales por funcionarios o autoridades públicas los artículos 410.1 y 508.1 de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que regulan, respectivamente, el delito de desobediencia y el delito de usurpación de funciones públicas.

14 Vid. SALAS, J., y PALOMINO, V., “La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional (especial referencia a las relativas a la Administración)”, cit., p. 116.

15 Vid. ALMEIDA CERREDA, M., “El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español”, *Istituzioni del Federalismo: Revista di studi giuridici*, n. 1, 2016, pp. 165-166.

acrecentar las críticas relativas a su oportunidad política¹⁶. Nos encontramos ante una ley tramitada por el procedimiento de urgencia y con lectura única. Debemos señalar que este modo de tramitación normativa de la reforma plantea ciertas dudas en torno a su idoneidad. Tanto la modalidad de iniciativa parlamentaria empleada –el inicio del procedimiento mediante una proposición de ley orgánica que evitó recabar los informes del Consejo de Estado, del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal– como el procedimiento extraordinario de tramitación –la lectura única, prevista para las propuestas de normas que por su naturaleza o la simplicidad de su formulación no requieran de forma imperativa lograr un amplio consenso¹⁷– no se ajustan al *fair play* parlamentario¹⁸. El inicio de una reforma de una de las instituciones básicas del Estado mediante este procedimiento adolece de un grave problema: la falta del consenso político necesario. Un acuerdo de mínimos que resulta esencial en un momento político crítico como es el que contextualiza su aprobación y entrada en vigor y que determina no sólo su crítica técnico-jurídica, sino también la impugnación de la Ley orgánica 15/2015 por los gobiernos vasco y catalán ante el Tribunal Constitucional. Mediante las resoluciones emitidas en las sentencias 185/2016 y 215/2016, el máximo intérprete de la Constitución se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de una nueva articulación del ejercicio de su potestad jurisdiccional que trasciende a la prevista en la Carta Magna, como veremos a continuación.

2 Modificaciones introducidas por la Ley orgánica 15/2015 y la posible desnaturalización del modelo diseñado por la Constitución

La importancia que adquiere la Ley orgánica 15/2015 en el ordenamiento jurídico español es trascendental, ya que, en sede constitucional, introduce nuevos instrumentos de ejecución que atribuyen expresamente el carácter de título ejecutivo a las resoluciones de este tribunal. Así, el preámbulo de la Ley orgánica 15/2015, de 16 de octubre, determina que este es el motivo que impulsa la importante reforma introducida.

Para ello, el legislador orgánico, mediante un único precepto, modifica los artículos 80, 87, 92 y 95 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, una modificación que entra en vigor de forma inmediata el día de su publicación en el BOE conforme a su disposición final única¹⁹,

16 El proceso independentista catalán plantea una situación política excepcional que deriva en un debilitamiento del Estado de derecho al cobrar fuerza la desconfianza en la firmeza y resolución del Tribunal Constitucional para hacer ejecutar lo juzgado. Recordemos que el momento en el que se tramita y aprueba esta importante reforma normativa se caracteriza por la falta de un consenso político básico todavía pendiente de cómo se configurará la mayoría parlamentaria de la próxima legislatura. Consciente de ello, sorprende que la Ley orgánica 15/2015 prevea la posibilidad de encomendar la ejecución substitutoria al Gobierno en funciones en un momento previo al del debate político que se suscitara meses más tarde sobre las competencias de este Gobierno. No podemos obviar la escasa previsión normativa del artículo 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el que sus facultades se limitan, con carácter general, al despacho ordinario de los asuntos públicos y sólo permite en casos de urgencia y de interés general debidamente acreditados la adopción de otra medida no prohibida por los apartados 4 y 5 de este artículo.

17 *Vid.* el artículo 150.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados y el artículo 129.1 del Reglamento del Senado.

18 Por este motivo, ALMEIDA CERREDA puntualiza que deberían considerarse excluidas de la posibilidad de ser cursadas por esta vía las iniciativas legislativas que afecten al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a su estructura territorial o a la regulación esencial de los derechos, deberes y libertades fundamentales del ciudadano, de tal manera que la reforma operada mediante la Ley orgánica 15/2015 debería haber sido mediante el sistema ordinario, lo que permitiría reforzar el prestigio institucional y el respaldo social del supremo intérprete de la Constitución (*Vid.* ALMEIDA CERREDA, M., “El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español”, cit., pp. 169-172).

19 *Vid.* el *Boletín Oficial del Estado* n. 249, de 17 de octubre de 2015.

un dato que, una vez más, pone de manifiesto la urgencia en la aplicación de las medidas adoptadas ante el avance del proceso independentista catalán.

En primer lugar, el legislador orgánico, en el artículo 80, introduce una previsión específica referida a la aplicación con carácter supletorio en el ámbito de la ejecución de sus sentencias de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa –LRJC–, una medida que ha sido valorada positivamente por la doctrina al despejar la penumbra sobre la indefinición de la normativa aplicable al partir de la premisa de que la mayor parte de los condenados por inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional son las administraciones o instituciones públicas²⁰. De este modo, se desplaza la aplicación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil –LEC–, y de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial –LPOJ–, que, aunque podría haber supuesto una ejecución más ágil de las resoluciones, derivaría en una mutación de nuestro ordenamiento jurídico, ya que la aplicación de las reglas comunes del procedimiento civil implicaría una alteración de la posición de las entidades públicas ante los órganos jurisdiccionales²¹. Mientras que el proceso ejecutivo contencioso-administrativo, tanto por la similitud de su objeto –normas y actos del poder público sometidos al control judicial– como por los sujetos –poderes públicos y terceros afectados por sus disposiciones–, parece ser la sede procesal más adecuada para instrumentalizar este tipo de incidentes ejecutorios, siempre y cuando no se altere la competencia del orden jurisdiccional ordinario al que le corresponda ejecutar efectivamente la decisión del Tribunal Constitucional²². Ahora bien, la aplicación supletoria de esta jurisdicción puede tener ciertos límites, puesto que parece extraño que el legislador orgánico admita mediante esta reforma la imposibilidad de ejecución de sentencias o la inejecución de estas por motivos de interés público, como prevé el proceso contencioso administrativo²³. Al contrario, la reforma no concluye aquí, sino que introduce una serie de elementos que tienen como fin la ejecución forzosa de la resolución. Estos nuevos instrumentos, por su importancia, deben ser analizados de forma específica, como veremos a continuación.

En segundo lugar, la ley orgánica modifica el artículo 87 de la LOTC, en el que se incluyen dos nuevos apartados que están relacionados con algunos cambios introducidos en el artículo 92. Así, por un lado, se introduce la potestad de notificación personal de las resoluciones del

20 De forma inmediata, la doctrina identifica la existencia de una semejanza en el ámbito de la ejecución forzosa de las sentencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa. Este ha sido el presupuesto con el que ha partido su análisis a la hora de abordar el tema en los pocos estudios existentes sobre el mismo. Así, SALAS y PALOMINO subrayan ya en la década de los años 80 que, a pesar del contenido propio y característico innegable de la jurisdicción constitucional, una aproximación al tema debe hacerse con una actitud semejante a la doctrina que ha abordado el tema en el orden contencioso-administrativo desde el punto de vista del incidente de ejecución, de las distintas sentencias resolutorias de recursos, de la expropiación de derechos reconocidos por una sentencia constitucional, el auxilio jurisdiccional en la ejecución de sentencias y la potestad ejecutiva del Tribunal Constitucional (*Vid.* SALAS, J., y PALOMINO, V., “La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional (especial referencia a las relativas a la Administración)”, cit., pp. 89-118).

21 En este sentido, el profesor ALMEIDA añade que el artículo 105.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa puede aportar cierto juego a los supuestos de inejecución de la sentencia por imposibilidad material o legal, ya que permite al juez o al tribunal adoptar medidas necesarias que aseguren una mayor efectividad de la ejecutoria en los términos previstos en esta disposición legal (*vid.* ALMEIDA CERREDA, M., “El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español”, cit., pp. 175-176).

22 *Vid.* VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, cit., pp. 645-646.

23 Sobre la configuración legal y perspectiva constitucional de la imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo, en concreto sobre la existencia de una medida entendible para el Tribunal Constitucional, puede consultarse GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el contencioso-administrativo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 257-304.

Tribunal Constitucional y, por otro, se obliga a todos los poderes públicos a su cumplimiento, al mismo tiempo que les reconoce la condición de títulos ejecutivos.

La potestad de notificación personal de las resoluciones del Tribunal Constitucional debe entenderse en relación con lo previsto en la nueva redacción del artículo 80 y del artículo 92.4 LOTC, en la medida en que dicha notificación²⁴ es la norma general que permite al Tribunal Constitucional español identificar sus resoluciones al responsable de su cumplimiento aunque estas se publiquen en el BOE y, al mismo tiempo, es el paso previo –conforme al artículo 92.4– para exigir al responsable del incumplimiento un informe de por qué la resolución no ha sido ejecutada efectivamente. Por lo tanto, el deber de notificación no es una potestad procesal superflua, sino que, notificadas las partes, se agrava su situación ante el incumplimiento de una resolución que les ha sido comunicada de forma personal²⁵.

Cabe destacar que este segundo apartado también se complementa con el tercer apartado del único artículo de la LO 15/2015. El legislador regula en ambos la obligación de auxilio al Tribunal Constitucional para la consecución de la aplicación efectiva de sus actos jurisdiccionales. Así, el alto tribunal podrá solicitar auxilio para la ejecución de sus resoluciones no sólo a juzgados y tribunales –que deberán prestarlo con carácter preferente y urgente²⁶–, sino que, en virtud de la nueva redacción del artículo 92.2 de la LOTC, se extiende esa obligación de auxilio en los mismos términos a cualquier Administración o poder público, de manera que, en este segundo apartado del artículo 92 de la LOTC, se recoge de modo expreso la norma procesal establecida en el artículo 103.3 de la LJCA²⁷. La novedad destacable radica en que para la ejecución de las resoluciones del TC se va más allá de las previsiones establecidas en los artículos 4 y 38 de la LOTC, en las que se determina la autodelimitación competencial del Tribunal Constitucional y la vinculatoriedad de sus sentencias para los poderes públicos, en el caso de los procesos de inconstitucionalidad.

El reconocimiento de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional como títulos ejecutivos es también un elemento de extrema importancia a la hora de garantizar su cumplimiento, en atención al artículo 517 de la LEC. Al considerar el artículo 87.2 *in fine* de la LOTC que nos encontramos ante un título ejecutivo, se posibilita de manera inmediata la acción ejecutiva forzosa sin el inicio de un nuevo procedimiento. El legislador orgánico señala

24 Recordemos que el nuevo artículo 80 de la LOTC se remite en el apartado relativo a las comunicaciones y actos de auxilio judicial a la LOPJ y a la LEC. En este sentido, debemos subrayar que los apartados 4.º, 5.º y 6.º del artículo 149 de la LEC prevé que los requerimientos, mandatos y oficios son actos procesales de comunicación. Para un estudio más profundo sobre la remisión previa a esta normativa, debe consultarse HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “Comentario al artículo 80”, Requejo Pagés, J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001, pp. 1281-1282.

25 El profesor VILLAVARDE MENÉNDEZ entiende que, dado que las resoluciones del Tribunal Constitucional se publican en el BOE y son notificadas a las partes en el proceso, esa potestad procesal es superflua. En esa misma línea el profesor ALMEIDA CERREDA comprende esta facultad como un poder inherente a la función de hacer ejecutar lo juzgado, por lo que no era necesaria su consagración expresa salvo que se pretenda incentivar su empleo o incrementar la seguridad jurídica (*vid.* ALMEIDA CERREDA, M., “El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español”, cit., p. 174). Sin embargo, entendemos que, en caso de incumplimiento de la resolución judicial, al ser un trámite previo al previsto en el artículo 92.4 de la LOTC, no puede calificarse como una potestad superflua, ya que, como admite VILLAVARDE MENÉNDEZ, sirve de agravamiento de la responsabilidad por la falta de cumplimiento de la resolución (*vid.* VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, cit., p. 646).

26 *Vid.* artículo 87.2 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en el que se recoge una previsión lógica: el desarrollo de la actividad material de ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional requiere una colaboración (*vid.* HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “Comentario al artículo 87”, Requejo Pagés, J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001, p. 1377).

27 Recordemos que el artículo 103.3 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa establece: “*Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto*”.

que ese reconocimiento se produce “a estos efectos” para referirse al auxilio jurisdiccional de juzgados y tribunales, lo que plantea la duda de que ese reconocimiento esté condicionado al supuesto de que el Tribunal Constitucional acuda a ellos para hacer efectivas sus resoluciones por todos los poderes públicos. Sin embargo, lo cierto es que, con anterioridad a la reforma normativa comentada, las sentencias del Tribunal Constitucional ya tenían reconocido este carácter por todos los operadores jurídicos en función de su contenido y características. Ahora bien, el reconocimiento expreso de la condición de título ejecutivo permite que el auto dictado tras el procedimiento previsto conforme al artículo 92.4 de la LOTC haga efectiva, si fuese necesario, la medida de ejecución forzosa acordada, sea esta una multa coercitiva, la suspensión de funciones de un empleado público o autoridad, o la ejecución substitutoria de la resolución²⁸.

En tercer lugar, la Ley orgánica 15/2015 amplía la función tuitiva del alto tribunal español y lo configura como dueño de la ejecución de sus resoluciones y sentencias al poder reaccionar ante la desobediencia de sus decisiones. Mediante el artículo 1.3 de esta norma, se modifica de forma íntegra el artículo 92 de la LOTC. Los cinco apartados que conforman este artículo presentan como nexo común que en ellos se establecen una serie de reglas esenciales en el procedimiento de actuación de las resoluciones del Tribunal Constitucional en los que adquieren un gran protagonismo el alto tribunal español y el Gobierno de la nación²⁹. La reforma procedimental operada en este apartado es trascendental, ya que apodera al máximo intérprete de la Constitución para que actúe de oficio en el supuesto de que sus sentencias y resoluciones no se ejecuten.

Como punto de partida, el artículo 92.1 de la LOTC determina las bases de la habilitación del Tribunal Constitucional para iniciar el incidente de ejecución. Así, se establece explícitamente que el Tribunal Constitucional es el encargado de velar por el cumplimiento de sus resoluciones, acordar las medidas de ejecución necesarias y puede resolver el incidente de ejecución promovido por las partes, conforme al apartado 3 de este mismo artículo³⁰, una función jurisdiccional que, como hemos avanzado, se entiende ya implícita en el contenido de los artículos 161 y 167 de la Constitución española en los términos fijados en su artículo 117.3 pero que plantea problemas en los casos de insinceridad de la desobediencia disimulada³¹.

28 *Vid.* los apartados a), b) y c) del artículo 92.4 de la LOTC.

29 Un protagonismo que no está exento de cierta crítica. Con carácter previo a la reforma operada, HUELÍN subraya que al Tribunal Constitucional no le corresponde el desarrollo de la actividad material necesaria para la efectividad de lo resuelto. Las decisiones del alto tribunal deben, en su caso, contener, los pronunciamientos necesarios para que la protección práctica se dispense, pero ello no implica que sus pronunciamientos determinen siempre qué autoridad debe llevarlos a cabo; por regla general no ocurre así (HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “Comentario al artículo 92”, Requejo Pagés, J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001, p. 1377).

30 VILLAVEVERDE MENÉNDEZ cuestiona la claridad técnica del precepto señalado. Para el autor, la literalidad del artículo 92.3 de la LOTC no permite deducir fácilmente que la LOTC habilite al Tribunal Constitucional para iniciar de oficio el incidente de ejecución de sus propias resoluciones, lo que excluye la aplicación del artículo 103.5 de la LJCA. Para llegar a esta conclusión, debe interpretarse de forma relacionada la habilitación contemplada en el artículo 92.1 y en el artículo 92.3 de la LOTC (*vid.* VILLAVEVERDE MENÉNDEZ, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, cit., p. 648).

31 Estos supuestos de incumplimiento de las sentencias son los más peligrosos al tratarse de actuaciones llevadas a cabo por el legislador o por la Administración que objetivamente se oponen a los pronunciamientos de una sentencia y que tienen como fin eludir su cumplimiento, motivo por el que deben evitarse. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 167/1987, determina en este sentido que el derecho a la ejecución de las sentencias debe satisfacerse también con la reacción judicial frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones. Sobre el problema de las convalidaciones legislativas en la ejecución de las sentencias y su constitucionalidad, puede consultarse GALÁN GALÁN, A., “Los poderes del juez en la ejecución de las sentencias: reacción frente a los actos de la Administración o del legislador que tengan como fin eludir su cumplimiento”, Sánchez Lamelas, A. (coord.), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas. IV Curso sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 163-174.

La novedad que introduce el artículo 92.1 de la LOTC no se limita a la mera explicitud de una función jurisdiccional propia, “hacer ejecutar lo juzgado”, sino que se le impone “velar” por la ejecución efectiva de sus resoluciones, por lo que se especifica, además, que este tribunal puede disponer en la sentencia o actos posteriores quién ha de ejecutar la resolución, qué medidas de ejecución han de imponerse como necesarias y, al mismo tiempo, se determina que será el encargado de resolver cualquier incidente de ejecución³². Es decir, el artículo 92.1 apodera al Tribunal Constitucional para poder actuar de oficio en relación con la ejecución efectiva de sus resoluciones e incluso permite que declare, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictase, la nulidad de cualquiera de las resoluciones dictadas que contravengan a las acordadas en el ejercicio de su jurisdicción³³.

Ahora bien, aunque el Tribunal Constitucional es el encargado de vigilar el cumplimiento de sus sentencias, en esa labor estará asistido³⁴. Los siguientes apartados del artículo 92 regulan este deber de auxilio y cooperación. No olvidemos que a juzgados y tribunales, así como a los demás órganos y poderes del Estado –conforme a los artículos 87.2 y 92.2 de la LOTC–, se les impone un deber de auxilio que debe prestar con carácter preferente y urgente a la hora de garantizar el cumplimiento de las sentencias y resoluciones del alto tribunal español.

En esa misma línea, como ya avanzamos, el Tribunal Constitucional puede adoptar una serie de instrumentos de ejecución para asegurar la eficacia de sus resoluciones. El nuevo artículo 92.4 de la LOTC establece unas medidas aplicables cuando el tribunal advirtiese el incumplimiento total o parcial de alguna de sus resoluciones tras el previo requerimiento de un informe al responsable de su ejecución, sea este una institución, una autoridad, un empleado público o un particular. Recibido este informe o transcurrido el plazo para su remisión, el Tribunal Constitucional español puede acordar la imposición de multas coercitivas, suspender en sus funciones de autoridades o empleos públicos, ordenar la ejecución substitutoria de la resolución y/o deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal correspondiente.

Respecto a la primera de las medidas señaladas, la imposición de multas coercitivas, debemos indicar que la nueva redacción de este artículo operada por la Ley orgánica 15/2015 supone no sólo trasladar el contenido del anterior artículo 95.4 de la LOTC al artículo 92.4, sino que refuerza su eficacia como mecanismo de ejecución a la extensión de su ámbito objetivo de aplicación –ya que a partir de ahora va a poder emplearse para combatir cualquier incumplimiento de resolución dictada– y al ampliar considerablemente la cuantía de las multas que ahora se comprende entre los límites de tres mil a treinta mil euros –unos márgenes muy superiores a las fijados con anterioridad en la LOTC, cuyo importe se limitaba a un mínimo

32 En este apartado, el Consell de Garanties Estatutàries limita el ámbito efectivo de este artículo 92.1. Así, en su Dictamen 19/2015, de 26 de noviembre, sobre la reforma de la Ley orgánica, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de derecho, interpreta el tipo de medidas de ejecución adoptables al entender que el Tribunal Constitucional sólo puede aplicar las medidas expresamente previstas en la LOTC, de manera que no puede extenderse a cualquier medida de ejecución recogida en la LJC.

33 Estas expresiones y habilitaciones no constituyen en sí una novedad, sino que ya habían sido introducidas en el artículo 4 de la LOTC mediante la reforma operada por la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Lo sorprendente es que este artículo 4, en vigor, hace referencia a actos y resoluciones, mientras que el artículo 92.1 limita el ámbito de actuación del incidente de ejecución a las resoluciones contrarias dictadas, una omisión inexplicable que ha de resolverse por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 4 de la LOTC (*vid.* VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, cit., p. 648).

34 Ha de tenerse en cuenta la diversidad de efectos que pueden tener las sentencias del Tribunal Constitucional en función del tipo de proceso de que se trate (*vid.* HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “Comentario al artículo 92”, cit., p. 1376).

de seiscientos y un máximo de tres mil euros o las previstas en el artículo 112 de la LJCA, que determina una horquilla de ciento cincuenta a mil quinientos euros.

La segunda de las medidas de ejecución forzosa establecida es la suspensión en sus funciones de autoridades o empleos públicos. Nos encontramos ante un instrumento previsto de forma específica para un supuesto que se viene produciendo en los últimos años y en el que cobran especial protagonismo los representantes de algunas instituciones autonómicas cuando éstos impiden el cumplimiento de sus acuerdos, entorpeciendo la ejecución substantivada las decisiones del Tribunal Constitucional o realicen actuaciones que impidan el cumplimiento de sus acuerdos al no atender a su obligación de hacer o realizar una actividad concreta. La posible colisión de esta medida con el derecho fundamental al ejercicio de funciones y cargos públicos, agudizada en caso de cargos electos, sólo se puede entender como temporal, por la propia naturaleza de la medida y, en todo caso, fundada en un interés constitucional prevalente, como es el respeto de unas reglas básicas del orden constitucional. Para reforzar la legitimidad constitucional en la adopción de la medida en cada caso concreto, ALMEIDA CERREDA subraya la conveniencia de que el Tribunal Constitucional actúe conforme a las siguientes pautas: el recurso a esta medida ha de producirse tras acudir a un incidente de ejecución de nulidad de la decisión adoptada por la autoridad o funcionario que se va a suspender; su empleo será sólo tras el fracaso de otros medios de compulsión; su articulación requiere que sea mediante un procedimiento en el que se le diese trámite al afectado, ha de constatare su responsabilidad y su rebeldía en el cumplimiento de la resolución; y, en todo caso, el Tribunal Constitucional debe fijar la duración de esta³⁵.

Ordenar la ejecución substitutoria de la resolución es la tercera de las medidas enunciadas en el artículo 92.4 de la LOTC. Debemos poner en conexión este artículo, en concreto el 92.4.c), con el artículo 92.5 de la LOTC, ya que se observa que en ambos casos se sitúa en una posición privilegiada el Gobierno de la nación tanto a la hora de adoptar las medidas de ejecución como las medidas cautelares por parte del Tribunal Constitucional. Así, podemos destacar que sólo el Gobierno de la nación puede ser requerido para colaborar con el alto tribunal español en la aplicación de la ejecución substitutoria –conforme al artículo 92.4.c)– y sólo el Gobierno de la nación puede instar el procedimiento urgente de adopción de medidas cautelares –de acuerdo con el artículo 94.5 de la LOTC–. Por un lado, esto puede plantear un problema cuando es el Gobierno el que no cumple con lo resuelto por el Tribunal Constitucional, en cuyo caso el Tribunal Constitucional adoptará las medidas pertinentes conforme al artículo 92.1 de la LOTC. Por otro lado, el ejercicio de la jurisdicción constitucional en estos términos parece establecer un control de la actividad institucional autonómica que va más allá de la prevista en los artículos 153 y 155 de la Constitución española, una cuestión de importante trascendencia constitucional que ha pretendido definir el Tribunal Constitucional que requiere un estudio específico, como veremos más adelante en el apartado 3 de este trabajo.

Finalmente, la última de las medidas de ejecución enunciadas en el artículo 92.4 es la de deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal correspondiente. Es decir, en el artículo 92.4.d) encontramos un instrumento procesal que debe ponerse en conexión con el artículo 92.5 y que, al mismo tiempo, complementa al artículo 155 de la Constitución, en atención al principio de lealtad constitucional y que trasciende

35 Vid. ALMEIDA CERREDA, M., “El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español”, cit., pp. 188-189.

ya al ámbito constitucional al introducir la posible exigencia de responsabilidades penales derivadas de los testimonios prestados por los particulares. Es decir, la función de esta medida es la de apremio personal indirecto, al permitir al tribunal acudir a la jurisdicción penal para sancionar su incumplimiento, frente a la imposición de las multas coercitivas que son determinadas directamente por el órgano jurisdiccional ejecutor. En todo caso, conviene aclarar que la relación entre el órgano ejecutor y el órgano jurisdiccional penal no es una relación de auxilio, sino que el procedimiento penal es un procedimiento distinto iniciado por el incumplimiento de una obligación legal. Por este motivo, su denuncia busca la punición de una conducta típica conforme a los delitos de falso testimonio o de estafa procesal regulados respectivamente en los artículos 458 y 250.1.7 del Código penal español³⁶. Ahora bien, aunque el procedimiento se articula conforme a los trámites ordinarios establecidos en el artículo 308 de la Ley de enjuiciamiento criminal, no podemos obviar la particularidad de estos supuestos; el órgano jurisdiccional que traslada la comunicación es el Tribunal Constitucional.

Como avanzábamos, el legislador orgánico introduce un novedoso apartado 5 dentro del artículo 92 mediante el que también se refuerza la tutela otorgable por el Tribunal Constitucional en la ejecución, permitiendo la adopción de medidas cautelarísimas cuando concurren unas circunstancias de especial trascendencia constitucional, un concepto jurídico indeterminado que deberá ser precisado *ad casum*. Tras una primera lectura de este artículo, observamos que la adopción de estas medidas plantea dos tipos de problemas: por un lado, el desequilibrio de las partes, al limitar la audiencia de estas a la hora de acordar su adopción y, por otro lado, la necesaria delimitación de los supuestos que habilitan al Tribunal Constitucional a adoptar este tipo de medidas como garantía de la efectividad de providencias provisionales previamente fijadas. En concreto, el nuevo artículo 92.5 LOTC precisa que, en caso de inejecución de la resolución del alto tribunal que acuerde la suspensión de las disposiciones, actos y actuaciones impugnadas de singular relevancia constitucional, este puede acordar de oficio o a instancia sólo del Gobierno las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento eficaz de sus sentencias, unas medidas cautelares que se adoptarán sin oír a las partes, lo que genera el problema de una desigualdad, de un desequilibrio de las partes en el procedimiento de imposición de esas medidas. Para restablecer ese equilibrio, debemos tener en cuenta que, por un lado, en la misma resolución, el tribunal dará audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes por un plazo común de tres días y, por otro lado, cabe interpretar que cualquiera de las partes puede denunciar ante el Tribunal Constitucional el incumplimiento de una medida cautelarísima para que este valore la oportunidad de una actuación de oficio³⁷. En todo caso, transcurrido ese plazo, el Tribunal Constitucional dictará una resolución en la que se acuerde el levantamiento, la confirmación o la modificación de las medidas cautelares adoptadas.

Para concluir este análisis del contenido de la Ley orgánica 15/2015, debemos señalar que el legislador incluye un cuarto apartado mediante el que introduce una reestructuración en el artículo 95. Se trata de una concreción relacionada con las medidas de ejecución del

36 Cabe tener en consideración lo determinado en el ámbito de la ejecución forzosa en la jurisdicción contencioso-administrativa. Al respecto, PÉREZ DEL BLANCO subraya la necesidad de reinterpretar la relación existente entre el órgano ejecutor y el órgano penal a la hora de deducir el oportuno testimonio. El autor entiende que esa relación aunque, en principio, parece de auxilio jurisdiccional ya que el órgano ejecutor facilita la comunicación de los hechos al órgano jurisdiccional penal, sin embargo no puede entenderse así ya que nos encontramos ante dos procedimientos distintos (Vid. PÉREZ DEL BLANCO, G., *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Doctrina y formularios*, Del Blanco Editores, León, 2003, p. 278).

37 Vid. ALMEIDA CERREDA, M., "El "nuevo" sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español", cit., pp. 178-179.

artículo 92.4.a) de la LOTC; en concreto, con el importe de las multas coercitivas. Así, la nueva redacción del artículo 95.4 determina una reserva de ley ordinaria para la fijación de las cuantías de las multas coercitivas, un cambio llamativo en la técnica legislativa empleada hasta el momento. Mediante la Ley orgánica 15/2015, se amplían las cuantías de las multas coercitivas fijadas por la reforma de la LOTC de 2007 –cantidades que también habían sido fijadas a través de una ley orgánica– y, en cambio, mediante la nueva redacción del artículo 92.4.c) LOTC, sus posteriores actualizaciones serán reguladas por ley ordinaria. Esta habilitación legislativa facilita la aprobación de dichas modificaciones, lo que genera la posibilidad de dotar a este tipo de penalidades de una verdadera capacidad de compulsión y de actualización más sencilla, por lo que se convierte en un mecanismo realmente eficaz. Parece que con esta medida se ha logrado alcanzar el equilibrio deseado entre las posibilidades expansivas de la ley orgánica, aunque supongan un detrimento del carácter democrático del Estado al favorecer a las mayorías parlamentarias reforzadas, y la doctrina constitucional de las materias conexas³⁸, que congelan el rango de la materia al impedir su modificación por ley ordinaria pero que ofrecen una mayor garantía normativa³⁹. Podemos encontrarnos ante una mejora en la técnica legislativa. Como vemos, la reserva de ley orgánica de la materia no agota su contenido, sino que constituye el núcleo fundamental de la norma y simplemente se llama a la ley ordinaria a integrar un extremo, en este caso la cuantía de las multas, que anteriormente había sido abordado en la ley orgánica como una materia conexa, un reenvío normativo que, en todo caso, cumple los requisitos de no ser en blanco o en condiciones laxas que defraudasen la reserva de ley orgánica sobre la materia.

En definitiva, observamos que la última reforma introducida en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional es objeto de numerosas críticas jurídicas y doctrinales. La articulación de un mecanismo de ejecución forzosa de las sentencias es una cuestión de especial trascendencia para la jurisdicción constitucional, dado que su diseño funcional se caracteriza por una intervención extraordinaria⁴⁰. Se trata de una importante modificación normativa que no puede ignorar el contexto político jurídico actual que requiere por parte del legislador orgánico una regulación a la altura de las circunstancias que la demandan y que requieren poner fin a la práctica política del desafío surgida entre las instituciones de gobierno catalanas y española⁴¹. En este sentido, para completar nuestro estudio, resulta de extrema importancia considerar

38 En la Sentencia 137/1986 el Tribunal Constitucional ha admitido la inclusión de materias conexas como legítima, cuando concurren razones de conexión temática, de sistematización y buena política legislativa. En tal caso, dado que el efecto expansivo de la ley orgánica supone una petrificación en el rango de la materia contrario a lo establecido en la Constitución, el alto tribunal español exige en sus sentencias 5/1981 y 127/1994 que el legislador concrete los preceptos que tienen la naturaleza ordinaria y los preceptos de naturaleza orgánica con el fin de evitar los abusos legislativos. En defecto, esa determinación la realizará el Tribunal Constitucional.

39 Al respecto, debe indicarse que las SSTC 5/1981, 160/1997, 127/1994, 173/1998, 129/1999 y 292/2000, entre otras, reiteran la necesidad de interpretar la reserva de ley orgánica en sentido restrictivo y excepcional, por lo que sólo podría extenderse a otras materias de forma muy limitada para preservar la petrificación del ordenamiento jurídico y la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas. Por este motivo, si la ley orgánica se excede de su ámbito competencial, el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de la norma y, de este modo, definir el auténtico carácter de las materias conexas (vid. GONZÁLEZ RIVAS, J., *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Comentario sistemático de la Constitución*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 473-477).

40 Con el fin de garantizar el carácter normativo de la Constitución, BLANCO VALDÉS subraya que tanto el constituyente español como el legislador orgánico han diseñado un sistema de justicia constitucional articulado sobre los principios de intervención extraordinaria y rapidez en la actuación. De este modo, para restringir la intervención del Tribunal Constitucional español y evitar el peligro del activismo judicial, la regulación española establece que el Tribunal no puede actuar de oficio y, al mismo tiempo, restringe la legitimación activa y dispone que la actuación del Tribunal Constitucional es subsidiaria, por su naturaleza excepcional (vid. BLANCO VALDÉS, R. L., “La política y el derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)”, cit., pp. 248-249).

41 Una práctica política desafiante que se vio intensificada tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010; sobre los problemas jurídicos y políticos que se plantean al respecto debe consultarse BLANCO VALDÉS, R. L., “¿Quién teme al Tribunal Constitucional?”, cit., pp. 42-47.

la interpretación realizada por el alto tribunal español sobre el nuevo tratamiento jurídico que recibe la inexecución de sus resoluciones.

3 Elementos clave de la reforma normativa a la luz de las SSTC 259/2015, 185/2016 y 215/2016

Con el fin de resolver los problemas jurídicos cuestionados en torno a la reforma normativa operada, se activan de forma inmediata distintos instrumentos político-jurídicos tanto en desarrollo como para la inaplicación de la Ley orgánica 15/2015. La importancia de estas medidas radica en que introducen nuevos matices a lo descrito en los apartados anteriores y, por este motivo, requieren un análisis específico.

Por un lado, debemos indicar que el Tribunal Constitucional ha podido aplicar el nuevo incidente de ejecución diseñado en la comentada Ley orgánica mediante el auto del Pleno 141/2016, de 19 de julio, promovido por el Gobierno de la nación, que da cumplimiento a la Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2015, de 2 de diciembre. En la Sentencia 259/2015 este tribunal declara inconstitucional y nula la Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, y su anexo sobre el inicio del proceso político catalán tras los comicios electorales del 27 de septiembre de ese mismo año. El Tribunal Constitucional entiende que la resolución catalana impugnada es la expresión de una manifiesta voluntad de no sujeción ni a la Constitución ni al ordenamiento jurídico fundado y constituido en ella. En particular, declara inconstitucional la norma por ser expresión del rechazo a la vinculatoriedad de la Carta Magna al infringir los artículos 1.1, 1.2, 2, 9.1 y 168 de esta, de tal manera que, a partir de entonces, cualquier actuación de los poderes públicos catalanes que insistan en la vía de hecho abierta por la Resolución parlamentaria 1/XI de 2015 para la creación de la República de Cataluña es inconstitucional y nula. Por este motivo, la aprobación por el Parlamento catalán de la Resolución 5/XI, de 20 de enero de 2016, por la que se crea una Comisión de Estudio del Proceso Constituyente, se entiende como un acto de desobediencia⁴² a la Sentencia constitucional 259/2015. Para hacer valer su inconstitucionalidad, el Gobierno de la nación acude al incidente de ejecución de esta sentencia regulado en el comentado artículo 92 de la LOTC. El Tribunal Constitucional reconoce una comunicación de fines entre ambas resoluciones parlamentarias, el intento de dar la apariencia de validez al denominado proceso constituyente catalán. Aun cuando se trata de un simple acto de trámite parlamentario carente de contenido jurídico, el alto tribunal justifica la estimación del incidente de ejecución, si bien precisa que el alcance de su resolución debe limitarse al caso hipotético de que la comisión dirija sus trabajos para satisfacer cualquier pretensión política más allá del análisis de posibles alternativas de reformar la Constitución. Ahora bien, debe subrayarse que el incidente de ejecución no se pronuncia sobre la constitucionalidad del acto de creación de esa comisión de estudios o sobre su conformidad con la jurisprudencia constitucional, sino que se limita a examinar si se trata de un acto de desobediencia –un incumplimiento de la Sentencia 259/2015– y concluye que el único modo legítimo democráticamente para crear la República de Cataluña es mediante una reforma previa de la Constitución española. Sin embargo, se nos plantea una importante duda sobre la eficacia del incidente de ejecución al observar que es posible el incumplimiento del auto de ejecución dictado, y la vía emprendida

42 Con carácter previo a la STC 259/2015, las SSTC 31/2010 y 42/2014 asientan la doctrina del Tribunal Constitucional sobre hipotéticos procesos constituyentes autonómicos al margen de la reforma constitucional.

para asegurar su obligado cumplimiento es inicio de un nuevo procedimiento de ejecución. A propósito de esta cuestión, en concreto, en relación con el Auto 141/2016, VILLAVERDE MENÉNDEZ señala que ni las partes ni el propio TC plantean la idoneidad de la vía procesal empleada para hacer valer la inconstitucionalidad de la resolución parlamentaria catalana –la vía de impugnación de las resoluciones de las comunidades autónomas por el Gobierno de la nación por motivos no competenciales conforme al título V de la LOTC o al incidente de ejecución regulado en el artículo 92 de la LOTC–⁴³, una cuestión que entendemos que resulta clave para establecer los criterios que permitan discernir la vía procesal a seguir en el futuro y que, como observamos, se plantea con el Auto 170/2016, de 6 de octubre, que estima el incidente de ejecución de la Sentencia 259/2015, de 2 de diciembre, y del Auto de ejecución 141/2016, de 19 de julio⁴⁴.

Por otro lado, indicaremos que se han articulado una serie de medidas jurídicas con el fin de evitar la aplicación de esta reforma. Así, desde el punto de vista normativo, destacaremos que en abril de 2016 el Grupo Parlamentario Catalán presenta una proposición de ley de derogación de esta norma, pero esta proposición caduca al concluir la Legislatura XI. Debemos precisar que, en sede constitucional, la Ley orgánica 15/2015 ha sido objeto de dos recursos de inconstitucionalidad promovidos respectivamente por el Gobierno vasco y el Gobierno catalán en los que se impugnan varios apartados de la LOTC reformada –en concreto, el artículo 92.4 letras a), b) y c) y el artículo 92.5–. La doctrina constitucional sentada en ambas sentencias constituye un elemento trascendental que incorporaremos a nuestro estudio.

Así, en primer lugar, detendremos nuestro análisis en la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2016, de 3 de noviembre, que desestima el recurso de inconstitucionalidad 229-2016 interpuesto por el Gobierno vasco contra los nuevos apartados b) y c) del artículo 92.4 de la LOTC. En esta resolución el Tribunal no sólo considera constitucionalmente legítima la finalidad de dichas medidas –que es la de garantizar la defensa de su posición institucional y la efectividad de sus resoluciones protegiendo su ámbito jurisdiccional–, sino que también determina que las medidas impugnadas no alteran por sí mismas las funciones ni la posición institucional del alto tribunal, una posición institucional que se caracteriza por el ejercicio exclusivo de la función jurisdiccional encomendada por la Constitución española y que comprende tanto la resolución de procesos constitucionales como su ejecución.

Por esta razón, antes de profundizar en los motivos del recurso de naturaleza sustantiva, el tribunal aborda dos cuestiones relevantes sobre su potestad jurisdiccional con el fin de valorar si la reforma operada por la LO 15/2015 respeta el modelo de jurisdicción constitucional diseñado por la Constitución española. Como destacamos al comienzo de este trabajo, se trata de dos cuestiones de extrema importancia por ser presupuesto del desarrollo normativo operado.

43 *Vid.* VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, cit., pp. 642-643.

44 A pesar de lo dictaminado por el Tribunal Constitucional, unas semanas más tarde el Gobierno español inicia un nuevo incidente de ejecución con el fin de suspender otro acto manifiesto de inejecución –la Resolución 263/XI del Parlamento de Cataluña de 27 de julio de 2016, que ratifica el informe y las conclusiones de la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente que había sido suspendida–. De este modo, el Auto del Tribunal Constitucional 170/2016 que resuelve ese incidente de ejecución supone la ejecución forzosa no sólo de la Sentencia 259/2015, sino también del Auto del TC 141/2016 que pretendía dar cumplimiento a esta sentencia al declarar inconstitucional y nula la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña de 20 de enero de 2016.

En primer lugar, se hace referencia al carácter jurídico y no político de la función jurisdiccional del guardián de la Constitución y a la interpretación que puede tener la falta de una previsión constitucional de la potestad de hacer cumplir o ejecutar sus sentencias. Es decir, el alto tribunal realiza una valoración sobre su actividad de control de constitucionalidad, un control que caracteriza como abstracto y desvinculado de cualquier consideración concreta sobre la aplicación de la norma impugnada. Esta consideración permite que el Tribunal Constitucional determine no valorar el acierto político de la norma. Por este motivo, no se aborda la cuestión relativa a la viabilidad de las medidas ni la correspondiente a su aplicación constitucional desde un punto de vista de la estrategia política o el propósito del legislador, sino que pospone esa valoración a un futuro análisis *ad casum*, en el que de forma particularizada se vele por la ejecución de resoluciones recaídas en un proceso constitucional concreto. Esta omisión de pronunciamiento, dado el carácter de resolución definitiva de la Sentencia 185/2015, impide un nuevo control de constitucionalidad, como pone de relieve el magistrado XIOL RÍOS en su voto particular⁴⁵. Sin embargo, autores como BANACLOCHE PALAO mantienen una posición contraria, determinan que es posible imaginar el supuesto de que una norma declarada inconstitucional vulnere derechos en su aplicación, lo que permitiría analizar de nuevo el precepto desde una perspectiva distinta⁴⁶. Pero lo cierto es que la Sentencia 185/2016 deja la puerta abierta a la interposición de ulteriores recursos constitucionales sin aprovechar la ocasión brindada para delimitar los supuestos en los que resulta pertinente la aplicación de la norma, un elemento omitido que puede ser cuestionado en términos de seguridad jurídica y de eficacia.

Asimismo, el tribunal español interpreta que la omisión de un mecanismo de ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional en la Constitución española no implica su desapoderamiento como órgano jurisdiccional. El Tribunal Constitucional pudo haberse identificado sin más como un órgano constitucional que ejerce, entre otras funciones, la jurisdiccional. Lejos de ello, en la Sentencia 185/2016 el alto tribunal entiende que la potestad de obligar al cumplimiento de sus resoluciones se encuentra implícita en su naturaleza de órgano jurisdiccional único en su orden y que le permite garantizar la supremacía de la Constitución. Además, el Tribunal Constitucional subraya que el legislador orgánico está habilitado para regular la ejecución de sus resoluciones, así como para fijar las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento y efectividad. El TC español aclara que el modelo de jurisdicción diseñado constitucionalmente no es un modelo “cerrado, petrificado o congelado en el tiempo”, sino que en virtud del artículo 165 de la Constitución española se le confiere al legislador una amplia capacidad para regular su funcionamiento, sin que ello suponga una desnaturalización del modelo constitucional ni se altere la posición y las funciones de este órgano.

De este modo, el Tribunal Constitucional sostiene que los elementos recogidos en la Ley orgánica 15/2015 son necesarios y tienen una finalidad legítima. En concreto, la Sentencia 185/2016 considera no sólo que las medidas previstas en el artículo 92.4 de la LOTC son instrumentos puestos a su disposición por el legislador para garantizar el efectivo cumpli-

45 El magistrado Juan Antonio XIOL RÍOS considera en su voto particular que el carácter abstracto del análisis efectuado por esta sentencia no debió evitar la valoración y el examen de la aplicación correcta de las medidas adoptadas dentro del actual contexto sociopolítico –el proceso constituyente de Cataluña–, máxime cuando su apariencia de decisión definitiva cierra las puertas a nuevos controles de constitucionalidad.

46 *Vid.* BANACLOCHE PALAO, J., “TC: la ejecución de sus sentencias”, *Diario del Derecho*, edición de 23/11/2016 (http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1159760, consultada el 3 de mayo de 2017).

miento de sus resoluciones, sino que nos recuerda que todos los poderes públicos, incluidas las cámaras legislativas, están obligados a su cumplimiento. Al mismo tiempo, la sentencia entiende que estas medidas tienen una finalidad constitucionalmente legítima porque garantizan la defensa de la posición institucional de este órgano, así como la efectividad de sus resoluciones. Es decir, protegen el ámbito jurisdiccional constitucional de intromisiones de otros poderes públicos que pudiesen menoscabarlo. Por lo tanto, estos instrumentos permiten que el Tribunal Constitucional preserve la supremacía de la Constitución, la sumisión de todos los poderes públicos a ella y, en último término, determinan el papel del alto tribunal como máximo garante de esta en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Cabe resaltar de forma singularizada que, en primer lugar, la Sentencia 185/2016 rechaza que la medida prevista en el artículo 92.4.b) de la LOTC –la suspensión de funciones de la autoridad pública que incumpla una de sus resoluciones– vulnere el principio de legalidad o proporcionalidad debida, dado que entiende que nos encontramos ante una restricción de derechos que sólo tiene como fin garantizar el cumplimiento de sus decisiones, de manera que esta medida está conectada directamente con la ejecución efectiva de las sentencias, por lo que se establecen dos requisitos: “sólo podrá aplicarse cuando esté en la esfera de actuación de la autoridad o empleado público concernidos en el cumplimiento de la resolución” y “se acredite su voluntad deliberada y persistente de no atender a este”. Al mismo tiempo, se fija también un límite temporal en su aplicación, el preciso para asegurar la observancia de la resolución. Este límite conlleva que sólo pueda aplicarse cuando la suspensión resulte imprescindible para asegurar la ejecución de las decisiones del Tribunal Constitucional y que, una vez alcanzada la finalidad pretendida, la medida sea levantada tan pronto cese la voluntad incumplidora. Así, el alto tribunal interpreta que, aunque se trate de una medida gravosa, no nos encontramos ante una medida punitiva –no pretende infligir un castigo ante la desatención obligada de todos los poderes públicos y ciudadanos de cumplir las sentencias del Tribunal Constitucional⁴⁷–, sino que está dirigida a la ejecución de sus resoluciones.

El hecho de que se trate de una medida instrumental y provisional que pretende que la ejecución tenga lugar en sus propios términos, para BANACLOCHE PALAO no puede implicar una vulneración del principio de legalidad ni resultar desproporcionada si está sujeta a unos límites que atienden al menor perjuicio del interesado⁴⁸. Sin embargo, como hemos visto en el apartado anterior de este trabajo, no se debe ignorar que, en determinadas ocasiones, puede plantearse un problema en su aplicación, el choque con el derecho fundamental al ejercicio de funciones y cargos públicos recogido en el artículo 23 de la Constitución española, especialmente cuando se trate de cargos electos. En estos casos, la adopción de la medida no puede obviar la necesidad de una tutela prioritaria del derecho, por lo que la lesión a este debe no ser sólo limitada temporalmente. Así lo expresan los magistrados ASUABATARRITA, VALDÉS DAL-RÉ y XIOL RÍOS, que discrepan con el fallo en este punto. En sus votos particulares, entienden que la medida de suspensión de empleos y cargos públicos debió declararse inconstitucional por su naturaleza sancionadora, ya que impone el castigo a un representante legitimado por su elección en las urnas y conlleva que éste pierda su capacidad de cumplir la resolución. Incluso los magistrados señalados puntualizan que el

47 El TC subraya que para exigir responsabilidades penales ya están previstas legalmente otras medidas, como es la deducción de testimonio a la que ya nos hemos referido en el anterior apartado de este estudio. De esta manera, se confirma que, en estos casos, la relación entre los órganos jurisdiccionales no es de auxilio, sino que se trata de dos procedimientos distintos.

48 *Vid.* BANACLOCHE PALAO, J., “TC: la ejecución de sus sentencias”, cit.

límite temporal fijado para su aplicación –“cesan cuando cese la voluntad incumplidora”– supone el reconocimiento de que la intención es doblegar la voluntad incumplidora, lo que pone de relieve que su fin no es el de la ejecución, sino el hecho de que la medida tiene una naturaleza punitiva y desproporcionada.

En segundo lugar, debe destacarse que la STC 185/2016 determina que la medida de ejecución substitutoria prevista en el artículo 92.4.c) de la LOTC no implica una alteración del sistema de controles del Estado sobre las comunidades autónomas. El Tribunal Constitucional entiende que no se produce un solapamiento o la modificación de las medidas ya previstas, sino que se trata de un instrumento distinto del establecido en el artículo 155 de la Constitución española. El Tribunal Constitucional diferencia una medida u otra en virtud de los principios que legitiman su empleo, en función de su titular y del papel, directo o potencialmente indirecto, que representa el Gobierno en su aplicación. Así, el artículo 155 de la Carta Magna se caracteriza por legitimar al Estado a adoptar no sólo las medidas necesarias ante el incumplimiento por una comunidad autónoma de las obligaciones impuestas por la Constitución u otras leyes o frente a una actuación que atente frente al interés general de España, sino que es el propio Gobierno el que decide la medida aplicable previo requerimiento del presidente de la comunidad autónoma y con la aprobación por mayoría absoluta del Senado. En cambio, la ejecución substitutoria recogida en el artículo 92.4 LOTC se define por ser un mecanismo puesto a disposición del Tribunal Constitucional español, de manera que el propio tribunal determina si lo aplica e, incluso, si lo considerase necesario, puede requerir la colaboración del Gobierno, si bien esa colaboración gubernamental debe ajustarse a los términos definidos por el alto tribunal. Es decir, la Sentencia 185/2016 interpreta que, conforme al artículo 92.4.c) de la LOTC, el Gobierno ni puede actuar discrecionalmente ni puede decidir el tipo de medida aplicable, una interpretación que no es compartida por alguno de sus magistrados. Así, VALDÉS DAL-RÉ opina que debería declararse la inconstitucionalidad de esta medida de ejecución substitutoria, ya que no sólo se solapa con el poder de coerción estatal del artículo 155 de la Constitución, que dota de estos poderes al Gobierno y al Senado, sino que además añade un requisito adicional no previsto en el artículo de la Carta Magna, la intervención del Tribunal Constitucional. De modo que, como subraya el magistrado XIOL RÍOS, puede entenderse que se ha producido una alteración sustancial de la voluntad del constituyente, puesto que el artículo 155 de la Constitución española deja deliberadamente al Tribunal Constitucional en un segundo plano y de él sólo se desprende la competencia del Gobierno con la aprobación del Senado, una posición que altera la reforma de la LOTC al atribuir al Gobierno la potestad de decidir cómo habrá de realizarse la ejecución substitutoria y cómo será esa intervención. Además, debemos añadir a lo expuesto que la medida adoptada no nos ofrece una respuesta definitiva. Se nos plantea una nueva duda sobre su efectividad en caso de que el incumplimiento en la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional sea atribuible al Gobierno de la nación; en concreto, parece complicarse en los supuestos de incumplimientos por omisión que correspondan al Estado español.

Finalmente, y como ya hemos avanzado, la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/2016, de 15 diciembre, que desestima el recurso de inconstitucionalidad 7466-2015 interpuesto por la Generalitat de Cataluña, va a completar la doctrina asentada por el alto tribunal español respecto a la reforma de la LOTC operada el año anterior, una resolución en la que se reitera la constitucionalidad de las medidas adoptadas en la LOTC para velar por el cumplimiento de sus resoluciones. Por este motivo, en relación con esas alegaciones coincidentes, el tribunal se remite a los argumentos indicados en la Sentencia 185/2016 y se centra en el análisis de

Regap



ESTUDIOS

otras de las medidas previstas en la Ley orgánica 15/2015; en concreto, las recogidas en el artículo 92.4.a) y el artículo 92.5 LOTC.

Así, sobre el artículo 92.4.a), que prevé la imposición de multas coercitivas a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del tribunal, la sentencia determina que la reforma operada se limita a incrementar la cuantía de unas multas que aparecen recogidas ya como medida coercitiva desde la redacción originaria de la LOTC. Recordemos que las principales dudas constitucionales que se plantean sobre esta medida se centran en su carácter sancionador, contrario a los principios de seguridad jurídica y legalidad en materia sancionadora, y su desproporción.

Al entender que su finalidad es sólo la disuasoria de determinados comportamientos, el alto tribunal niega el carácter sancionador de la medida alegado por los demandantes, que sostenían, en virtud de ello, la vulneración de los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución española. Para el Tribunal Constitucional la finalidad de estas medidas no es represiva, retributiva o imponer una sanción, sino garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones, de manera que la función de estas multas coercitivas obedece simplemente a una finalidad amparada por los artículos 9.1 de la Constitución y 87.1 de la LOTC: estimular el respecto a la obligación de todos los ciudadanos y poderes públicos de cumplir sus resoluciones.

Además, en este apartado, la Sentencia 215/2016 sólo precisa respecto a la cuantía fijada en la reforma que esta es decidida de manera particularizada por el tribunal cuando imponga la multa, respetando en todo caso el principio de proporcionalidad, y desestima la alegación de su carácter desproporcionado respecto a la capacidad económica de los sujetos multados porque la demanda de inconstitucionalidad no especifica el precepto constitucional vulnerado. Es decir, aunque se determina la constitucionalidad de la medida punitiva material, no se precisan los contornos que delimitan su proporcionalidad, por lo que no se define qué criterios serán considerados para la determinación del importe.

En relación con la segunda de las medidas señaladas, la recogida en el artículo 92.5 LOTC –que faculta al tribunal para adoptar de oficio o a instancia del Gobierno, sin oír a las partes y cuando concurren circunstancias de “*especial trascendencia constitucional*”, las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones que acuerdan la suspensión de las disposiciones, actos o actuaciones impugnados–, el alto tribunal niega que produzca una ampliación del ámbito y los efectos de sus facultades suspensivas ni que fortalezca la prerrogativa concedida al Gobierno por el artículo 161.2 de la Constitución. La sentencia señala que el artículo 92.5 se limita a habilitar al Gobierno para instar la actuación del tribunal cuando considere que se incumple una resolución de suspensión. En todo caso, es el alto tribunal el que de forma exclusiva aprecia si concurren las circunstancias de especial trascendencia constitucional que motiven su aplicación, así como qué medidas han de aplicarse. Cabe señalar que en ningún momento la sentencia precisa cuáles son las circunstancias que requieren su aplicación, así como las medidas que se entienden necesarias para ello, aunque se determina que ese grado de imprecisión no puede considerarse como arbitrario. En último término, la Sentencia 215/2016 justifica que se le confiera al Gobierno la posibilidad de instar la adopción de medidas en caso de incumplimiento, amparándose en lo dispuesto en el artículo 161.2 de la Constitución española. El Tribunal Constitucional interpreta que, si este artículo constitucional le confiere una prerrogativa al Gobierno con carácter exclusivo para iniciar el proceso constitucional de impugnación de las disposiciones y acuerdos adop-

tados por los órganos de las comunidades autónomas –una impugnación que produce una suspensión automática–, esta habilitación es extensible también en el supuesto de que se insten la adopción de medidas ante el incumplimiento de sus resoluciones, de manera que omite, una vez más, la posibilidad de que el incumplimiento pueda producirse por parte del Gobierno. Simplemente se atribuye al Gobierno de manera directa la posibilidad de suspensión que de forma indirecta aparecía recogida en el artículo 161.2 de la Constitución y que no se reconoce al resto de legitimados del artículo 162⁴⁹.

En definitiva, el máximo intérprete de la Constitución determina en las sentencias 185/2016 y 215/2016 que las nuevas medidas previstas en la LOTC para velar por el cumplimiento de sus resoluciones no desnaturalizan la jurisdicción constitucional –no alteran por sí mismas ni sus funciones ni su posición constitucional, no son arbitrarias, ni modifican el sistema de controles de las comunidades autónomas por el Estado, ni vulneran los principios de separación de poderes ni el principio de legalidad penal por el carácter punitivo y no meramente coercitivo–. Al contrario, las resoluciones analizadas determinan que los artículos 92.4.a), 92.4.b), 92.4.c) y 92.5 de la LOTC incluyen unas medidas constitucionales y legítimas para la defensa de la posición constitucional del alto tribunal español que se añaden a las ya existentes sin que se produzca un fortalecimiento de la prerrogativa del Gobierno conferida por el artículo 161.2 de la Constitución, que tiene el mismo carácter y alcance. Pero, como hemos visto, estas sentencias no llegan a pronunciarse sobre algunas cuestiones polémicas que hemos abordado a lo largo de este trabajo y que condicionan la eficacia de las mismas y en último término el sistema de ejecución forzosa constitucional diseñado. En todo caso, su aplicación práctica determinará su verdadera eficacia.

4 Conclusiones

La Ley orgánica 15/2015 despierta de su letargo el concepto durmiente de la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional⁵⁰. Mediante la reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional español, se introducen nuevos instrumentos de auxilio jurisdiccional como garantía del Estado de derecho que tienen como fin acometer la ejecución de sus resoluciones bien directamente o a través de cualquier poder público, una reforma constitucional encubierta que parte del presupuesto de una debilidad jurídica de este órgano para ejecutar sus sentencias en un contexto político delicado marcado por la falta del consenso político.

Las dudas planteadas sobre su oportunidad e idoneidad procedimental cuestionan la necesidad de la reforma operada y perjudican la imagen de neutralidad del Tribunal Constitucional ante una situación política excepcional: el proceso independentista catalán. Un coste político y jurídico muy elevado para este órgano y más aún si analizamos el contenido de la norma. La introducción de un nuevo mecanismo de coerción en las relaciones entre el Gobierno y las comunidades autónomas más allá de lo previsto específicamente en la Constitución española y en el Código penal bajo el riesgo de politización, al convertir al Tribunal Constitucional en un mero ejecutor de las disposiciones del Gobierno, hace surgir las dudas sobre la necesidad de esta modificación legislativa.

49 *Vid.* GARRIDO FALLA, F., “Artículo 161.2”, Garrido Falla, F. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2001, pp. 2679-2681.

50 *Vid.* VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., “Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma”, cit., p. 644.

La reforma de la LOTC operada por la Ley orgánica 15/2015 en el ámbito de la ejecución forzosa de las sentencias del Tribunal Constitucional se caracteriza por presentar ciertas limitaciones relativas a su objeto “solo recursos de inconstitucionalidad”, a los sujetos responsables “solo incumplimiento de las comunidades autónomas” y al ámbito de su aplicación, al observarse que el incumplimiento reiterado de una sentencia ha derivado en el planteamiento de sucesivos incidentes de ejecución en pos de una efectiva realización de lo dictaminado que no llega, unos extremos que plantean serias dudas sobre la efectividad de estas medidas como mecanismos que permiten al alto tribunal español velar por el cumplimiento de sus sentencias y que redundan en cuestionar la verdadera naturaleza de la reforma operada.

Por todo ello, podemos señalar que el Tribunal Constitucional ha perdido una oportunidad única en las dos sentencias comentadas tanto para clarificar que nos encontramos ante un órgano constitucional que ejerce, entre otras, la función jurisdiccional como para resolver cuál ha de ser la forma más efectiva en que ha de llevarse a cabo con carácter general la ejecución forzosa de sus resoluciones. Quizás adoptar un nuevo tipo de instrumentos de ejecución forzosa, lejos de solucionar el problema político que supone la aplicación de los mecanismos constitucionales previstos, puede complicar el cumplimiento de sus resoluciones, como se observa en estos últimos meses. De este modo, como subraya BLANCO VALDÉS, la práctica política del desafío entre las instituciones de la Generalitat y del Gobierno de España nos aboca a un reguero de destrozos que corren el riesgo de desprestigiar al Tribunal Constitucional español⁵¹, un coste demasiado alto para el orden constitucional y que el Estado de derecho no admite.

5 Bibliografía

- ALMEIDA CERREDA, M., “El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español”, *Istituzioni del Federalismo: Revista di studi giuridici*, n. 1, 2016.
- BANACLOCHE PALAO, J., “TC: la ejecución de sus sentencias”, *Diario del Derecho*, edición de 23/11/2016 (http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1159760, consultada el 3 de mayo de 2017).
- BLANCO VALDÉS, R. L., “La política y el derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España (apuntes para un balance)”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 4, 1999.
- BLANCO VALDÉS, R.L., “¿Quién teme al Tribunal Constitucional?”, *Letras libres*, n. 109, 2010 (<http://www.letraslibres.com/mexico-espana/quien-teme-al-tribunal-constitucional>, consultada el 24 de mayo).
- BLANCO VALDÉS, R. L., *La Constitución de 1978*, 2.^a ed., Alianza editorial, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho comparado. El caso español*, colección monografías, Civitas, Madrid, 1998.

51 El origen de este problema se localiza en la retorcida interpretación realizada por el Tribunal Constitucional sobre la reforma del Estatuto catalán en la Sentencia 31/2010. Al respecto, el profesor BLANCO VALDÉS avanzó que esta sentencia asentaba la convicción de que la Constitución es un “chicle” jurídico que admite ser estirado en materia territorial *ad infinitum* a partir de la práctica política del desafío entre las instituciones de gobierno catalanas y española (*vid.* BLANCO VALDÉS, R. L., “¿Quién teme al Tribunal Constitucional?”, cit., pp. 42-47).

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- FONT i LLOVET, T., *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1985.
- GALÁN GALÁN, A., "Los poderes del juez en la ejecución de las sentencias: reacción frente a los actos de la Administración o del legislador que tengan como fin eludir su cumplimiento", Sánchez Lamelas, A. (coord.), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas. IV Curso sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- GARRIDO FALLA, F., "Artículo 161.2", Garrido Falla, F. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2001.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el contencioso-administrativo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- GONZÁLEZ RIVAS, J., *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Comentario sistemático de la Constitución*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J., "Comentario al artículo 80", Requejo Pagés, J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001.
- HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J., "Comentario al artículo 87", Requejo Pagés, J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001.
- HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J., "Comentario al artículo 92", Requejo Pagés, J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001.
- PÉREZ DEL BLANCO, G., *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Doctrina y formularios*, Del Blanco Editores, León, 2003.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de derecho constitucional*, 13.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2014.
- SALAS, J., y PALOMINO, V., "La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional (especial referencia a las relativas a la Administración)", *Documentación Administrativa*, n. 209 (enero-abril), 1987.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., "Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 38, 2016.

Regap



ESTUDIOS

Regap

Notas

2

A contratación pública de servizos ás persoas tras a aprobación das directivas europeas de cuarta xeración. Un novo horizonte nas políticas sociais autonómicas

La contratación pública de servicios a las personas tras la aprobación de las directivas europeas de cuarta generación. Un nuevo horizonte en las políticas sociales autonómicas

Public procurement of services to the person after the passing of fourth-generation public procurement. A new forecast on regional social politics

53 Regap

Regap



NOTAS

JORGE LÓPEZ-VEIGA BREA

Doctorando del programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano

Universidad de A Coruña (Galicia, España)

Investigador del Observatorio de Políticas Públicas en Materia de Discapacidad, Atención a la Diversidad e Igualdad de Oportunidades
Secretario académico de la Red Iberoamericana de Contratación Pública
jorge.lopez-veiga @udcc.es

Recibido: 25/04/2017 | Aceptado: 20/06/2017

Resumo: A contratación pública social na UE pasa por un proceso de evolución. Tanto a xurisprudencia do TXUE como o *soft-law* foron determinantes para este desenvolvemento, que se recoñeceu nas vixentes directivas de contratación pública de 2014. Estas directivas revelaron que estes servizos ás persoas –ou sociais– teñen características específicas que fan que a aplicación dos procedementos habituais para a adxudicación de contratos públicos de servizos resulte inadecuada. Introdúcense dúas novas posibilidades para a prestación destes servizos: un tratamento contractual diferenciado e fórmulas non contractuais. En España, da análise dos aínda escasos avances normativos autonómicos, destacan a incorporación do “concerto social” e do novo tratamento con entidades sen ánimo de lucro.

Palabras clave: contratación pública social, directivas de contratación pública, concerto social, servizos ás persoas, entidades sen ánimo de lucro, terceiro sector.

Resumen: La contratación pública social en la UE pasa por un proceso de evolución. Tanto la jurisprudencia del TJUE como el *soft-law* han sido determinantes para este desarrollo, que se ha reconocido en las vigentes directivas de contratación pública de 2014. Estas directivas han revelado que estos servicios a las personas –o sociales– tienen características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada. Se introducen dos nuevas posibilidades para la prestación de estos

servicios: un tratamiento contractual diferenciado y fórmulas no contractuales. En España, del análisis de los aún escasos avances normativos autonómicos, destacan la incorporación del “concierto social” y del nuevo tratamiento con entidades sin ánimo de lucro.

Palabras clave: contratación pública social, directivas de contratación pública, concierto social, servicios a las personas, entidades sin ánimo de lucro, tercer sector.

Abstract: European social public procurement goes through a process of evolution. The jurisprudence of the CJEU and soft law have been decisive for this development, recognized in the directives of public procurement of 2014. These directives have shown that these services to the people – or social – have specific characteristics that make the application of the procedures of public procurement service are inadequate. Two new possibilities are introduced for the provision of these services: a differential contractual treatment and non-contractual formulas. In Spain, from the analysis of the still scarce regional regulatory advances, stand out the incorporation of the social agreement (“*concerto social*”) and the new treatment with non-profit organizations.

Key words: social public procurement, directives of public procurement, social agreement, services to persons, non-profit organizations, third sector.

Sumario: 1 Consideraciones previas sobre la contratación pública social. 2 El tratamiento europeo de los aspectos sociales en la contratación pública. 2.1 El pasado. 2.2 El presente: transposición y el efecto directo. 3 Novedades en la prestación de servicios sociales tras las directivas de contratación de cuarta generación. Referencia especial al régimen del “concierto social”. 3.1 Consideraciones introductorias. 3.2 El escenario actual en el Estado español: las comunidades autónomas que han dado el paso al frente. 3.3 La colaboración con entidades sin ánimo de lucro. 3.4 La prestación de servicios a las personas en la Comunidad Autónoma de Galicia. 4 Conclusiones. 5 Bibliografía.

1 Consideraciones previas sobre la contratación pública social

Es necesario partir del recuerdo de que la dignidad humana debe ser el centro y la raíz del Estado, y esta debe ser el epicentro de toda Constitución¹. El contenido básico de tal dignidad son los derechos sociales fundamentales, que de ninguna manera pueden ser vulnerados, y son los que otorgan el sentido real a un Estado social, basado en el interés del colectivo.

MEILÁN GIL ya señalaba que la “buena administración”² radica en hacer efectivos los intereses colectivos o generales, en los que se incluyen los derechos fundamentales de la persona, que le vienen predeterminados a la Administración, por iniciativa del Gobierno y el aval del Parlamento³.

En este sentido, cuando en las constituciones de los Estados se preceptúa que los tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican⁴, no se prohíbe únicamente el desvío de poder, la arbitrariedad, sino que al mismo tiempo se impone el sometimiento a los fines que justifican la intervención de la actuación administrativa: la realización del interés general⁵.

1 Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea dedica su primer capítulo a la dignidad. La carta formalmente es proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, se convirtió en jurídicamente vinculante en la UE –teniendo la misma validez jurídica que los tratados de la UE–; se ha incorporado así a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, por todo ello, la carta genera derechos y obligaciones, pudiendo ser invocada ante los tribunales.

En la Constitución española de 1978 es el artículo 10 el que trata la dignidad de la persona.

2 También en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea está reconocido el “derecho a una buena Administración” (artículo 41).

3 MEILÁN GIL, J. L., “El paradigma de la buena administración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, n. 17, 2013, pp. 234-237.

4 *Vid.* artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución española de 1978 y artículos 266.1 e 269.1 de la Constitución portuguesa de 1976.

5 RIVERO YSERN, E., y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El compromiso social del derecho administrativo*, 1.ª ed., Editorial Bubok, Madrid, 2016, pp. 9-22.

Centrándonos ya en el campo específico de la contratación administrativa, tenemos que destacar la reciente concepción de que la contratación pública no constituye exclusivamente un medio para la obtención de prestaciones, obras o servicios en las condiciones económicamente de más provecho para la Administración, sino que es, sobre todo, una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines y valores fundamentales, tales como la redistribución de la riqueza, la igualdad y la justicia. Esto contradice una parte de la doctrina clásica administrativista, para la cual la contratación pública debe servir a criterios puramente económicos. Esta concepción se traduciría en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios, a una neutralidad en la que se deje de contemplar la contratación pública como un instrumento más de política económica.

La Administración, cuando contrata con empresas la realización de obras o servicios de naturaleza pública, dispone de una posición jurídica especial que le permite disponer de una serie de poderes que sólo se justifican en la medida en que previamente estén argumentados en razones de interés común. Por lo tanto, a través de la contratación del sector público es posible, y deseable, que los ahora llamados poderes adjudicadores garanticen que esa forma de prestar los servicios de interés general o de construir obras públicas se realice desde los postulados del servicio objetivo al interés de la ciudadanía. De esta manera, la Administración puede diseñar en la realidad de las condiciones de contratación compromisos éticos o sociales que son de algún modo el reflejo de la cláusula del Estado social y democrático de derecho.

Alcanzado este punto introductorio, conviene diferenciar la compra pública social de la ética; acerca de la compra pública social, MEDINA ARNÁIZ hace hincapié en la incorporación a los contratos públicos de objetivos de política socio-laboral frente a aquellos otros supuestos en los cuales los elementos a valorar tienen más que ver con el cumplimiento de estándares éticos establecidos en las convenciones internacionales sobre condiciones laborales dignas, salarios mínimos, derechos de los trabajadores o lucha contra el trabajo infantil, y que son exclusivos del concepto de compra ética. Hay que tener en cuenta también el concepto de compra pública sostenible, con el que se hace referencia a la integración de aspectos sociales, éticos y ambientales en los procesos y fases de la contratación pública⁶.

Los sistemas de contratación pública suponen un instrumento adecuado para incidir, de manera positiva, en el desarrollo de las políticas sociales, a través de la introducción en los procedimientos de contratación de cláusulas de contenido social que fomenten que las empresas adopten medidas a favor de una colectividad en riesgo de exclusión, la denominada “responsabilidad social corporativa” (RSC). De este modo, las cláusulas sociales son aquellas estipulaciones que obligan a las empresas adjudicatarias de un contrato público a dar cumplimiento, junto con el objeto propio del contrato, a determinados objetivos de política social que se estiman de interés general.

Con la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública, se buscan dos objetivos: por una parte, la promoción y consolidación de un tejido empresarial sostenible con un fuerte compromiso social y, por otra, la promoción de la inserción laboral de aquellas personas que más dificultades tienen para acceder a un empleo. La incorporación de las cláusulas sociales forma parte de un sistema de contratación pública sostenible, que comprende política social, balance social y redistribución equilibrada de la riqueza, profundizando en las raíces de

6 MORENO MOLINA, J. A., y DOMÍNGUEZ ALONSO, A.P., “Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad”, Pernas García, J. J. (dir.), *Contratación pública estratégica*, 1.ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 187-189.

un Estado de bienestar que promueve la igualdad de oportunidades, pensando en el buen futuro de las siguientes generaciones.

El compromiso social de las empresas y el desarrollo de la propia actividad empresarial en el campo de la sostenibilidad pueden ser plenamente realizables y alcanzables desde parámetros racionales y objetivos que mantengan la inclusión de las cláusulas sociales en los pliegos para la contratación pública, de modo que estas cláusulas respondan objetivamente al cumplimiento de los fines sociales y de interés público a los que deben quedar sometidos los poderes públicos en su recurso a la contratación externa de obras, servicios y suministros⁷.

2 El tratamiento europeo de los aspectos sociales en la contratación pública

2.1 El pasado

El reconocimiento de políticas sociales en el derecho positivo europeo tiene su origen en varios cuerpos normativos de carácter general, como son: la Convención Europea de Derechos Humanos⁸, la Carta Social Europea⁹ y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea¹⁰.

Sin embargo, estas normas no hacen un tratamiento específico acerca de la contratación pública social. La cristalización de las cláusulas sociales se construyó, por una parte, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), y, por otra, a partir del *soft-law*.

Así, antes de recogerse la posibilidad de adicionar cláusulas sociales en la normativa de contratación pública del derecho comunitario, el TJUE tuvo que abordar este asunto en la sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Asunto 31/87), caso *Gebroeders Beentjes BV* contra el Estado de los Países Bajos, donde el tribunal se pronuncia a favor de la legalidad de su

7 CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMÓN. PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA. *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*, octubre 2016, pp. 4-5. Consultado el 5 de marzo de 2017, en el siguiente enlace web: <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/resources/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf>

8 El Consejo de Europa (organización internacional que tiene como objetivo principal la defensa y protección de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos, particularmente los civiles y políticos. Se trata de la institución de este tipo más antigua de Europa, nace en Londres en 1949, y engloba la totalidad de los Estados europeos con la única excepción de Bielorrusia) crea la convención, denominada también como Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en Roma el 4 de noviembre de 1950, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1953. En España, se ratifica y entra en vigor el 4 de octubre de 1979. El sistema de protección creado con el convenio evolucionó con el paso del tiempo a través de la aprobación de diversos protocolos que lo complementan (para que cada protocolo entre en vigor, es necesario que sea ratificado por un número mínimo de países). Con el fin de permitir un control del respeto efectivo de los derechos humanos, el convenio instituyó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (o Corte Europea de Derechos Humanos). La Unión Europea incorporó el mandato de la adhesión al convenio, en el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea en su versión consolidada después de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, y que entró en vigor de forma general y para España el 1 de diciembre de 2009.

9 Elaborada en Turín, el 18 de octubre de 1961, con entrada en vigor el 26 de febrero de 1965 y en España el 5 de junio de 1980. El texto de 1961 tuvo una revisión y ampliación de contenido. Fruto de ello fue la publicación de la Carta social europea revisada, en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, que entró en vigor el 1 de julio de 1999 y sería firmada por España el 23 de octubre de 2000; sin embargo aún no fue ratificada.

10 Fue firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 como Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y desde entonces sobrevivió con diversas reformas y distintas denominaciones: hasta 1992 TCEE, de 1992 hasta 2009 como Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), y desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a la actualidad como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

inclusión, en este caso entre los criterios de adjudicación y con dos requisitos indispensables: la publicidad previa y que no se contravengan los principios del derecho comunitario¹¹. Después de este primer paso en el reconocimiento de una contratación social y a pesar de las objeciones de la Comisión, que no se mostró en ese momento muy favorable a esta opción, el TJUE, en ulteriores sentencias, vino consolidando dicha línea jurisprudencial, particularmente en la STJUE de 26 de septiembre de 2000, caso Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa (Asunto C-225/98), conocido como el asunto de la Región Nord-Pas-de-Calais.

Además de la jurisprudencia, como se ha apuntado, tuvo relevancia el *soft-law* (previamente a la llegada de las directivas de contratación pública). De este derecho no vinculante tenemos que destacar el *Dictamen sobre contratación pública*, aprobado el 21 de mayo de 1997 por el Comité Económico y Social de la Unión Europea, donde se exponía la idea de que debería reforzarse el concepto de oferta económicamente más ventajosa, dado que el criterio del precio no era el único determinante y que “*teniendo en cuenta las prioridades comunitarias, especialmente en materia social, las autoridades públicas adjudicatarias podrán integrar estas preocupaciones en los contratos que realicen*”. Este proceso culminó con la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, de 15 de octubre de 2001. Igualmente, destaca la guía de la Comisión Europea, elaborada en octubre de 2010, titulada *Adquisiciones sociales: Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*. Este documento, además de explicar y destacar los aspectos sociales para que no se tengan sólo en cuenta los aspectos economicistas, acuñó el concepto “*compra pública socialmente responsable*” (CPSR), que después sería empleado en las directivas. Tal concepto comprende aquellas operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los aspectos sociales que se citan a continuación: políticas laborales (oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento de los derechos laborales y sociales); inclusión social; derechos de las personas con discapacidad física o mental; accesibilidad universal, crecimiento sostenible, e igualdad de oportunidades. Resumiendo, la CPSR tiene en cuenta la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la contratación de inserción y centros especiales de empleo¹².

Todas estas consideraciones sociales fueron reconocidas en la derogada Directiva 2004/18/CE¹³ y reiteradas en las directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE¹⁴, respetando,

11 La respuesta que dio el TJUE a la cuestión formulada por el tribunal holandés fue: la condición de emplear para la ejecución de la obra trabajadores en situación de paro de larga duración e inscritos en la oficina regional de empleo es compatible con el derecho comunitario si no atenta contra las libertades comunitarias básicas discriminando a los empresarios de otros Estados, determinación que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los tribunales internos. A partir de esta sentencia va a ser acuñado el término de las “condiciones sociales no discriminatorias”.

El TJUE dice que no hay inconveniente en que a través de esta clase de cláusulas sean perseguidos objetivos sociales distintos del examinado en la sentencia *Beentjes*, como la lucha contra el desempleo juvenil, la formación profesional o, incluso, la eliminación de la discriminación laboral por motivos de raza o de género.

Vid. AYMERICH CANO, C. I., “Condiciones sociales e contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, n. 4, 2000, pp. 53-66.

12 CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMÓN. PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*, octubre de 2016, pp. 6-9. <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/resources/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf> (5 de marzo de 2017).

13 Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Publicada en el DOUE n. 134, de 30 de abril de 2004.

14 Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Publicada en el DOUE n. 94, de 28 de marzo de 2014.

en cualquier caso, la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de tratamiento a las personas licitadoras y sin perjuicio de la competencia, transparencia y publicidad que regirán todo proceso de contratación.

Las directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE se inspiran en la *Estrategia Europa 2020: para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. Esta estrategia de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, configura la contratación pública como un instrumento que permite incidir en el mercado con el objetivo de implementar políticas para mejorar las condiciones generales que benefician la innovación en las empresas; fomentar la contratación pública con criterios ambientales; mejorar el entorno empresarial, especialmente para las pequeñas y medianas empresas innovadoras, e incentivar la contratación socialmente responsable¹⁵.

Adicionalmente, la Directiva 2014/24/UE eleva a la categoría de “principio de la contratación” el cumplimiento de las normas obligatorias en materia ambiental, social o laboral en el artículo 18.2, según el cual: *“Los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplan las obligaciones aplicables en materia ambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión, en el derecho nacional, en los convenios colectivos o en las disposiciones de derecho internacional ambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”*.

La inclusión y el fomento de estos aspectos en las contrataciones públicas quedarán sujetos, en cualquier caso, al cumplimiento de los principios fundamentales de la Unión Europea y de las directivas de contratación, constituidos, fundamentalmente:

– Por las libertades fundamentales del mercado interior.

– Y por los principios consagrados en la Directiva 2014/24/UE, recogidos en el artículo 18, a cuyo número 2 ya hicimos referencia, por lo que procede citar en este punto su número 1, cuyo tenor literal es: *“Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con la intención de ser excluida del ámbito de aplicación de la presente directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considera que la*

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Publicada en el DOUE n. 94, de 28 de marzo de 2014.

Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores de agua, energía, transportes y servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Publicada en el DOUE n. 94, de 28 de marzo de 2014.

Estas son las denominadas directivas de cuarta generación.

15 Así, los considerados 2 y 3 de la Directiva 2014/24/UE determinan:

“(2) La contratación pública desempeña un papel esencial en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que se deben utilizar para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando simultáneamente una utilización más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben ser revisadas y modernizadas las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas en conformidad con la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, con la finalidad de mejorar la eficiencia del gasto público, favoreciendo particularmente la participación de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública para el apoyo de objetivos sociales comunes. Igualmente, es necesario esclarecer determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública.

(3) En la aplicación de la presente directiva se debe tener en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad física o mental, en particular con relación a la elección de los medios de comunicación, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato (aprobado por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, el 26 de noviembre de 2009, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad física o mental)”.

competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se concibiese con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente determinados operadores económicos”.

Precisamente por razón de estas reglas y principios comunitarios, así como por la propia naturaleza de ciertos contratos, muchos aspectos sociales sólo podrán ser incluidos en etapas puntuales del procedimiento de contratación.

Junto con estos objetivos, también se busca una mejora en lo relativo a la transparencia, a la simplificación y a la eficiencia en los procedimientos de licitación, así como medidas dirigidas a dar claridad a los conceptos y definiciones, incorporando a su articulado gran parte de la doctrina que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue estableciendo a lo largo de los últimos años para crear un espacio común en materia de contratación pública¹⁶.

2.2 El presente: transposición y el efecto directo

Todo este conjunto de objetivos, que tienen un gran interés desde la perspectiva económica y de la justicia social, requieren su transposición al derecho interno a través de los instrumentos oportunos. Sin embargo, el plazo fijado para llevarla a cabo terminó el 18 de abril de 2016 sin que se hubiera producido la transposición de estas directivas por la mayor parte de los Estados de la UE. Pocos países adaptaron su normativa interna para incorporar el nuevo derecho de la UE en contratación pública. Así, con los datos facilitados por la propia Unión, sólo hicieron correctamente la transposición el Reino Unido, Dinamarca, Portugal y Francia. En lo que concierne a España, aún no se produjo esta transposición de forma general a la legislación estatal, estando, en la actualidad, en el proceso de tramitación parlamentaria de aprobación del proyecto de ley de una nueva Ley de contratos del sector público¹⁷.

En este momento es preciso hacer referencia a la institución del efecto directo¹⁸, el cual implica que, si una directiva no fuera transpuesta en el plazo previsto para ello, o fuera transpuesta incorrectamente, tal efecto permite a un particular invocar directamente sus preceptos frente a los poderes públicos de un Estado miembro, con la primacía sobre cualquier norma interna, garantizándose así la aplicabilidad y la eficacia del derecho europeo en los países de la UE (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –el actual, y denominado

16 VICEPRESIDENCIA E CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS E XUSTIZA (XUNTA DE GALICIA), *Guía para unha contratación pública socialmente responsable no sector público autonómico galego*, 2016, pp. 3-7. http://cpapx.xunta.gal/c/document_library/get_file?file_path=/portal-cpapx/AsesoríaXurídica/GuiasdeContratacion/guia_contratacion_socialmente_responsable_gal.pdf (25 de febrero de 2017).

17 Esto se debió, en parte, a la situación político-legislativa, ya que desde finales del año 2015 hasta finales del 2016 estuvo el Estado español con un Gobierno en funciones.

Es preciso recordar que el Consejo de Ministros del 17 de abril de 2015 aprobó los informes del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España. Se trata de los anteproyectos de Ley de contratos del sector público y de contratos en los sectores del agua, energía, transportes y los servicios postales. Actualmente (marzo de 2017) nos encontramos con un proyecto de Ley de contratos del sector público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, presentado por el Gobierno el 25 de noviembre de 2016, en un proceso de tramitación urgente. El plazo de enmiendas al articulado del proyecto de ley tuvo que ser ampliado en numerosas ocasiones (finalizado el 2 de marzo de 2017), llegándose a superar las mil enmiendas.

18 El efecto directo preserva la nota de primacía propia del ordenamiento jurídico de la Unión Europea (establecida por primera vez en la STJUE de 15 de julio de 1964, *Costa-Enel*, asunto C-6/64), y garantiza con el efecto útil del derecho de la Unión Europea, es decir, su funcionalidad, que no se vea desvirtuado por una eventual inejecución de las directivas por un Estado miembro, quedando además reforzada la esfera jurídica de los particulares beneficiarios del contenido de la directiva. Se trata de un criterio ampliamente consolidado en la jurisprudencia del TJUE, tanto con carácter general (ver la STJUE de 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto C-148/78, y la STJUE de 19 de enero de 1982, *Becker* asunto C-8/81), como en expresa referencia a las sucesivas directivas de contratación pública (ver la STJUE de 24 de septiembre de 1998, *Walter Tögel*, asunto C-76/97, y la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner*, asunto C-15/04).

desde 2009, Tribunal de Justicia de la Unión Europea— de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos*). De acuerdo con la doctrina del TJUE, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva resulten, desde el punto de vista de su contenido, claras, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando este no adapte el derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haga una transposición incorrecta de esta. Una disposición del derecho de la Unión es incondicional cuando establece una obligación que no está sujeta a ningún requisito ni supeditada, en su ejecución o en sus efectos, a que se adopte ningún acto de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros, y esta característica concurre en la mayoría de los preceptos de las nuevas directivas europeas de contratación pública¹⁹.

En lo referente al Estado español, además del efecto directo de las nuevas directivas, es preciso tener en cuenta la necesidad de realizar una interpretación conforme con las exigencias del derecho de la Unión Europea, del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (en adelante, TRLCSP), así como del Real decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas y su importante reforma operada por el RD 773/2015; del RD 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, y del RD 814/2015, que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Si una interpretación no es posible conforme a tal diversidad normativa, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el derecho comunitario y proteger los derechos que este confiere a los particulares, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al derecho de la Unión²⁰.

3 Novedades en la prestación de servicios sociales tras las directivas de contratación de cuarta generación. Referencia especial al régimen del “concierto social”

3.1 Consideraciones introductorias

Con anterioridad a la irrupción de las nuevas directivas de contratación de cuarta generación, la prestación de los servicios sociales se articulaba mediante fórmulas contractuales (siendo

19 Con la finalidad de esclarecer la situación del Gobierno en funciones en España, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Dirección General del Patrimonio, dictó la Resolución de 16 de marzo de 2016 por la que se publica la *Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas directivas comunitarias en el terreno de la contratación pública* (BOE n. 66 de 17 de marzo de 2016). También con la misma finalidad esclarecedora y de una forma mucho más exhaustiva, los tribunales administrativos de contratación pública, en reunión conjunta celebrada en Madrid el 1 de marzo de 2016, aprobaron el documento de estudio titulado *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin una nueva ley de contratos del sector público*.

20 MORENO MOLINA, J. A., “Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué derecho de la contratación pública aplicamos?”, en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.241/relcategoria.208/relmenu.3/chk.e51a081ab9aedb01e26c5798ebc766cf> (2 de marzo de 2017).

la figura predominante el concierto), convenios y convenios singulares de vinculación de hospitales privados. El concierto es un subtipo de contratación de la gestión de los servicios públicos que se encuentra regulado en el artículo 277 del TRLCSP. A modo de recordatorio, esta modalidad general supone que se contrata la gestión con una *“persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate”*. El concierto presupone que una empresa realice con anterioridad al contrato actividades privadas análogas al servicio público de que se trate. En cualquier caso, el concierto va a suplir la *“incapacidad”* actual de la Administración para la prestación de un servicio, por lo que, por definición, se caracteriza por la nota de interinidad o transitoriedad.

Los ejemplos más destacados se encuentran en la esfera educativa y sanitaria. Cuando la Administración concierta con un colegio la prestación del servicio educativo, o con un hospital la prestación de servicios sanitarios, opta por un modelo de gestión que introduce la competencia del sector privado en servicios tradicionalmente públicos. Será el usuario, el destinatario del servicio, el que podrá decidir entre los colegios y hospitales públicos o por contra los privados concertados, siendo este un instrumento de evaluación objetivo a emplear por la Administración para dilucidar qué modalidad de prestación del servicio es la que resulta más ventajosa.

La evaluación del impacto y la eficacia de la legislación sobre contratación pública de la UE han revelado que los *“servicios a las personas”*, los relacionados con la salud y la educación, tienen características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada en esos casos. Estos servicios tienen, por naturaleza, una dimensión transfronteriza muy limitada y se prestan normalmente en un contexto específico que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a la existencia de distintas circunstancias administrativas, organizativas y culturales. Ergo, corresponde a cada Estado miembro, al otorgarles amplias facultades discrecionales para ello, elegir la forma de organización y prestación de dichos servicios. La asimilación del régimen de los conciertos al propio de una determinada modalidad de contrato público en la práctica ha dificultado que en la organización de la prestación de servicios no económicos pero de interés general –como los sociales– pudieran participar en mayor medida las entidades del tercer sector sin ánimo de lucro²¹. Teniendo todo esto en consideración, las nuevas directivas de contratación pública van a introducir dos novedades relevantes en relación con los servicios sociales:

– La primera, un tratamiento contractual específico y diferenciado (de los demás servicios) caracterizado por: a) se aplica únicamente a aquellos servicios individualizados en los anexos IV, XIV y XVII de las directivas europeas 23, 24 y 25 de 2014; b) se establecen umbrales específicos para estos contratos sociales, los cuales, por regla general, son muy superiores a los fijados para los contratos de servicios no prioritarios u *“ordinarios”*²²; c) la implantación de un régimen muy flexible y simplificado, casi reglas mínimas para la licitación de estos

21 Vid. GIMENO FELIÚ, J. M., *“La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales”*, en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/recategoria.208/re/menu.3/chk.fda916418919b4edad19f1025462bf6> (20 de enero de 2017).

22 El artículo 4 letra *“d”* de la Directiva 24/2014 establece: *“esta directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, IVA excluido, sea igual o superior a (...) 750.000 €, en los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV”*. En relación con los contratos de concesiones, al contrario, los umbrales se encuentran igualados.

contratos sociales²³. Existe entonces una indicación directa a los legisladores de los Estados miembros para establecer una regulación específica que garantice los valores propios de estos “servicios a las personas” (calidad, continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad), pudiendo además disponer que la elección del proveedor de servicios se realice sobre la base de la “oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y sostenibilidad” (76.2 de la Directiva 24/2014). El legislador europeo no predetermina estos aspectos, sino que otorga libertad para que cada Estado miembro diseñe el marco jurídico que considere más apropiado.

– La segunda novedad, la declaración formal de que tales servicios pueden prestarse igualmente mediante fórmulas no contractuales: “*los Estados miembros siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o el otorgamiento de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan unas condiciones establecidas de antemano, sin imponer límites o cuotas y siempre que se garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación*”²⁴. Es decir, la propia Directiva 2014/24/UE, en el marco de las previsiones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, afirma expresamente que la aplicación de la normativa contractual pública no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades competentes para la gestión de los servicios a las personas. En consecuencia, no parece oportuno que se restrinjan las posibilidades de organización de dichos servicios con terceros, admitiéndose únicamente las que derivan de la legislación de contratos del sector público²⁵.

3.2 El escenario actual en el Estado español: las comunidades autónomas que han dado el paso al frente

La posibilidad de gestionar servicios a las personas al margen de la vía contractual ha sido el elemento determinante para impulsar el proceso de reforma de la legislación autonómica. El cambio es significativo y afecta de lleno a la figura tradicional de colaboración privada con el sistema público de servicios sociales: el concierto. De forma sintética, los puntos más relevantes de la reforma son: a) se ha acuñado una nueva denominación y ahora se habla mayoritariamente de “concierto social”; b) se declara expresa y formalmente que el concierto social está excluido del ámbito de las normas de contratación del sector público; y c) la ausencia de beneficio en la gestión privada irrumpe como elemento clave de la remodelación de los sistemas sociales autonómicos. Dicha remodelación ha exigido la reforma de las correspondientes leyes autonómicas de servicios sociales (el artículo 148.1.20.º de la Constitución española establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias exclusivas en materia de asistencia social)²⁶.

23 Vid. artículo 76.1 Directiva 24/2014 “(...) Los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión”.

24 Véanse los considerandos 54 de la Directiva 23/2014, 114 de la Directiva 24/2014 y 120 de la Directiva 25/2014.

25 LAZO VITORIA, X., “La figura del «concierto social» tras las directivas europeas de contratación pública”, en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/releategoria.208/relemenu.3/chk.3a0dbd2183e053976d3b5e7acf2d0a37> (20 de enero de 2017).

26 *Ibid.*

Algunas CC.AA., ante la falta de transposición de la Directiva 2014/24/UE al ordenamiento jurídico español, decidieron aprobar una legislación que regulase ese nuevo régimen del “concierto social” ante la posibilidad de que, con el marco jurídico vigente, no adaptado a las disposiciones de la citada directiva, pudiera seguir interpretándose que el régimen jurídico de la acción concertada debe equipararse al propio de alguna de las modalidades previstas en la legislación de contratos públicos, resultando perentorio clarificar que el concierto presenta una naturaleza distinta de los contratos públicos, así como determinar los principios a los que deberá ajustarse su celebración. A continuación se relata el proceso temporal del antedicho desarrollo normativo autonómico:

La primera comunidad autónoma en dar un reconocimiento especial al régimen de acción concertada fue el País Vasco, con su Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales del País Vasco. Se puede considerar que el País Vasco fue un adelantado a la hora de incorporar un régimen de concierto diferenciado. En su artículo 61.1 *“se establece un régimen de concierto diferenciado de la modalidad contractual de concierto regulada en la normativa de contratación de las administraciones públicas”*. De la misma manera, se establecerán en su artículo 60.1 las siguientes fórmulas para la prestación de los servicios sociales: *“gestión directa, régimen de concierto previsto en la presente ley, gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación de las administraciones públicas, y convenios con entidades sin ánimo de lucro”*.

Este germen del nuevo concierto regulador de los servicios sociales, ya con el argumentario y reconocimiento posterior de las directivas y de la jurisprudencia del TJUE, se verá refrendado con la Ley 6/2016, de 12 de mayo, del tercer sector social de Euskadi (véase su artículo 15).

La segunda comunidad fue Baleares, con la Ley 10/2013, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley 4/2009, de servicios sociales de las Islas Baleares. Es la primera vez que se hace referencia a la nomenclatura “concierto social” (aunque no de manera rotunda, sólo lo hace el artículo 89 *ter* en el momento de tratar el objeto de este tipo de concierto), pero sí se establece que el régimen de concierto previsto en esa ley se establece como diferenciado de la modalidad contractual de concierto que regula la normativa de contratación del sector público (artículo 89 *bis* 3)²⁷. De la misma manera, se va a introducir una novedosa distinción en la prestación de los servicios sociales, a través de las siguientes fórmulas: *“gestión directa, régimen de concierto previsto en esta ley, gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación de las administraciones públicas y convenios con entidades sin ánimo de lucro”* (artículo 89.1). Es conveniente destacar el Decreto 18/2015, de 10 de abril, por el que se establecen las normas básicas de los conciertos sociales, que supondrá el desarrollo de los principios establecidos en la Ley 4/2009 y, concretamente, en los artículos específicos sobre este régimen de concertación diferenciado de lo que estipula el TRLCSP (del artículo 89 *bis* al 89 *septies*). Por todo este exhaustivo desarrollo, la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares se convirtió en el referente a seguir en este paulatino proceso de reforma de los servicios sociales autonómicos.

27 Diferenciación posteriormente corroborada por la disposición adicional segunda del Decreto 18/2015, de 10 de abril, por el que se establecen las normas básicas de los conciertos sociales, cuyo título ya deja claras las intenciones: diferenciación respecto al concierto previsto en el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público. *“El régimen de concierto regulado en este decreto se establece como diferenciado de la modalidad contractual de concierto que regula el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (...), y, por tanto, está excluido del ámbito de aplicación de este texto refundido”*.

Apenas dos años después, Asturias aprobó su Ley 9/2015, de 20 de marzo, de modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de servicios sociales. Se establece, tras esta modificación, el concierto social como modalidad diferenciada, a modo de una modulación o especialidad con respecto a la modalidad contractual del concierto general recogida en el TRLCSP –toda vez que la aplicación general de la vigente normativa de contratos del sector público no establece ninguna especificidad vinculada a la singularidad de los servicios sociales–, garantizando, a su vez, el cumplimiento de los principios informadores de la normativa estatal y europea en materia de concertación entre la iniciativa pública y la privada.

Ahora bien, hay que destacar la redacción de las formas de prestación de los servicios sociales que aparecen en su artículo 44.1: *“El Principado de Asturias, en el ámbito de sus competencias, puede organizar la prestación de los servicios sociales del Catálogo de Prestaciones o de su planificación autonómica a través de las siguientes fórmulas: gestión directa, gestión indirecta en el marco general de la normativa de contratación del sector público incluido el régimen de concierto social previsto en esta ley, y convenios con entidades de iniciativa social”*. Se configura el concierto social como una fórmula contractual aunque su régimen jurídico se asemeje al aprobado por el resto de comunidades autónomas para el concierto social, de fórmula no contractual.

En medio de esta paulatina reforma legislativa autonómica, el Estado español aprobó la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social. Esta nueva ley estatal, que deberá respetar la competencia exclusiva de las comunidades autónomas que tengan asumida la misma en la materia de asistencia social en sus estatutos, insta al Gobierno, a través de los ministerios que tengan competencias sobre la materia, a promover actuaciones de fomento, apoyo y difusión del tercer sector de acción social. Por su parte, tanto la Administración general del Estado como las comunidades autónomas y las entidades locales han de colaborar en la promoción de los principios del tercer sector de acción social. Destaca en este punto la letra f de su artículo 7; en este precepto se pretende dar un impulso, otorgando especial atención al uso de los conciertos y convenios, a los mecanismos de colaboración entre la Administración general del Estado y las entidades del tercer sector de acción social, para el desarrollo de programas de inclusión social de personas o grupos vulnerables en riesgo de exclusión social y de atención a las personas con discapacidad o en situación de dependencia²⁸.

La Ley 16/2015, de 9 de noviembre, que modifica la Ley 3/2003, del sistema de servicios sociales de la Región de Murcia, va a suponer otro nuevo paso adelante autonómico en adaptar su legislación al tratamiento de los servicios sociales. Se introduce un artículo 7 bis (que posteriormente tuvo una nueva modificación con la Ley 5/2016, de 2 de mayo, que modifica la Ley 3/2003, del sistema de servicios sociales de la Región de Murcia²⁹) en el que se organiza la prestación de los servicios sociales a través de las siguientes fórmulas: “a) *Gestión*

28 Como aspecto positivo de la nueva ley estatal, se ha de destacar el intento de clarificación que lleva a cabo del ratio competencial a través del cual se distribuyen con nitidez las competencias entre la Administración general del Estado y las comunidades autónomas y el hecho de que se refuerce la consideración de que el papel de las entidades que integran el tercer sector de acción social no puede, en ningún caso, diluir la responsabilidad de la Administración general del Estado.
CALVO VÉRGEZ, J., “La nueva Ley 43/2015, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social: un nuevo marco de actuación para las entidades del tercer sector”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2015, parte Tribuna.

29 Se modifica nuevamente el artículo 7 bis, en el sentido de eliminar la exclusividad y establecer la preferencia de las entidades declaradas de interés asistencial en el establecimiento de los conciertos sociales. Ya que la posibilidad de celebrar conciertos debería estar abierta a todas las entidades prestadoras de servicios sociales, y no quedar limitada a aquellas entidades que obtengan, por desarrollar actuaciones de especial interés y trascendencia para los servicios sociales de la Región de Murcia, la declaración de entidades de interés asistencial.

directa. b) Gestión indirecta en el marco general de la normativa de contratación del sector público. c) Mediante conciertos sociales con entidades privadas con o sin ánimo de lucro, teniendo preferencia las declaradas de interés asistencial según lo establecido en el artículo 7.d.) Y mediante convenios con entidades de iniciativa social, entendiéndose como tales las fundaciones, asociaciones, cooperativas, organizaciones de voluntariado y demás entidades e instituciones sin ánimo de lucro que realizan actividades de servicios sociales, siempre que sobre dichas entidades no ostente el dominio efectivo una entidad mercantil que opere con ánimo de lucro". También se dejará claro que el régimen de concierto es diferenciado de la modalidad contractual del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público (artículo 25 bis 3).

Se llega así al 18 de abril de 2016, fecha límite para la transposición de las directivas, con un panorama en el que el Estado español no ha realizado una transposición plena de las directivas de cuarta generación y, respecto al tratamiento de la gestión de los servicios sociales, sólo un número insignificante de CC.AA. han adaptado sus leyes a este nuevo régimen otorgado por el legislador europeo. Se instaura la institución del efecto directo –ya tratado anteriormente– con el que las citadas directivas ya producen efecto en los ordenamientos de los Estados miembros de la UE.

En este contexto, destaca el modelo *sui generis* de Cataluña, ya que a través de su Decreto ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública de Cataluña (convalidado en julio de 2016), ha introducido entre las figuras no contractuales de gestión de servicios sociales el concierto social sin modificar su Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales. De este modo, en la disposición adicional tercera del citado decreto expone la siguiente formulación: "(...) *los servicios sociales regulados en la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, se podrán gestionar mediante fórmulas no contractuales, tal como se define a continuación: 1. Concierto social: la prestación de servicios sociales de la red de servicios sociales de atención pública a través de terceros titulares de los servicios y establecimientos en los que se presten servicios con financiación, acceso y control públicos. En el establecimiento de los conciertos sociales para la provisión de servicios sociales se tienen que atender los principios de atención personalizada e integral, arraigo de la persona al entorno de atención social, elección de la persona y continuidad en la atención y la calidad. Por eso, se podrán establecer como requisitos, cláusulas, medidas de preferencia o medidas de discriminación positiva, criterios sociales, de calidad, de experiencia y trayectoria acreditada, y otros que se determinen reglamentariamente. 2. Gestión delegada: la prestación de servicios sociales de la red de servicios sociales de atención pública en establecimientos de titularidad de la Administración pública, a través de terceros, en los términos y en las condiciones que le encomiende la Administración pública titular del establecimiento o servicio*".

La Comunidad Autónoma de Aragón modificará la Ley 5/2009, de 30 de junio, de servicios sociales de Aragón, en un primer momento, y con una naturaleza de urgencia, a través del Decreto ley 1/2016, de 17 de mayo, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario. Posteriormente también, por medio de la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para prestación de servicios de carácter social y sanitario de Aragón (y que deroga al Decreto ley 1/2016).

En el apartado 1 del artículo 21 de la Ley de servicios sociales modificada quedan redactadas las nuevas formas de proveer a las personas de los servicios sociales: "a) *Mediante gestión*

Regap



NOTAS

directa o medios propios, que será la forma de provisión preferente. b) Mediante gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público. c) Mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas de iniciativa social", formas que serán las mismas que las reflejadas en el artículo 2 de la Ley 11/2016 de acción concertada, con la salvedad de que ya no se le otorga el carácter de preferente a la gestión directa.

Las formas de prestación de los servicios a las personas de carácter social o sanitario que se establecen mediante esta ley se basan en una concepción equilibrada de gestión directa, indirecta y acción concertada, que garantiza la aplicación de la normativa de contratación del sector público, con la economía que genera, siempre que los operadores económicos actúen en el mercado con ánimo de lucro y, consecuentemente, incorporando a los precios beneficio industrial. La acción concertada se circunscribe, por ello, en el marco de la reciente jurisprudencia del TJUE, a entidades sin ánimo de lucro, limitándose su retribución al reintegro de costes y siempre en el marco del principio de eficiencia presupuestaria. De este modo, la posible prestación de servicios en régimen de gestión directa, objetivando los costes, en gestión indirecta, recurriendo al mercado para la determinación de los precios, y en régimen de acción concertada mediante módulos, permitirá un adecuado control de los costes de las diferentes prestaciones que, además, conforme a esta ley, deberán ser transparentes y publicarse periódicamente. Este sistema de régimen de acción concertada es, en todo caso, complementario y no excluyente del régimen establecido en la normativa sobre contratación³⁰.

Galicia y Andalucía, se han convertido en las últimas CC.AA. en adaptar su normativa a las consideraciones de las directivas de 2014. De la primera haremos mención más adelante y, respecto a la segunda, el desarrollo legislativo se produce con la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de Andalucía. En la citada ley, el concierto social se establece como una modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público, siendo necesario establecer condiciones especiales, cumpliendo con los principios informadores de la normativa europea en materia de concertación (artículo 101.3). En su artículo 100.1 se establecen las fórmulas para organizar la prestación de los servicios sociales andaluces: "*gestión directa, régimen de concierto social previsto en esta ley y gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público, garantizando, en todo caso, los principios de igualdad y no discriminación, publicidad y transparencia*". De la nueva ley se desprende una preferencia clara hacia la figura del concierto social, ya que, salvo un *numerus clausus* de prestaciones contempladas para la gestión directa (artículo 44), en los demás casos se deberá aplicar este régimen de concierto específico, a no ser que motivadamente no sea posible tal aplicación, por lo que habría que recurrir a la gestión indirecta (con clausulado social) y a convenios con entidades de iniciativa social con experiencia acreditada ("*por razones de urgencia, la singularidad de la actividad o prestación de que se trate, o su carácter innovador y experimental*") artículos 108 y 110, respectivamente.

3.3 La colaboración con entidades sin ánimo de lucro

En lo concerniente a la nueva modalidad de gestión de los servicios sociales mediante convenios con entidades sin ánimo de lucro, denominadas también entidades de iniciativa social,

³⁰ Preámbulo de la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para prestación de servicios de carácter social y sanitario de Aragón.

las citadas CC.AA. han reconocido la forma de gestión con convenios o acuerdos con este tipo de entidades.

Las Islas Baleares (en su artículo 89 *quinquies* apartado 4 de la Ley 10/2013), Cataluña (en su disposición adicional tercera, apartado 9 del Decreto ley 3/2016) y Asturias (artículo 44 *bis*, apartado 1 de la Ley 9/2015) establecen que, para el establecimiento de conciertos, las administraciones públicas darán prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, a las entidades sin ánimo de lucro.

Interesa citar también que Asturias (artículo 44 *octies*) y el País Vasco (artículos 69 y 70 de la Ley 12/2008 de servicios sociales) prevén la celebración de convenios con entidades de iniciativa social con experiencia acreditada en aquellos supuestos en que, por razones de urgencia, la singularidad de la actividad o prestación de que se trate, o su carácter innovador y experimental, aconsejen la no aplicación motivada del régimen de concierto social. También en ambas CC.AA. se podrán establecer con las entidades de iniciativa social acuerdos de colaboración que recojan los conciertos, convenios o cualesquiera otras formas de colaboración que se suscriban respectivamente con cada una de ellas³¹.

Respecto a Andalucía, conviene destacar que las administraciones públicas competentes darán prioridad no sólo en los conciertos, sino también en los contratos de gestión directa y en los de gestión indirecta (cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social) a las entidades de la iniciativa social, a las entidades de economía social, a las cooperativas y a las pequeñas y medianas empresas (artículo 100.4 de la Ley 9/2016 de servicios sociales de Andalucía).

El caso de la Comunidad Autónoma de Aragón presenta la peculiaridad de que su legislación faculta a celebrar conciertos sociales exclusivamente con entidades sin ánimo de lucro.

Por último, hay que comentar que en Murcia existe una regulación algo diferente, debido a que, como ya se señaló anteriormente (artículo 7 *bis* de la Ley 3/2003), para el establecimiento del régimen de concierto social tienen preferencia las declaradas entidades de interés asistencial, que pueden ser entidades privadas con o sin ánimo de lucro (a diferencia de lo establecido en las demás CC.AA.). Ahora bien, el artículo 25.3 señala que las administraciones públicas podrán establecer conciertos, convenios u otras fórmulas de cooperación para la prestación de servicios sociales, en las que darán prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, a los servicios y centros dedicados a la prestación de servicios sociales de los que sean titulares entidades de iniciativa privada sin fin de lucro y atiendan preferentemente a personas de condición socioeconómica desfavorable.

Las entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro, además de encontrar su apoyo en las nuevas directivas de contratación pública (resultando paradójico el reconocimiento de una vía no contractual en una norma propia de contratación –aunque sea en la parte de los considerandos–), gozan ya de jurisprudencia del TJUE al respecto que va a refrendar esta modalidad de gestión. Hay que hacer referencia a la STJUE (sala quinta) del 28 de enero de 2016, *CASTA* y otros, asunto C-50/14, que abre nuevas perspectivas a la colaboración

31 El País Vasco fue también un pionero en la colaboración y en el reconocimiento de las entidades sin ánimo de lucro, dedicando un capítulo titulado "Apoyo público a la iniciativa social sin ánimo de lucro" (artículos 73 a 75 de la Ley 12/2008 de servicios sociales), además de aprobar el Decreto 424/2013, de 7 de octubre, de declaración de interés social de las entidades sin ánimo de lucro de servicios sociales.

de entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de prestaciones a personas en los sectores sanitarios y sociales³².

Sobre la cuestión elevada al TJUE en lo referente a si es posible oponer el derecho de la Unión en el ámbito de los contratos públicos a una normativa nacional que permite la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario a asociaciones de voluntariado, el tribunal advierte que la regla genérica es la de que un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público sólo por el hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro. Esto implica que los principios de la contratación pública, a destacar el de la transparencia y publicidad, deben ser esenciales en favor de respetar la libre competencia de las demás empresas de otros Estados miembros. No obstante, según el análisis de cada supuesto, existen un conjunto de aspectos, como son el marco jurídico nacional, la naturaleza de las prestaciones consideradas, la eficiencia económica y el interés general, entre otros, que se tendrán en consideración. Con todo esto, se concluye que los artículos 49 y 56 TFUE no impiden que una normativa nacional habilite a las autoridades locales para atribuir la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado; ello significa que esta clase de adjudicación es compatible con el derecho de la Unión siempre que se cumpla lo siguiente: primero, que el marco legal y convencional en el que se desenvuelve la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y no persigan objetivos distintos de los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan; segundo, que no consigan ningún beneficio directo o indirecto de sus prestaciones, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros; en lo que respecta al reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, debe procurarse que el participante pueda obtener únicamente la devolución de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones; y tercero, si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional³³.

Admitida así esta posibilidad, el TJUE añade que, cuando concurren todas las condiciones que a la luz del derecho de la Unión permiten a un Estado miembro prever el recurso a asociaciones de voluntariado, se puede atribuir a éstas la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad sin que resulte necesario realizar una comparación previa de las ofertas de varios operadores homogéneos (en su caso, también comunitarios) que puedan obtener la adjudicación directa, con la objeción de que deben ser respetados dos límites: el primero, que tal opción se justifique en el principio de eficiencia, es decir, que ese medio de actuación contribuya efectivamente al objetivo de eficiencia presupuestaria; en segundo lugar, que esas actividades comerciales

32 Esta sentencia resuelve la petición de decisión prejudicial –tiene por objeto la interpretación de los artículos 49 y 56 TFUE– sobre la adjudicación, sin licitación, del servicio de transporte de las personas en tratamiento de diálisis a diferentes centros sanitarios, a varias asociaciones de voluntariado organizadas sobre la base de prestaciones de trabajo no retribuido y a cambio de un reembolso efectivo de los gastos.

33 El TJUE establece una importante cautela de ámbito general y recuerda que el principio general del derecho de la UE de prohibición del abuso de derecho no habilita para una aplicación de esa normativa que ampare prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros. Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal.

sean marginales en relación con el conjunto de las actividades de tales asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de estas.

En conclusión, el derecho europeo de la contratación pública habilita para que, en un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, se pueda adjudicar a entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro (tercer sector) que colaboran con los fines públicos, dado el marcado carácter estratégico de esa colaboración. Esta posibilidad, con los límites ya descritos por el TJUE, exige una norma legal (como se vio, dentro del ámbito competencial español de las CC.AA.) que prevea y regule esta posibilidad. Sin ese marco legal expreso se deberán aplicar las reglas ordinarias de la contratación pública, lo que puede conducir a ciertos efectos no deseables³⁴.

3.4 La prestación de servicios a las personas en la Comunidad Autónoma de Galicia

El Estatuto de autonomía de Galicia, a través de su artículo 27.23, asumió la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Galicia en asistencia social. Teniendo en cuenta esta premisa, el Parlamento de Galicia manifestó su voluntad de establecer una regulación legal propia en materia de servicios sociales, mediante la aprobación de la Ley 3/1987, de 27 de mayo, de servicios sociales, y posteriormente mediante la Ley 4/1993, de 14 de abril, de servicios sociales. Estas leyes, especialmente la última, posibilitaron el nacimiento y posterior desarrollo de un sistema de servicios sociales con identidad propia, en el que se identificaban niveles y contenidos y en el que se implicaba a las administraciones públicas y entidades privadas, teniendo por objeto estructurar y regular como servicio público los servicios sociales de Galicia para la construcción del sistema gallego de bienestar.

La vigente ley de servicios sociales de Galicia es la Ley 13/2008, de 3 de diciembre. Esta ley tuvo una importante modificación en el ámbito de la contratación pública en julio de 2016, pero antes de abordar esta modificación hay que hacer mención a otra ley que también incorporó medidas en esta temática. Esta fue la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, que bebe directamente del proyecto de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y fue tramitada de manera paralela a esta, la cual impuso a los poderes adjudicadores de todo el sector público autonómico la obligación de realizar, en la medida de lo posible, contrataciones públicas socialmente responsables. En este sentido, el artículo 25 establece que, con el objeto de promover una contratación pública ecológica y socialmente responsable, los poderes adjudicadores de la Administración deberán tener en cuenta criterios sociales y de sostenibilidad medioambiental al diseñar las especificaciones técnicas y administrativas del contrato. Además, estos poderes ponderarán la inclusión de criterios sociales y medioambientales como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución del contrato, debiendo tener tales criterios relación directa con el objeto del contrato³⁵.

34 GIMENO FELIÚ, J. M., "Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias", en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/id.232/relcategoria.208/relmenu.3/chk.faf01cea691c17e6c632c328db10de0f> (20 de enero de 2017).

35 Este precepto debe completarse con los artículos 26 y 27 de la ley. El artículo 26 establece la reserva de contratos a centros especiales de empleo y empresas de inserción sociolaboral, y el artículo 27, por su parte, relata la participación de las asociaciones y fundaciones en los contratos del sector público.

En 2016 la Xunta de Galicia publicó la *Guía para una contratación pública socialmente responsable en el sector público autonómico gallego*. La guía se centra en los aspectos esenciales que se deberán tener en cuenta para diseñar contratos del sector público autonómico y facilita a los adjudicadores llevar a cabo una contratación pública socialmente responsable, mediante una contratación que incorpora criterios sociales como la igualdad de género, la inclusión social y los derechos de las personas con discapacidad, entre otros.

Tras esa acertada incorporación de una “contratación pública socialmente responsable”, llegó la Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia. Se considera necesaria una modificación de la ley de servicios sociales de Galicia con el objeto de potenciar el papel de las entidades de iniciativa social en la prestación de servicios y dotarlas de un nuevo mecanismo que permita impulsar las relaciones entre estas y las administraciones públicas, a la vez que dote de una mayor seguridad jurídica las actividades económicas de este sector.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la regulación comunitaria y a la vista de la legislación de otras comunidades autónomas, en la medida en que corresponde a la Comunidad Autónoma de Galicia la configuración del sistema propio de servicios sociales, se acomete la modificación parcial de la Ley de servicios sociales con la introducción del concierto social como modalidad diferenciada con respecto a la modalidad contractual del concierto general recogida en el TRLCSP, garantizando también el cumplimiento de los principios informadores de la normativa estatal y europea en materia de concertación entre la iniciativa pública y privada, así como la figura de los acuerdos marco para la gestión de servicios sociales con las entidades, con la finalidad de atender la libre elección de la persona destinataria del servicio de que se trate.

En el artículo 29 se regulan las formas de prestación de los servicios sociales en Galicia y se dispone que los servicios sociales los prestarán las administraciones públicas gallegas directamente o, de manera indirecta, a través de las diversas modalidades de contratación de la gestión de servicios públicos establecidas en la normativa reguladora de los contratos del sector público, nombrada mediante la modalidad de concierto³⁶.

Dicho artículo 29 tuvo dos modificaciones, una primera con la disposición final 3.1 de la Ley 6/2016, de 4 de mayo, de la economía social de Galicia, en la que se añaden al apartado 2 los tres últimos párrafos, quedando vigente desde el 7 de junio de 2016³⁷; la segunda

36 Exposición de motivos de la Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia.

37 *“Artículo 29.2. Las personas físicas y jurídicas privadas, de iniciativa social o de carácter mercantil, podrán actuar como entidades prestadoras de servicios sociales y, en consecuencia, crear centros de servicios sociales, así como gestionar programas y prestaciones de esta naturaleza, de conformidad con lo establecido en el presente título.*

Por razones de salud pública directamente vinculadas con la garantía de la adecuada atención y protección de los usuarios de los servicios sociales, siempre que incluyan prestaciones ligadas a la salud de acuerdo con las respectivas normativas sectoriales que los regulan, la prestación de los servicios para personas mayores, con discapacidad y/o con dependencia, de los servicios para la infancia y la adolescencia, y de los servicios de acogida o inclusión está sujeta, con carácter previo al inicio de la actividad, a la correspondiente autorización dictada por el órgano con atribuciones en materia de autorización e inspección de la consejería de la Xunta de Galicia con competencia en materia de servicios sociales, en los términos previstos en la presente ley y en su normativa de desarrollo.

La prestación de los servicios que supongan el ejercicio privado de funciones públicas relativas al acogimiento residencial de menores o a la aplicación de medidas judiciales a menores, así como la prestación de servicios de educación infantil sujetos a autorización de conformidad con las leyes en materia educativa que los regulan, está sujeta con carácter previo al inicio de la actividad a la correspondiente autorización dictada por el órgano con atribuciones en materia de autorización e inspección de la consejería de la Xunta de Galicia con competencia en materia de servicios sociales, en los términos previstos en la presente ley y en su normativa de desarrollo.

La prestación de los restantes servicios sociales está sujeta, con carácter previo al inicio de la actividad y en los términos previstos en la presente ley y en su normativa de desarrollo, a la presentación de la correspondiente declaración responsable o comunicación previa, de

modificación del artículo 29 vino de la mano de la Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia, y que afectará al apartado 1, entrando en vigor esta modificación el 1 de agosto de 2016. En esta nueva redacción –que modifica la letra c) y añade la letra d)– literalmente se expone que los servicios sociales serán prestados por las administraciones públicas gallegas a través de las siguientes fórmulas: “a) la gestión directa, b) la gestión indirecta en el marco de la normativa reguladora de los contratos del sector público, c) mediante el régimen de concierto social previsto en esta ley, y d) mediante convenios con entidades sin ánimo de lucro”.

La citada Ley 8/2016 incorporó a la ley gallega de servicios sociales en los artículos 33 *bis*, *ter*, *quater*, *quinquies*, *sexies*, *septies* y *octies* la nueva modalidad de concierto social, que se establecerá como modalidad diferenciada de la del concierto general regulado en la normativa de contratación del sector público, dadas las especiales circunstancias que concurren en el ámbito de los servicios sociales.

El concierto social se define como el instrumento por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades cuyo financiamiento, acceso y control sean públicos, siendo las entidades que ofrecen servicios sociales previstos en las carteras de servicios vigentes las que podrán acogerse a este régimen de conciertos específico.

El objeto del concierto social es, por un lado, la reserva y la ocupación de plazas para uso exclusivo de las personas usuarias de servicios sociales o los colectivos vulnerables, cuyo acceso sea autorizado por las administraciones públicas, y, por otro, la gestión integral de prestaciones técnicas, tecnológicas, de servicios, programas o centros.

En el establecimiento de los conciertos para la provisión de servicios sociales, se atenderán los principios de atención personalizada e integral, arraigo de la persona en el entorno de atención social, elección de la persona y continuidad en la atención en su ciclo vital y la calidad. Por ello, se podrán establecer como criterios para la formalización de los conciertos determinadas medidas de preferencia o medidas de discriminación positiva, criterios sociales, de calidad, y de experiencia y trayectoria acreditada. Específicamente, en la atención a la infancia se tendrá en consideración en la selección del personal la formación específica y la experiencia en atención a menores, en particular derechos de la infancia, maltrato infantil, atención a personas menores de edad, víctimas de violencia de género y abuso sexual.

Además de la obligación al titular de la entidad que concierta a proveer las prestaciones y los servicios en las condiciones estipuladas en la legislación aplicable y en el pliego técnico del concierto social, el concierto social tiene como efectos: que no se les puede cobrar a las personas usuarias por las prestaciones propias del sistema de servicios sociales de responsabilidad pública ninguna cantidad al margen del precio público establecido. Las prestaciones no gratuitas no podrán tener carácter lucrativo. El cobro a las personas usuarias de cualquier cantidad por servicios complementarios a mayores de los precios públicos estipulados tendrá que ser autorizado por la Administración competente.

acuerdo con lo previsto en la normativa sectorial de aplicación, sin perjuicio de las facultades de control, comprobación e inspección que corresponden al órgano con atribuciones en materia de autorización e inspección de la consejería de la Xunta de Galicia con competencia en materia de servicios sociales. Dichas facultades de control, comprobación e inspección podrán ejercitarse en cualquier momento”.

Regap



NOTAS

Los requisitos que se establecen para acceder al régimen del concierto social en Galicia son: a) Para poder suscribir conciertos, las entidades tendrán que contar con la oportuna autorización administrativa de sus centros y con la tramitación de la oportuna autorización, declaración responsable o comunicación previa de sus servicios. b) Deben estar inscritas en el Registro Único de Entidades Prestadoras de Servicios Sociales. c) Las entidades tendrán que acreditar, en todo caso, la disposición de medios y recursos suficientes para garantizar el cumplimiento de las condiciones establecidas para cada servicio, así como el cumplimiento de la normativa que con carácter general o específico les sea aplicable. d) Las entidades con las cuales se suscriban conciertos de ocupación o de reserva de plazas tendrán que acreditar la titularidad del centro o su disponibilidad por cualquier título jurídico válido por un período no inferior al de vigencia del concierto.

Los órganos de contratación del sector público autonómico podrán y procurarán concluir acuerdos marco con las entidades prestadoras de servicios sociales al objeto de fijar las condiciones a las cuales habrá de ajustarse la prestación de determinados servicios sociales durante un periodo de tiempo concreto. En particular, el sector público autonómico promoverá la formalización de los acuerdos marco, con la finalidad de atender, de forma prioritaria, y en la medida en que sea posible, a la libre elección de la persona destinataria del servicio de que se trate³⁸.

Por último, se abordará el tratamiento a los acuerdos con entidades de iniciativa social. A los efectos de la ley gallega de servicios sociales, las entidades de iniciativa social son aquellas organizaciones o instituciones no gubernamentales que gestionan centros o desarrollan actuaciones y programas de servicios sociales sin ánimo de lucro (artículo 30).

Ya en el artículo 2, apartado 3, se anuncia la obligación a los poderes públicos de fomentar, en el ámbito de los servicios sociales, el desarrollo de actuaciones solidarias por entidades de iniciativa social siempre que se ajusten a los requisitos de autorización, calidad y complementariedad (a mayor abundamiento de esta tendencia, véanse sus artículos 31 y 33 titulados "Fomento de la iniciativa social" y "Fomento de previsiones de índole social en la contratación pública", respectivamente).

Al igual que la mayoría de las CC.AA. que introdujeron la adaptación legislativa en favor de estas entidades sin ánimo de lucro, la ley gallega expone que *"Para el establecimiento de conciertos, las administraciones públicas darán prioridad a las entidades sin ánimo de lucro cuando existan análogas condiciones de efectividad, calidad y rentabilidad social, siempre*

38 Se dejan a un posterior desarrollo reglamentario los siguientes aspectos del concierto social del sector público gallego:
La determinación de principios o medidas de preferencia, siempre que se garantice la libre concurrencia y se respeten los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia.
Los aspectos y criterios a los que se tienen que someter los conciertos sociales, los cuales preverán siempre los principios establecidos en el punto anterior. Estos aspectos se referirán al cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley, a la tramitación de la solicitud, a la vigencia o duración máxima del concierto y a las causas de extinción, a las obligaciones de las entidades que presten el servicio concertado y las administraciones públicas que hayan otorgado el concierto social, a la sumisión del concierto al derecho administrativo, al número de plazas concertadas y a otras condiciones.
Las condiciones que permitan establecer precios de referencia para las prestaciones no gratuitas (ya que estas no pueden tener carácter lucrativo).
Establecer otros requisitos específicos de acceso al régimen de concierto social.
Las condiciones para la renovación de los conciertos.
El documento administrativo con la forma y el contenido que implique la formalización de los conciertos.
Las condiciones de suscripción del concierto único que se permite para cuando la reserva y la ocupación de plazas en varios centros o para a gestión integral de una pluralidad de prestaciones o servicios cuando todos ellos dependan de una misma entidad titular.

que, en todo caso, se garantice la libre concurrencia y se respeten los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia” (artículo 33 quinquies 5).

El artículo 33, apartado 3, expone que podrá establecerse una preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga una relación directa con el objeto del contrato en los términos previstos en la normativa de contratación pública. Al final de su exposición se añade al precepto (a través de una modificación hecha a la Ley 13/2008, vigente desde el 1 de agosto de 2016) *“o así figure definido en el concierto social previsto en la presente ley”*, por lo que se establecerá la posibilidad de prioridad a las entidades sin ánimo de lucro en dos vertientes: la contractual y la no contractual (concierto social).

4 Conclusiones

Como se puede comprobar, el proceso para instaurar en la contratación pública unas políticas sociales ha sido lento. De hecho, aún está inacabado si se considera que tales políticas deben ser un fiel reflejo del compromiso social del derecho administrativo. La inclusión de consideraciones sociales en los contratos públicos permite que la compra pública, más allá de satisfacer las necesidades del órgano de contratación, pueda ser utilizada para orientar y consolidar actuaciones ventajosas para el interés general. Sin embargo, esta inclusión de objetivos sociales dependerá, por una parte, de los requisitos que establezca el ordenamiento jurídico para su admisión y, por otra, de la intención política en incorporar esta perspectiva transversal a las compras públicas.

En relación con lo establecido en el ordenamiento jurídico, las directivas de contratación pública de 2014 posibilitan expresamente la integración de aspectos sociales en las distintas fases del procedimiento de adjudicación, desde la exigencia de respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y transparencia. No obstante, estas vigentes directivas han revelado que los “servicios a las personas” tienen características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada en esos casos, correspondiendo a cada Estado miembro, al otorgarles facultades discrecionales para ello, elegir la forma de organización y prestación de dichos servicios sociales. Se introducen dos novedades destacables para este tipo de servicios: un tratamiento contractual diferenciado del propio de los demás servicios y la posibilidad de prestarse mediante fórmulas no contractuales.

Con este nuevo panorama, las CC.AA. –que son las dotadas de competencia en este ámbito en el Estado español–, en función de la intencionalidad política, irán adaptando sus leyes de servicios sociales a esta nueva realidad. Del estudio realizado respecto a los progresivos avances normativos autonómicos hasta el momento actual, solamente las comunidades del País Vasco, Baleares, Asturias, Murcia, Cataluña, Aragón, Galicia y Andalucía han introducido una nueva fórmula para la prestación de los servicios sociales, el denominado “concierto social”, y su nueva relación con las entidades de iniciativa social (refrendada por la STJUE de 28 de enero de 2016, *CASTA* y otros). Paulatinamente, las restantes CC.AA. van a tomar la determinación de adaptar su normativa al respecto, por ejemplo la Comunidad Valenciana y La Rioja.

Regap



NOTAS

Este cambio de modelo de gestión de los servicios sociales de responsabilidad pública (financiación, acceso y control son públicos), a través de entidades de iniciativa privada que cumplan con una serie de condiciones, tiene el objetivo de: garantizar la calidad de la atención a las personas (sobre todo dirigido a colectivos en exclusión social o más necesitados), mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de las entidades del tercer sector y dotar de más seguridad financiera a dichas entidades, sustituyendo su modelo de financiación basado en la subvención, debiéndose acabar, asimismo, con la discrecionalidad en la concesión de ayudas públicas.

5 Bibliografía

AYMERICH CANO, C. I., "Condicions socials e contratación pública", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña*, n. 4, 2000.

CALVO VÉRGEZ, J., "La nueva Ley 43/2015, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social: un nuevo marco de actuación para las entidades del tercer sector", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2015, parte Tribuna.

CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMÓN. PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*, 2016, <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/resources/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf>

GIMENO FELIÚ, J. M., "La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales", 2015, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/relcategoria.208/relmenu.3/chk.fda916418919b4edadc19f1025462bf6>

GIMENO FELIÚ, J. M., "Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias", 2016, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/relcategoria.208/relmenu.3/chk.faf01cea691c17e6c632c328db10de0f>

LAZO VITORIA, X., "La figura del 'concierto social' tras las directivas europeas de contratación pública", 2016, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/relcategoria.208/relmenu.3/chk.3a0dbd2183e053976d3b5e7acf2d0a37>

MEILÁN GIL, J. L., "El paradigma de la buena administración", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña*, n. 17, 2013.

MORENO MOLINA, J. A., "Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué derecho de la contratación pública aplicamos?", 2016, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.241/relcategoria.208/relmenu.3/chk.e51a081ab9aedb01e-26c5798ebc766cf>

MORENO MOLINA, J. A., y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P., "Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad", Pernas García, J. J. (dir.), *Contratación pública estratégica*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

RIVERO YSERN, E., y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El compromiso social del derecho administrativo*, Editorial Bubok, Madrid, 2016.

VICEPRESIDENCIA E CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS E XUSTIZA (XUNTA DE GALICIA), *Guía para unha contratación pública socialmente responsable no sector público autonómico galego*, 2016, http://cpapx.xunta.gal/c/document_library/get_file?file_path=/portal-cpapx/AsesoriaXuridica/GuiasdeContratacion/guia_contratacion_socialmente_responsable_gal.pdf

Regap



NOTAS

Evolución da lexislación ambiental no ámbito da planificación forestal portuguesa

Evolución de la legislación ambiental en el ámbito de la planificación forestal portuguesa

Evolution of environmental legislation in the field of Portuguese forestry planning



JUAN RAPOSO ARCEO

Profesor titular de Derecho Civil
Universidad de A Coruña (Galicia, España)
rapoar@udc.es

MARÍA JOSÉ DA SILVA FARIA

Profesora en el Instituto Superior da Maia- ISMAI
Coordinadora y creadora del CET de Contabilidade y Emprendedurismo Organizacional en el ISMAI (Portugal)
mfaria@docentes.ismai.pt

Recibido: 29/06/2016 | Aceptado: 20/06/2017

Regap



NOTAS

Resumo: A diversidade forestal de Portugal viuse ameazada ao longo das últimas décadas como consecuencia da intervención humana en accidentes ambientais. A degradación acelerada débese a incendios, inundacións e a outras catástrofes que son o resultado de, entre outras cousas, modificacións climáticas, normativas e políticas pouco interesadas na conservación da mancha verde que caracteriza Portugal.

Por este motivo, constitúen obxectivos deste artigo a descrición das principais especies presentes en territorio nacional, así como a evolución normativa na planificación forestal portuguesa. A metodoloxía empregada baseouse nunha análise investigadora e descritiva centrada nunha disertación bibliográfica das principais normas legais nacionais. O período analizado vai de 1900 a 2015.

Os principais resultados sinalan a necesidade de medidas máis punitivas para os infractores da lei, dunha lexislación máis firme coa falta de responsabilidade social dos portugueses cara ao seu patrimonio forestal, e dunha mellor e máis intensa vixilancia dos bosques portugueses.

Palabras clave: bosques, lexislación, incendios, Portugal.

Resumen: La diversidad forestal de Portugal se ha visto amenazada a lo largo de las últimas décadas como consecuencia de la intervención humana en accidentes ambientales. La degradación acelerada se debe a incendios, inundaciones y a otras catástrofes que son el resultado de, entre otras cosas, modificaciones climáticas, normativas y políticas poco interesadas en la conservación de la mancha verde que caracteriza a Portugal.

Por este motivo, constituyen objetivos de este artículo la descripción de las principales especies presentes en territorio nacional, así como la evolución normativa en la planificación forestal portuguesa. La metodología empleada se ha

basado en un análisis investigador y descriptivo centrado en una disertación bibliográfica de las principales normas legales nacionales. El periodo analizado va de 1900 a 2015.

Los principales resultados señalan la necesidad de medidas más punitivas para los infractores de la ley, de una legislación más firme con la falta de responsabilidad social de los portugueses hacia su patrimonio forestal, y de una mejor y más intensa vigilancia de las matas y bosques portugueses.

Palabras clave: bosques, legislación, incendios, Portugal.

Abstract: The forest diversity of Portugal has been threatened over the past decades, the result of human interventions in environmental accidents. The accelerated degradation due to fires, floods and other disasters resulting, among other things, climate change, little interest regulations and policies on conservation of green spot featuring Portugal. Thus constitute objectives of this article the description of the main species present in the country and the regulatory developments in the Portuguese forest planning. The methodology followed an exploratory and descriptive analysis centered on a literature review of the major national legal standards. The period under review took place between 1900 and 2015.

The main results point to more punitive measures for violators of the law, a more consistent legislation with the lack of social responsibility of the Portuguese for their forest resources and more and better monitoring of forests and Portuguese forests.

Key words: forest legislation, fires, Portugal.

Sumario: 1 Introducción. 2 Marco teórico. 2.1 Esfuerzos legales del Estado Nacional. 2.2 Apoyos financieros a través de programas y fondos. 3 Conclusiones. 4 Bibliografía.

1 Introducción

Los bosques nacionales siempre han contribuido a incrementar las cuentas de la economía nacional. Hoy en todo el mundo su desarrollo y prosperidad es garantía del bienestar de los ciudadanos y de la calidad del medioambiente¹. Los bosques portugueses ocupan un territorio de aproximadamente 3,5 millones de hectáreas, lo que equivale a cerca de un tercio del área geográfica nacional (fuente: IFN5). La mayor parte de ellos son de propiedad privada (84,2 %) y de esta propiedad se sabe que la mayoría está ocupada por pequeños propietarios con parcelas menores de una hectárea. Hay que destacar además que el número más importante de propietarios y terrenos forestales se sitúa en la zona norte y centro de Portugal.

A pesar de que la organización forestal está basada en los minifundios, estos, por su dimensión añadida, alimentan al sector forestal en diversos segmentos de la industria nacional, siendo de los más rentables a nivel de renta nacional y estando por encima de la media europea. Los productos extraídos de los bosques nacionales tienen como destino preferente la exportación, y su diversidad abarca desde el papel y el cartón, la pasta de papel, el corcho, la madera, los productos de resina y mobiliario, a la producción de frutos secos, entre otros. La cuantía económica de los productos extraídos de los bosques presenta valores muy importantes, algunos incluso difíciles de medir, tanto por la naturalidad y singularidad de esos activos como por la fuente de riqueza que desarrollan en las zonas en que se ubican. Algunas de esas regiones son de difícil acceso y económicamente desfavorecidas. Los bosques se convierten en una alternativa para mantener o aumentar la competitividad y fomentar la creación de empleo en esas zonas geográficas con más carencias.

Entre los años 1900 y 2000 los bosques nacionales se desarrollaron considerablemente gracias al uso de productos leñosos (madera, corcho y resina) y no leñosos (frutos, setas, plantas aromáticas, pastizales, caza y recreo). Al mismo tiempo, coincidió con un periodo de mayor

1 WANG, S., y B. FU, "Trade-offs between forest ecosystem services", *Forest Policy and Economics*, vol. 26, 2013, pp. 145-146.

protección del suelo y de los recursos hídricos, de secuestro de carbono, y de protección del paisaje y de la biodiversidad, que desde entonces han potenciado la caza y el turismo. Con el paso de los años el Estado, conocedor del valor verde de que se dispone, puso en práctica un conjunto de estrategias que se centraban en dos objetivos: 1) reducir el número de incendios a corto plazo y 2) mejorar la competitividad del sector a medio y largo plazo en aspectos muy específicos, como muestra la tabla número 1.

Tabla n.º 1. Estrategias del Estado portugués en los siglos XX y XXI

Estrategia	Forma de actuación	Consecuencia
Especialización del territorio.	Imposición legal con directivas, decretos u otra forma jurídica.	Determinación de los propietarios legales y de las correctas mediciones de los espacios rústicos.
Reducción del riesgo de incendios forestales. Aprovechamiento de la biomasa forestal para la producción de energía.	Imposición legal con directivas, decretos u otra forma jurídica.	Reducción gradual de las áreas quemadas hasta finales de la década de los 90. En la última década se asiste a un crecimiento exponencial del área quemada, consecuencia, entre otros factores, de intereses y lobbies. La industria comienza a utilizar nuevas formas de energía más baratas y eficientes.
Reducción de riesgos asociados a las plagas y enfermedades.	Uso de pesticidas y otros métodos de lucha contra las plagas y enfermedades.	Mejora y mayor aprovechamiento del uso de matas y bosques.
Reducción de riesgos asociados a la falta de información sobre el sector.	Publicidad en los medios de comunicación para captar la atención de todos.	Mejora gradual de la información proporcionada a los propietarios.
Reducción de riesgos y apoyo a la competitividad a través de cofinanciaciones públicas.	Solicitud de apoyos y fondos nacionales o europeos.	Uso de fondos para el incremento del área forestal y reaprovechamiento de áreas para diversas prácticas asociadas al deporte y al ocio.
Investigación forestal.	Refuerzo del control, vigilancia y fiscalización.	Mayor seguridad y control sobre espacios forestales.
Aumento de los instrumentos orgánicos, legales y de planificación.	Legislación y actuación estratégica discreta por parte del Estado.	Falta de visión de los propietarios a la hora de utilizar instrumentos legales y planificar la actividad forestal en su beneficio debido al poco interés mostrado en este tema por el Estado.

Fuente: *Elaboración propia*

Gracias a estas y otras estrategias estatales, más o menos perceptibles, ha sido posible realizar en los bosques nacionales una reforestación de especies adaptadas a nuestro clima, como el pino rodeno, el eucalipto, el alcornoque y la encina². Estas especies forestales ocupan la siguiente parcela de nuestro territorio:

2 COSTA, J. C. C., "Fafe e a alternativa florestal. A Floresta, um instrumento de revitalização dos espaços rurais marginais", *Dissertação de Mestrado em Geografia - Dinâmicas Espaciais e Ordenamento do Território*, Facultad de Letras de la Universidad de Oporto, 2000.

Tabla n.º 2. Distribución de las especies por el territorio nacional

Especie	Área de ocupación nacional	Localización territorial
Pino rodeno	27,3 %	Norte y centro del país.
Eucalipto	16,2 %	A lo largo de todo el litoral y cuenca del río Tajo.
Alcornoque	9,9 %	Ribatejo, al sur del río Tajo, Alentejo y litoral del Algarve.
Encina	7,5 %	Alentejo y Algarve.
Retama	4,3 %	Interior norte y centro.
Acacia	0,6 %	Litoral norte.
Madroño	0,5 %	Se encuentra por todo el país, pero la mayor concentración aparece en las sierras Caldeirão y Monchique.
Roble negral	0,4 %	Guarda, Pinhel, Sabugal y Trancoso.
Roble de hoja caduca	0,1 %	Centro y sur.
Otras especies	33 %	-----

Fuente: Adaptado de Nogueira, 1990³, y Barbosa, 2009⁴

La variedad forestal de Portugal es el resultado de sus diferentes características orográficas, edáficas y climáticas, subyacentes a su localización y trazado longitudinal, que de forma intrínseca caracterizan y le dan valor estéticamente al territorio nacional⁵. Sin embargo, no se debe sólo a estos motivos la diversidad forestal de Portugal. Es necesario observar que las estrategias del Estado para la reforestación del paisaje tienen en cuenta el buen funcionamiento de las especies escogidas y bien adaptadas al terreno. Estas estrategias se resumen en un conjunto de políticas que a lo largo del tiempo han ido permitiendo una multiplicación de los instrumentos de planificación y financiación del sector. La tabla número 3 señala la evolución de las políticas y los programas de reforestación de las matas nacionales.

Tabla n.º 3. Evolución de la normativa de la reforestación en Portugal

1565	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Ley de los árboles.
Consecuencia	Se plantan árboles para madera.
1822	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Constitución de 1822.
Consecuencia	Deber de los ayuntamientos de plantar árboles en los baldíos y terrenos del municipio.

3 NOGUEIRA, C. D. S., *A floresta portuguesa*, DGF Información, año 1, n.º 2, 1990, pp. 18-28.

4 BARBOSA, C. M. S. R., "A biodiversidade na floresta: políticas vs. visão dos proprietários", *Dissertação de Mestrado em Ecologia, Biodiversidade e Gestão de Ecossistemas*, Universidad de Aveiro Departamento de Biología, 2009.

5 COSTA, J. C. C., "Fafe e a alternativa florestal. A Floresta, um instrumento de revitalização dos espaços rurais marginais", cit.

1824	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Creación de la Dirección General de Administración de las Matas del Reino.
Consecuencia	Los trabajos de reforestación de las dunas costeras (propiedad de derecho público) comenzaron con el objetivo de fijar y proteger las tierras colindantes contra los vientos marítimos.
1864	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Enseñanza superior agrícola y forestal.
Consecuencia	Inicio de la investigación de la mata y de los bosques para una mejor utilización geográfica de las especies.
1867	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Decreto de 21 de septiembre de 1867.
Consecuencia	Realización de un Informe sobre la Reforestación General del País.
1888	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Creación de las dos primeras Administraciones Forestales localizadas en el interior del país: de Manteigas y de Gerês.
Consecuencia	Inicio del proceso de reforestación de las sierras, que va a sufrir un importante incremento con el Plan de Repoblación Forestal de 1938.
1892	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Decreto n.º 8, de 5 de diciembre.
Consecuencia	Corrupción en el régimen sancionador del Reglamento de los Servicios Hidráulicos.
1896	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Creación de la comisión para la elaboración de un proyecto de reforestación de las dunas móviles.
Consecuencia	Inicio de los trabajos de fijación y reforestación de las dunas del litoral y de reforestación de las sierras del interior y por el aumento sensible del área forestal, en un marco de deforestación de frondosas al norte del Tajo, de progresión del pino bravo y de regeneración del alcornoque y de recuperación de los montados.
1901	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Decreto de 24 de diciembre de 1901 - DG n.º 296, de 31 de diciembre.
Consecuencia	En común esta legislación tenía como objetivo la reforestación en las inmediaciones de las matas nacionales, en las cuencas hidrográficas de ríos sedimentados, en las dunas móviles y en los baldíos montañosos.
1903	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Decreto de 24 de diciembre de 1903 - DG n.º 294, de 30 de diciembre.
Consecuencia	En común esta legislación tenía como objetivo la reforestación en las inmediaciones de las matas nacionales, en las cuencas hidrográficas de ríos sedimentados, en las dunas móviles y en los baldíos montañosos.



1905	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Decreto de 11 de julio de 1905 - DG nº 161, de 21 de junio.
Consecuencia	En común esta legislación tenía como objetivo la reforestación en las inmediaciones de las matas nacionales, en las cuencas hidrográficas de ríos sedimentados, en las dunas móviles y en los baldíos montañosos.
1910	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	a. Plan General de Reforestación de Montañas. b. Carta Agrícola y Forestal.
Consecuencia	a. Nunca se puso en práctica. b. Determinación de las áreas correspondientes a la división de cultivos del territorio, alcanzándose un umbral de precisión que el propio siglo XX tuvo dificultades para superar.
1927	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Estrategias del Estado Nacional.
Consecuencia	Aprovechar el área forestal para la agricultura en detrimento de los bosques puros.
1929-1952	
Inexistencia de un verdadero sistema de planificación forestal en Portugal.	
1935	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Ley de reconstitución económica (Ley n.º 1:914, de 24 de mayo).
Consecuencia	Aplicación de un Plan de Repoblación Forestal.
1938	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Plan de Repoblación Forestal.
Consecuencia	Creación del Fondo de Fomento Forestal para la reforestación de terrenos privados. Publicación de la legislación sobre Árboles de Interés Público.
1939-1968	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Plan de Repoblación Forestal.
Consecuencia	Obliga a rentabilizar los terrenos baldíos de las sierras. Preveía para un periodo de 30 años la reforestación de 420.000 hectáreas, la mejora de 60.000 hectáreas de pastizales, la creación de reservas naturales y parques nacionales en cerca de 33.500 hectáreas, el establecimiento de 125 viveros, la construcción de 940 casas de guardias y 140 puestos de vigilancia, además de la instalación de una completa red de infraestructuras viarias y de telecomunicaciones. Se asiste a una disputa del liderazgo de los baldíos entre agricultores y forestales, ganando algún terreno los últimos con el creciente triunfo de los industrialistas a partir de mediados de los años 30.
1944-1945	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Estrategia del Estado Nacional para el desarrollo industrial (Ley de fomento de la reorganización industrial).

1944-1945	
Consecuencia	Fuga del empleo en el ámbito rural hacia otros sectores de actividad económica. Creación del Fondo de Fomento Forestal y Acuícola. De las acciones de corrección torrencial, iniciadas en 1901 con la creación de los Servicios de Hidráulica Forestal, son reseñables las realizadas en las cuencas hidrográficas de los ríos Lis, Mondego y Tajo y en el archipiélago de Madeira, a través de obras de ingeniería hidráulica (2.087 embalses) y del revestimiento forestal de vaguadas y cuencas de recepción.
1947	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Plan de Repoblación Forestal.
Consecuencia	Permitió el crecimiento de la industria de la madera serrada y de los aglomerados, de la resina, de la celulosa y del corcho.
1949	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Plan de Fomento Agrario.
Consecuencia	Propuso la ordenación racional e integrada del conjunto de los espacios rurales basada en la evaluación del potencial agrario de las diversas regiones del país.
1959-1964	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	II Plan de Fomento Agrario.
Consecuencia	Giro del Estado hacia el fomento de la reforestación en los terrenos privados, más fértiles y en creciente abandono, en donde la inversión garantizaría mejores condiciones de reproductividad y la reforestación implicaría menores conflictos sociales.
1965-1967	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Refuerzo del II Plan de Fomento Agrario.
Consecuencia	Giro del Estado hacia el fomento de la reforestación en los terrenos privados, más fértiles y en creciente abandono, en donde la inversión garantizaría mejores condiciones de reproductividad y la reforestación implicaría menores conflictos sociales.
1970	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Creación a nivel nacional de una red de áreas protegidas. Decreto ley n.º 488/70.
Consecuencia	Prevé un sistema de defensa de los bosques contra incendios.
1973	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Decreto ley n.º 367/73, de 20 de julio.
Consecuencia	Recondujo la FFFA a su función de organismo básico de orientación de financiación para la reforestación.
1980	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Decreto ley n.º 327/80.
Consecuencia	Establece la necesidad de resolver el problema de los incendios.



1981	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	a. Decreto ley n.º 291/81, de 14 de octubre. b. Decreto normativo 55/81.
Consecuencia	a. Inició un nuevo plan de reforestación que se concluyó en 1987. b. Definir claramente las competencias de las diferentes entidades dedicadas a la organización, planificación y control de los bosques.
1982	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Decreto ley n.º 293/82, de 27 de julio.
Consecuencia	Aprobó la Ley orgánica del Ministerio de Agricultura, Comercio y Pesca (MACP) y crea la Dirección General de los Bosques (DGB), extinguiendo la Dirección General de Fomento Forestal (DGFF).
1986	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Reglamento (CEE) n.º 3828/85, aprobado por el Consejo de las Comunidades Europeas el 20 de diciembre de 1985. Orden n.º 258/87, de 1 de abril (revocada por la Orden n.º 570/88, de 20 de agosto, igualmente revocada por la Orden n.º 340-A/91 de 15 de abril).
Consecuencia	Transponer a la normativa nacional las imposiciones europeas. Creación de los Servicios Forestales en el ámbito de la Dirección General de Agricultura. Esta institución marca igualmente un giro estratégico de la Administración pública forestal, dirigida hasta entonces hacia las matas del litoral y hacia el fomento forestal en el interior montañoso del país.
1989	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Convención que crea la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.
Consecuencia	Aprobada en Portugal para la adhesión solo en 1989.
1991	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Ley de bases de protección civil.
Consecuencia	Prevenir riesgos de accidentes o catástrofes.
1992	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Reglamento (CEE) n.º 2080/92 incorporado a la normativa nacional a través del Decreto ley n.º 31/94, de 5 de febrero, regulado por la Orden n.º 199/94, de 6 de abril.
Consecuencia	Establece las Medidas Forestales en Agricultura en el ámbito de la reforma de la Política Agrícola Común (PAC). El objetivo es incentivar la integración de los bosques en las explotaciones agrícolas, o sea, la sustitución, como alternativa, de la agricultura por la silvicultura, en tierras agrícolas hasta ese momento convertidas en marginales en el sector privado. La normativa establecía once planes zonales, con los cuales se pretendía contribuir a la ordenación forestal. Conforme al plan zonal, se definía una jerarquía de prioridades entre las diversas especies.
1995-1999	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	<ul style="list-style-type: none"> - Ley de bases del desarrollo agrario - LBDA (septiembre de 1995). - Ley de bases de la política forestal - LBPF (agosto de 1996). - Plan de Desarrollo Sostenible de los Bosques Portugueses – PDSBP (abril de 1999). - Planes Regionales de Ordenación Forestal – PROF (julio de 1999). - Planes de Gestión Forestal - PGF (julio de 1999).

1995-1999	
Consecuencia	Cinco decretos, articulados entre sí, definen claramente una estrategia de actuación a nivel nacional, regional y local, expresamente y según un orden cronológico progresivo.
1996	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Ley de bases de política forestal.
Consecuencia	Proteger los bosques y todo lo que en ellos esté incluido, especialmente contra los incendios.
2003	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Fusión de diferentes entidades.
Consecuencia	Creación del sistema nacional de bomberos y protección civil.
2004	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	DL n.º 156/2004, Sistema de protección de los bosques contra incendios.
Consecuencia	Intervención substitutiva del Estado hacia los propietarios privados.
2005	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	DL n.º 127/2005, de 5 agosto.
Consecuencia	Creación de las Zonas de Intervención Forestal (ZIF). Estas son áreas territoriales contiguas y delimitadas constituidas mayoritariamente por espacios forestales, sometidas a un plan de gestión forestal y a un plan de protección de los bosques y gestionadas por una única entidad.
2006	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Resolución del Consejo de Ministros n.º 114/2006 - Estrategia Nacional para los Bosques.
Consecuencia	El reconocimiento por el Gobierno de que los bosques representan una prioridad nacional y de que el sector forestal es estratégico para el desarrollo del país conduce a la necesidad de que exista, en consecuencia, una Estrategia Nacional para los Bosques.
2008	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	a. DL n.º 142/2008, de 24 de julio. b. DL n.º 147/2008, de 29 de julio.
Consecuencia	a. Régimen jurídico de conservación de la naturaleza y de la biodiversidad. b. Régimen Jurídico de Responsabilidad por Daños Ambientales.
2009	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	a. Decreto ley n.º 17/2009, de 14 de enero. b. DL n.º 254/2009, de 24 de septiembre.
Consecuencia	a. Creación de la Red Regional de Defensa de los Bosques Contra Incendios a nivel del Consejo Nacional de Reforestación. b. Creación de un Código Forestal.
2011	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Ley n.º 56/2011, de 15 de noviembre.



2011	
Consecuencia	28.ª Modificación del Código Penal - Actividades Peligrosas para el Ambiente.
2012	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	a. DL n.º 56/2012, de 12 de marzo. b. DL n.º 135/2012, de 29 de junio.
Consecuencia	a. Ley orgánica de la Agencia Portuguesa del Ambiente, I. P. b. Ley orgánica del Instituto de Conservación de la Naturaleza y los Bosques, I.P.
2013	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	a. DL n.º 96/2013, de 19 de julio. b. Deliberación n.º 1597/2013, de 27 de diciembre de 2012. c. Deliberación n.º 1599/2013, de 29 de enero de 2013.
Consecuencia	a. Régimen jurídico aplicable a las acciones de forestación y reforestación. b. Es responsable de la gestión directa de cerca de 523.000 hectáreas de terrenos sometidos a régimen forestal, lo que representa cerca del 9 % del total del área ocupada con bosques, matos y pastizales y el 22 % del total de las áreas en que el ICNF, IP, tiene competencias y responsabilidad a nivel de actos de gestión (cerca de 2.395 mil hectáreas que representan el 27 % del territorio del Portugal continental). c. Es responsable de la gestión directa de cerca de 523.000 hectáreas de terrenos sometidos a régimen forestal, lo que representa cerca del 9 % del total del área ocupada con bosques, matos y pastizales y el 22 % del total de las áreas en que el ICNF, IP, tiene competencias y responsabilidad a nivel de actos de gestión (cerca de 2.395 mil hectáreas que representan el 27 % del territorio del Portugal continental).
2014	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Decreto ley n.º 83/2014, de 23 de mayo de 2014.
Consecuencia	Procede a la cuarta modificación del Decreto ley n.º 124/2006, de 28 de junio, que establece las medidas y acciones que hay que desarrollar en el ámbito del Sistema Nacional de Defensa de los Bosques Contra Incendios, modificando materias relativas al fuego técnico, a la instrucción del procedimiento de infracciones y a la distribución del producto de las sanciones.
2015	
Normativa/Planes/Estudios y estrategias	Orden n.º 352/2015, de 13 de octubre, de 2015.
Consecuencia	Establece los términos y los criterios aplicables a la evaluación de los incumplimientos de compromisos u otras obligaciones, a efectos de la aplicación de las reducciones y exclusiones que establece el régimen de aplicación de los apoyos a la conservación del suelo, al uso eficiente del agua, los cultivos permanentes tradicionales, al pastoreo extensivo, al mosaico agroforestal y apoyo agroambiental a la apicultura a través del Programa de Desarrollo Rural del Continente, abreviadamente denominado PDR 2020.

Fuente: Adaptado de Bento-Gonçalves, Vieira y Lourenço (2011)⁶; Costa (2000)⁷; Barbosa (2009)⁸ y Ramalho (2013)⁹

- 6 BENTO-GONÇALVES, A., VIEIRA, A. y LOURENÇO, L., "A cartografia de suporte da arborização dos baldios no Noroeste de Portugal Continental na 1ª metade do Século XX", Trabajo presentado en el *IV Simpósio Luso-Brasileiro de Cartografia Histórica (IVSLBCH)*. *Territórios: documentos, imagens e representações*, In *Atas do IV Simpósio Luso-Brasileiro de Cartografia Histórica (IVSLBCH)*, Territórios: documentos, imágenes y representaciones, Oporto, 2011.
- 7 COSTA, J. C. C., "Fafe e a alternativa florestal. A Floresta, um instrumento de revitalização dos espaços rurais marginais", cit.
- 8 BARBOSA, C. M. S. R., "A biodiversidade na floresta: políticas vs. visão dos proprietários", cit.
- 9 RAMALHO, C. F. E. de S., *Planeamento territorial no alto Alentejo a defesa da floresta contra incêndios sob o ponto de vista territorial*, Dissertação de Mestrado em Engenharia Florestal, presentado en la Universidad de Trás-os-Montes e Alto Douro, 2013.

Con toda esta legislación creada a lo largo del tiempo, Portugal atravesó periodos de avances y de retrocesos. Para Devy-Vareta y Alves¹⁰, la mayor consecuencia de las modificaciones legislativas se debió a la presión humana y a la utilización del fuego para los desmontes, fenómeno que condujo a la erosión del suelo y a la sedimentación de los ríos. En tiempos del reinado de D. Dinis surgen las cartas regias para proteger los bosques contra la tala. Es en este periodo cuando se produce la plantación del Pinhal de Leiria y la delimitación de cotos¹¹. Con la ampliación forestal en curso, según Devy-Vareta y Alves¹², surgió la preocupación por mantener la existencia de robles en sitios como la sierra de Gerês o de Peneda, en Mirandela y Campeã. En Marão, o cerca de Fundão, de Portalegre y de Monchique aumentó la presencia de macizos de castaños. En Viseu se intensificó la presencia de robles y castaños. A lo largo del litoral se cultivaban hermosos pinares con el objetivo de impedir el avance de la arena de las dunas. En la Región de Entre-Douro-e-Minho crecieron el viñedo trepador, los robles, los alcornoques y los castaños. En el alto Alentejo se ampliaron los brezales, los jarales y los matorrales¹³.

Según el Inventario de los Bosques Nacionales (IBN) 3.ª revisión, además de los arbolados, destaca el aumento de la existencia de matorrales que varían en consonancia con las especies de árboles presentes, sobre todo del tojo, el brezo, la retama, el codeso, la jara, el jaguarzo, la zarza, el romero, el tomillo y la carqueja. De estas especies el tojo y el brezo son las especies más abundantes, estando el primero más asociado a poblaciones de frondosas y el segundo a las de resinosas. Especies como el jaguarzo están muy relacionadas con especies de árboles dominantes como el alcornoque, la encina y el pino manso¹⁴.

2 Marco teórico

La tipología forestal del Portugal continental cuidadosamente caracterizada por Godinho-Ferreira, Azevedo y Rego¹⁵ muestra 24 tipos diferentes de bosques y su respectiva distribución geográfica. Teniendo como base la descripción de las especies forestales existentes en territorio nacional, se aprecian diferencias significativas entre el norte, el centro y el sur del país. Esta diversidad consigue, en determinados casos, condicionar o catapultar la economía regional, ya sea gracias al uso medicinal, para la industria de muebles, para la decoración o simplemente como combustible.

La tabla n. 4 resume el origen de 24 especies de arbolados y matorrales presentes en Portugal, y también explica su utilización y rentabilidad a nivel de la economía nacional.

10 DEVY-VARETA, N. y ALVES, A. A. M., "Os avanços e os recuos da floresta em Portugal - da Idade Média ao Liberalismo", *Floresta e Sociedade. Uma história em comum. Árvores e Florestas de Portugal vol VII*, Edição Público/FLAD, 2007, pp. 55-75.

11 COSTA, J. C. C., "Fafe e a alternativa florestal. A Floresta, um instrumento de revitalização dos espaços rurais marginais", cit.

12 DEVY-VARETA, N. y ALVES, A. A. M., "Os avanços e os recuos da floresta em Portugal - da Idade Média ao Liberalismo", cit.

13 BARBOSA, C. M. S. R., "A biodiversidade na floresta: políticas vs. visão dos proprietários", cit.

14 BARBOSA, C. M. S. R., "A biodiversidade na floresta: políticas vs. visão dos proprietários", cit.

15 GODINHO-FERREIRA P., AZEVEDO, A. y REGO, F., "Carta da Tipologia Florestal de Portugal Continental", *Silva Lusitana*, n. 13, 2005, pp. 1-34.

Tabla n.º 4. Regiones de procedencia por especie

<i>Abies alba</i> Miller/ Abeto blanco	
Origen	Europa Central.
Distribución de la especie en Portugal	Puede encontrarse en las sierras de Gerês y de Estrela, de Nogueira y de Montezinho. Pueden también encontrarse pequeñas manchas en Abadim - Cabeceiras de Basto.
Caracterización de la especie	Especie monoica con importante vocación forestal. Conífera de hoja perenne de sombra, presenta crecimiento lento los primeros 5/6 años, desarrollándose después con mayor rapidez. Longevidad: entre los 400-500 años. Altitud: entre 700 y 1.800 m, pudiendo con frecuencia llegar a los 2.000 m. Clima: resistente a las bajas temperaturas invernales, pero sensible a las heladas de primavera. Suelos: profundos, frescos y permeables. Es indiferente a la roca madre. Turno de explotación: entre los 100 y los 150 años. Copa: piramidal, bastante regular en los ejemplares jóvenes y más aplanada en la cima en los ejemplares adultos. Tronco: generalmente fuerte y recto pudiendo alcanzar los 50 m de altura. Ramas principales: dispuestas casi horizontalmente. En los ejemplares que crecen aislados, el tronco presenta ramas desde la base. Corteza: lisa, grisácea oscura, agrietándose con la edad, a veces con bolsas resinosas (particularmente en los ejemplares jóvenes). Hojas: aciculares, bastante estrechas, dispuestas en dos series a ambos lados de la ramita, redondeadas en el extremo, flexibles, con dos líneas blancas de estomas en la cara inferior, y de color verde más oscuro en la cara superior. Al caer dejan en la rama una "cicatriz circular". Fruto: piña. Edad de fructificación: a los 45 años. Floración: se produce en abril/mayo. Época de maduración: normalmente en setiembre/octubre del año siguiente a la floración. Propagación: por semilla.
Utilización de la especie	Su resina tiene aplicaciones medicinales.
<i>Abies pinsapo</i> Boiss/ Abeto español	
Origen	Suroeste de España (Ronda).
Distribución de la especie en Portugal	Puede encontrarse en las sierras de Gerês, de Estrela y de Montezinho.
Caracterización de la especie	Es una conífera monoica de crecimiento lento, hoja perenne, de sombra. Longevidad: superior a 300 años. Altitud: varía entre los 1.000 y 1.800 m. Clima: tolera bien la sequía, pero es muy sensible a la helada. Suelos: aparece en diversos tipos de suelo, incluyendo (igual que en la región de origen) los suelos calcáreos, pedregosos y poco profundos, siempre que presenten niveles de humedad satisfactorios. Copa: normalmente cónica o piramidal. Tronco: generalmente recto y columnar, pudiendo alcanzar entre 20 y 30 m de altura. Ramas principales: dispuestas en verticilos, casi horizontales, que van disminuyendo de longitud a medida que se alcanza el ápice. Corteza: inicialmente gris y lisa, volviéndose después agrietada y más oscura. Hojas: aciculares, dispuestas radialmente alrededor del brote, rígidas, cortas, puntiagudas y gruesas. La parte superior no tiene surcos y la inferior presenta dos líneas blancas de estomas. Son de color verde grisáceo o verde oscuro, y tienen la misma coloración en ambas caras. Floración: se da en abril/mayo. Época de maduración: se produce normalmente en septiembre/octubre. Edad de fructificación: alrededor de los 30-40 años. Propagación: por semilla.
Utilización de la especie	Hace tiempo se usó en la construcción y para traviesas de ferrocarril. Tiene una importante función protectora y recuperadora desde los puntos de vista hidrológico, edáfico y ecológico, además de un importante valor paisajístico.
<i>Acer pseudoplatanus</i> L/ Arce, plátano-bastardo o sicómoro	
Origen	Centro y sur de Europa y Asia Menor.
Distribución de la especie en Portugal	Especie autóctona en Portugal, aparece en el nordeste litoral y montañoso, así como en las montañas del norte y centro, cuya exposición permite un grado razonable de humedad.

Acer pseudoplatanus L/ Arce, plátano-bastardo o sicómoro

Caracterización de la especie	Es una especie monoica, autóctona que aparece sobre todo en las zonas montañosas húmedas del norte y centro asociada a otras especies de hoja caduca. Es una especie de sombra o de media sombra. Longevidad: entre los 200-300 años. Altitud: por arriba de los 700 m, pudiendo llegar a los 1.500 m. Clima: resistente al frío y a las heladas tardías, exige por otro lado buenos niveles de precipitaciones. Por tener el sistema radicular abundantemente ramificado y relativamente profundo, se vuelve muy resistente a los temporales. Suelos: prefiere suelos húmedos, ricos en nutrientes, siendo sensible al encharcamiento y compacidad. Turno de explotación: entre los 50-80 años. Copa: amplia. Tronco: fuerte y recto en población forestal, pudiendo alcanzar los 30-35 m de altura. Ramas principales: ramificadas irregularmente. Corteza: inicialmente de color pardo-grisáceo y liso, formándose posteriormente una corteza gris parda con manchas rojas de donde se desprenden más tarde escamas. Hojas opuestas, palmeadas, divididas en 5 lóbulos ovalados, acuminados, con recortes cuneiformes intermedios, borde irregularmente aserrado, cara superior verde oscura e inferior verde grisácea pilosa. Floración: se da en abril/mayo. Época de maduración: octubre/noviembre del propio año. Edad de fructificación: entre los 20-30 años. Propagación: por semilla.
Utilización de la especie	La madera, de gran calidad, es desde blanca a amarillo dorada brillante, fácil de trabajar, homogénea, muy apreciada por los ebanistas, torneros y carpinteros y resistente a los cambios de humedad. Como combustible, su carbón es semejante al de la haya. La sabia contiene cerca de un 5 % de azúcar. Es una planta muy apreciada también como ornamental y frecuentemente plantada en parques, paseos y calles.

Alnus glutinosa (L.) Gaertn/ Aliso, aliso común, Aliso vulgar

Origen	Europa.
Distribución de la especie en Portugal	Especie silvestre en Portugal. Puede encontrarse de norte a sur del país, en las orillas de los cursos de agua y en los bosques húmedos.
Caracterización de la especie	Especie de hoja caduca, de media luz y crecimiento rápido. Longevidad: entre los 100-150 años. Altitud: hasta 1.200 m. Clima: soporta bien las bajas temperaturas invernales, igual que las altas temperaturas estivales siempre que el suelo presente niveles satisfactorios de humedad. Suelos: frescos, húmedos, bien drenados, ricos en nutrientes y humus y pobres en cal. Turno de explotación: entre 50-70 años. Copa: al principio piramidal y más tarde redondeada o irregular, con ramas principales abiertas y ramitas jóvenes pegajosas. Tronco: a veces presenta fustes con morfología deficiente, pudiendo alcanzar los 20-30 m de altura. Hojas: dispuestas alternadamente, redondeadas, elípticas o ovaladas, al principio viscosas, vértice cóncavo, base en cuña, bordes dentados en los 2/3 superiores, cara superior verde oscuro brillante y cara inferior pilosa sólo en la inserción de los nervios. Corteza: al principio casi lisa, gris oscura, formando más tarde una corteza oscura y agrietada. Floración: se da de febrero a abril. Época de maduración: se produce en octubre/noviembre. Edad de fructificación: entre los 20-25 años. Propagación: por semilla.
Utilización de la especie	Es de dureza media, homogénea y ligera. Se agrieta y tuerce poco y presenta elevada durabilidad en usos interiores. La leña tiene un alto poder calorífico, pero arde muy rápidamente; el carbón es mediocre y con la mitad de la potencia calorífica del de la haya. Con la madera pueden fabricarse numerosos objetos de pequeña dimensión, encontrando amplias aplicaciones en tornería. Igual que otras especies del género <i>Alnus</i> , es una especie con mucho interés en la silvicultura desde el punto de vista de la mejora de la fertilidad del suelo, dada su capacidad para fijar el nitrógeno atmosférico a través de la simbiosis con actinomicetos, al nivel de las raíces, y de la producción de una hojarasca de buena calidad.

Betula pubescens Ehrh/ Bétula o abedul

Origen	Norte de Europa y áreas montañosas del sur de Europa y norte de Asia.
Distribución de la especie en Portugal	Surge en las sierras del norte y centro de Portugal, en las orillas de las líneas de agua y en las laderas húmedas.

Regap



NOTAS

<i>Betula pubescens</i> Ehrh/ Bétula o abedul	
Caracterización de la especie	Especie monoica, pionera, rústica, de hoja caduca y exigente en luz. Longevidad: entre los 100-150 años. Altitud: desde los 700 m pudiendo a menudo llegar a los 1.600 m. Clima: muy resistente al frío, poco sensible a las heladas y prefiere climas húmedos. Posee una elevada resistencia fisiológica a los vientos, superando los niveles de resistencia mecánica, pero no tolera la exposición a vientos marinos. Suelos: prefiere los ácidos, frescos o húmedos, tolerando los superficiales arcillosos, compactos o poco ventilados. Turno de explotabilidad: entre los 40-50 años. Copa: redondeada, más o menos irregular. Tronco: poco regular, pudiendo alcanzar los 20-25 m de altura. Ramas: principales erguidas o abiertas y ramitas poco flexibles, erguidas en "escobas"; las ramas más jóvenes son delgadas y muy pilosas. Corteza: brillante, blanco-mate, con lenticulas oscuras y transversales. Se exfolia en bandas transversales y papiráceas (finas y secas). Hojas: dispuestas alternadamente, ligeramente ásperas y con peciolo piloso, lámina ovalada-subtriangular o romboidal, enteras o doblemente aserradas, con base simétrica en cuña y punta aguda. Presenta una cara inferior pilosa, luego glabra hasta los ángulos nérvicos. Floración: de abril a mayo. Época de maduración: en verano, normalmente de julio a agosto. Edad de fructificación: a los 20-30 años. Propagación: por semilla.
Utilización de la especie	Es utilizada para mobiliario (paneles y chapas), carpintería de interiores (decoración y revestimientos), chapeado, molduras, contrachapados, torneados y artículos para diseño. Es una especie muy apta para ser utilizada en cultivos conjuntos de silvopastoreo en zonas de altitud. Las hojas y los brotes son utilizados con fines medicinales.
<i>Castanea sativa</i> Mill/ Castaño	
Origen	Sur y centro de Europa y Asia Menor.
Distribución de la especie en Portugal	Los poblaciones actuales se encuentran en Trás-os-Montes (en los distritos de Vila Real y Bragança) y en la Beira Interior (distrito de A Guarda), por encima de los 500 m de altitud subsistiendo también en algunas áreas en el Fundão, Portalegre, Monchique y Alcobaça.
Caracterización de la especie	Especie monoica de hoja caduca, de media luz. Longevidad: entre los 500-700 años. Altitud: varía entre el nivel del mar (sobre todo en el noroeste húmedo) y los 800 m en el caso de los castañedos, pero los castañares en plantaciones podadas vegetan bien desde los 500 m a los 1.200-1.400 m. Clima: crece en zonas con precipitación anual entre los 800-1.600 mm y no soporta la sequía estival cuando es demasiado prolongada. Es sensible a las heladas tempranas (octubre/noviembre). Suelos: se adapta a diversos tipos de suelo prefiriendo los silíceos y los de origen calcáreo ya descalcificados, siempre frescos y con alguna profundidad. Turno de explotabilidad: entre los 40-50 años de edad en régimen de alto fuste; en las explotaciones donde se realiza la poda las explotaciones pueden variar entre los 30-50 años, de acuerdo con los diámetros deseados. Copa: amplia, con ramas inferiores compactas y de gran envergadura, y ramas superiores ligeramente torcidas. Tronco: generalmente fuerte y recto, pudiendo alcanzar los 20-30 m de altura. Corteza: al principio lisa de color verde-aceituna y más tarde pardo-grisácea, con profundas fisuras longitudinales, a menudo oblicuas. Hojas: lanceoladas, ásperas, con dientes regulares muy agudos y arqueados. Cara superior brillante y cara inferior con nervaduras muy salientes. Floración: mayo/julio. Edad de fructificación: a partir de los 20 años. Época de maduración: octubre/noviembre. Propagación: vegetativa o por semilla.
Utilización de la especie	Resistente a la intemperie, se utiliza en estructuras y carpinterías exteriores, carrocerías de lujo, construcción naval, contrachapados y chapas, mobiliario, tonelería de envejecimiento, tonelería de transporte, laminados, mangos de herramientas y cestería. Debido a la cantidad de taninos que posee, su corteza es utilizada para curtir pieles y cueros. Los frutos son muy buscados para usos culinarios.
<i>Cedrus atlantica</i> (Endl.) Carr/ Cedro del atlas	
Origen	Montañas del Atlas.
Distribución de la especie en Portugal	Se encuentra en las sierras de Nogueira, Montezinho, Marão, Padrela, Buçaco, Estrela y Gerês. Aparece en otras zonas, en algunas poblaciones realizadas recientemente e incluso en parques y jardines.

***Cedrus atlantica* (Endl.) Carr/ Cedro del atlas**

Caracterización de la especie Especie monoica de hoja perenne y de luz, de crecimiento relativamente rápido, que encuentra las mejores condiciones en zonas montañosas y mesetas con buenos niveles de humedad. Longevidad: superior a 1.000 años. Altura: por encima de los 600-700 m. Clima: resiste bien las bajas temperaturas del invierno y las temperaturas elevadas del verano; sin embargo, soporta mal la sequedad estival prolongada; es sensible a las heladas tardías. Suelos: crece en todo tipo de suelos, incluyendo los calcáreos, prefiriendo los suelos permeables y profundos. Turno de explotabilidad: entre los 60-70 años. Copa: en árboles jóvenes se presenta cónica o piramidal, pudiendo convertirse en los ejemplares más viejos en trapezoidal o irregular. Tronco: rectilíneo, puede alcanzar entre los 20 y 40 m de altura. Ramas: relativamente finas formando pisos (estratos). En cuanto a las ramitas, pueden ser cortas, gruesas, cubiertas de cicatrices anaranjadas con agujas en rosetas o ramitas largas que llevan agujas aisladas. Corteza: gris oscura y lisa al principio. Con la edad se agrieta en placas grandes y por fin se vuelve profundamente fisurado. Hojas: agujas finas de 1-3 cm, lineales, aciculares, de color verde oscuro o glaucas, agudas, a veces subdísticas por torsión, sésiles, dispuestas en forma de pinceles. Floración: se produce dese finales de septiembre a noviembre. Época de maduración: en el otoño del segundo año. Edad de fructificación: 35-40 años. Propagación: por semilla.

Utilización de la especie Durabilidad muy elevada, resistiendo a hongos e insectos incluso en situaciones de riesgo. Utilizada en carpintería fina (cajas, cofres y urnas), construcción (estructuras, marcos), chapa de calidad (resultado del desenrolle de troncos limpios). Utilizada como ornamental en parques y jardines.

***Eucalyptus globulus* Labill/ Eucalipto**

Origen Tasmania.

Distribución de la especie en Portugal Aparece de norte a sur de Portugal, desde las zonas litorales hasta el interior donde las condiciones edáficas o la altitud atenúan la aridez del medio. La sequedad y las bajas temperaturas, sin embargo, constituyen factores que condicionan de forma importante su supervivencia.

Caracterización de la especie Especie monoica de medio o gran porte, plástica, de rápido crecimiento y hoja perenne. Longevidad: puede superar los 200 años. Altitud: desde el nivel del mar hasta los 400-500 m. Clima: especie típica de climas templados; poco resistente a las heladas fuertes y continuas, a la sequedad y a las bajas temperaturas invernales. Suelos: vegeta bien en suelos arenosos, esquistosos y otros, siempre que sean húmedos y bien drenados. Término de explotabilidad: alrededor de los 25-30 años en poblaciones explotadas en alto fuste, y entre los 10-15 años en los asentamientos donde se realiza la poda. Copa: abierta y piramidal irregular. Tronco: muy grueso, presentando a menudo una torsión en espiral, pudiendo alcanzar los 40-60 m de altura. Corteza: lisa, se desprende en grandes tiras longitudinales, retorcidas, que se mantienen durante algún tiempo suspendidas en el árbol. De joven presenta un tono plateado y más tarde gris. Hojas: las jóvenes son opuestas, ovaladas, redondeadas en la base, gruesas y coriáceas, sésiles y con un color verde azulado; las adultas son alternas, estrechamente lanceoladas (en forma de hoz), falciformes y coriáceas, claramente pecioladas y presentan una tonalidad verde-oscura y brillante. Floración y fructificación: prácticamente durante todo el año. Propagación: vegetativa o por semilla.

Utilización de la especie Su principal uso es para pasta de papel -sobre todo cuando la especie es explotada en régimen de poda- siendo también utilizada en carpinterías exteriores, carrocería de carga, formas para calzado, estructuras macizas y tutores. Puede utilizarse también como combustible doméstico o industrial, en particular en la producción de energía a partir de biomasa obtenida en cultivos de corta rotación. Las hojas de eucalipto poseen propiedades balsámicas y antisépticas debido a la substancia acetosa que producen, siendo muy utilizadas bajo la forma de infusión para tratamientos de la bronquitis y como expectorante de las vías respiratorias. De las hojas es extraído también el aceite o esencia de eucalipto, empleado en particular en la industria farmacéutica, alimentaria y cosmética. Las flores son muy apreciadas para la producción de miel. Utilizada también (igual que otras especies de eucaliptos) en la construcción de sistemas de rompevientos.

***Fagus sylvatica* L/ Haya**

Origen Regiones frías y templadas frías de Europa.



<i>Fagus sylvatica</i> L/ Haya	
Distribución de la especie en Portugal	En Portugal existen poblaciones os en las sierras de Gerês y de Estrela; crece también en las montañas del norte y centro del país formando pequeños bosquetes o incluso como ejemplares dispersos.
Caracterización de la especie	Especie monoica, autóctona en Portugal en las zonas de altitud del norte y centro, de hoja caduca, de sombra en las primeras edades. Longevidad: 300-400 años. Altitud: 800-1.900 m; sin embargo, en el noroeste de Portugal se encuentra a partir de los 600 m. Clima: ss muy sensible a las heladas primaverales, así como a veranos secos si el suelo no tiene buenos niveles de humedad. Vegeta mejor en zonas con precipitaciones superiores a 800 mm. Suelos: prefiere los frescos, profundos y permeables, tolera los superficiales pero no sobrevive en los compactos, encharcados o arenosos. Turno de explotación: 100-120 años. Copa: amplia y redondeada. Tronco: rectilíneo y cilíndrico, pudiendo alcanzar los 30-40 m de altura. Ramas: principales en gran número, ascendentes o horizontales; ramitas glabras de color marrón rojizo bazo. Corteza: lisa, gris-plateada, manteniéndose sin agrietar hasta edad avanzada. Hojas: ovaladas o elípticas, con los nervios laterales bien marcados y casi paralelos, de bordes ondulados, ciliados y tomentosos cuando son jóvenes, a veces denticulados de color verde oscuro, haciéndose glabrescentes en la madurez, excepto en las axilas de las nervaduras secundarias de la cara inferior. Floración: en abril/mayo. Época de maduración: a finales de verano principios de otoño (agosto/septiembre). Edad de fructificación: a partir de los 40 años. Propagación: por semilla.
Utilización de la especie	Utilizada para la obtención de revestimientos, parqués, decoración, mobiliario, contrachapados, torneados, carrocería de lujo y juguetes. Empleada como ornamental en parques y avenidas debido al destacable efecto decorativo de sus hojas y fruto.
<i>Fraxinus angustifolia</i> Vahl/ Fresno	
Origen	Centro y sur de Europa y noroeste de África.
Distribución de la especie en Portugal	Especie claramente mediterránea silvestre en Portugal, apareciendo en todo el territorio continental. Sin embargo, son raras las poblaciones de esta especie, apareciendo sobre todo de forma aislada, como árboles de alineación o a lo largo de los cursos de agua.
Caracterización de la especie	Especie monoica de hoja caduca y de luz. Longevidad: 100-150 años. Altitud: 0 a unos 1.000 m. Clima: Siendo resistente al frío es muy sensible a las heladas tardías. Suelos: profundos, frescos, bien drenados, ricos en nutrientes y poco ácidos. Turno de explotación: 60-80 años. Copa: alta e irregular. Tronco: a veces irregular, pudiendo alcanzar los 20-25 m de altura. Ramas: poco numerosas y ascendentes; Ramitas cortas, pendientes y glabras. Corteza: presenta un reticulado de fisuras profundas y estrechas, gris oscura, volviéndose verrugosa en los ejemplares más viejos. Hojas: compuestas, imparipinuladas, con folíolos lanceolados u ovalados, acuminados, aserrados, acuminados en la base, sésiles, con excepción del último, finamente aserrados en los márgenes, presentando el número de dientes igual al número de nervaduras laterales, con una tonalidad verde brillante en la cara superior y glabros o pubescentes en la base del nervio central de la cara inferior. Floración: en primavera. Época de maduración: finales de verano - principios de otoño. Edad de fructificación: alrededor de los 30-40 años. Propagación: por semilla.
Utilización de la especie	Utilizada en mobiliario macizo, contrachapados y chapas, carrocería de lujo, persianas y estores, mangos de herramientas, pavimentos, techos y puertas. Sus hojas son muy utilizadas tanto para alimentación de animales como para fabricación de productos medicinales, ya que posee propiedades diuréticas y antirreumáticas. Es una especie empleada también como ornamental y en la construcción de molduras.
<i>Larix decidua</i> Miller/ Alerce europeo	
Origen	Europa Central, especialmente Alpes y Cárpatos.
Distribución de la especie en Portugal	Hace tiempo introducida en las sierras de Gerês, Marão, Montezinho, Nogueira, Cabreira y Estrela.

***Larix decidua* Miller/ Alerce europeo**

Caracterización de la especie	<p>Conífera monoica, muy robusta, de crecimiento rápido cuando joven, que presenta la particularidad de ser caducifolia y de luz. Longevidad: puede aproximarse a los 1.000 años. Altitud: normalmente varía entre los 1.000 y los 2.000 m, sin embargo, en condiciones más favorables del noroeste de Portugal puede aparecer en altitudes inferiores. Clima: especie nativa en las zonas montañosas frías de Europa Central, es muy resistente a las bajas temperaturas, a la nieve, al viento y a la helada. Suelos: soporta todo tipo de suelos siempre que sean frescos, profundos y bien drenados. Turno de explotación: entre los 50-80 años. Copa: cónica, estrecha o incluso irregular. Tronco: derecho, delgado, alcanzando los 35 m de altura. Ramas: dispersas, irregularmente verticiladas, horizontales (con excepción de las ramas inferiores que normalmente son descendientes), cortas y ennegrecidas las que sostienen las agujas agrupadas, largas las que poseen agujas aisladas. Corteza: delgada, al principio grisácea, luego se agrieta y se vuelve rojiza y escamosa, pudiendo alcanzar gran espesor en la base del árbol. Hojas: anuales, dispuestas en roseta sobre ramas cortas insertadas en otras más anchas o con agujas alternadas y aisladas. Son suaves, redondeadas o ligeramente agudas, con la cara superior verde claro y la cara inferior con dos bandas de estomas verdosos. Hoja: colgante, aireada y ligera. Floración: en primavera. Época de maduración: en otoño. Edad de fructificación: a partir de los 20-30 años. Propagación: por semilla.</p>
-------------------------------	--

Utilización de la especie	<p>Madera característica de construcción, encofrados, palés y embalajes, mobiliario macizo modulado, postes y puntales.</p> <p>Usada también como ornamental debido a la tonalidad que sus hojas adquieren, especialmente en otoño. Es una especie muy apta para utilizarse en cultivos conjuntos de silvopastoreo en zonas de montaña. La hojarasca contribuye a mejorar las características físico-químicas del suelo.</p>
---------------------------	--

***Picea abies* (L.) Karsten/ Picea europea**

Origen	Norte de Europa y norte de Asia y regiones montañosas de Europa Central.
Distribución de la especie en Portugal	Existen pequeños núcleos en Vieira de Minho, Cabeceiras de Basto, Manteigas y Montalegre.

Caracterización de la especie	<p>Conífera, monoica de hoja perenne, de luz, de gran porte; es una de las más importantes especies productoras de madera de la Europa templada fría. Longevidad: superior a 450 años. Altitud: la más favorable ronda los 800-1.000 m, pudiendo sin embargo vegetar satisfactoriamente en altitudes superiores. Clima: es resistente a las bajas temperaturas invernales y a las nevadas, pero sensible a los vientos. Turno de explotación: 50-65 años. Suelos: crece bien en casi todo tipo de suelos exceptuando los calcáreos y áridos, prefiriendo los drenados, frescos, arenosos y ligeramente húmedos. Copa: cónica y estrecha. Tronco: fuerte y rectilíneo, adelgazando junto a la cima, pudiendo alcanzar los 50-60 m de altura. Ramas: cortas, dispuestas en verticilos regulares, ascendentes, horizontales o ligeramente caídas; las más jóvenes presentan un color marrón-rojizo, generalmente glabras o con pelos dispersos. Corteza: lisa, rojiza, que se vuelve marrón rojiza con la edad; Presenta pequeñas escamas que se desprenden. Hojas: de sección cuadrangular, rígidas, agudas, verdes oscuras con líneas grisáceas, se separan de la ramita mostrando la cara inferior; A su vez, las de la cara superior se inclinan hacia adelante cubriendo la ramita. Floración: finales de primavera, principios de verano. Época de maduración: en otoño del mismo año. La dehiscencia de los estambres tiene lugar después del tiempo de fecundación de los conos femeninos, para evitar la autofecundación. Edad de fructificación: entre los 35-50 años. Propagación: por semilla.</p>
-------------------------------	---

Utilización de la especie	Utilizada en la construcción (marcos, puertas, decoración), mobiliario macizo modulado, mobiliario de interiores, laminados y lamas, cajas, cofres, instrumentos musicales.
---------------------------	---

***Pinus halepensis* Miller/ Pino de Alepo**

Origen	Región del Mediterráneo.
Distribución de la especie en Portugal	Se distribuye en las zonas calcáreas, sobre todo en las sierras jurásicas de la Arrábida, Montejunto, Candeeiros y Aires, y también en el distrito de Lisboa, Santarém y sobre todo en el Algarve, en zonas cuyos suelos son de la misma naturaleza.

Regap



NOTAS

<i>Pinus halepensis</i> Miller/ Pino de Alepo	
Caracterización de la especie	Conífera monoica típicamente mediterránea, muy rústica, de hoja perenne, de luz. Longevidad: 100-150 años. Altitud: varía desde el nivel del mar hasta los 1.600 m. Clima: particularmente sensible a las bajas temperaturas. Suelos: tolera mal los suelos arenosos y las capas freáticas superficiales, consiguiendo vegetar en los esqueléticos, pedregosos y calcáreos, y prefiriendo los derivados de margas arcillosas. Turno de explotación: entre 50 y 70 años. Copa: irregularmente distribuida, presentando la cima redondeada y comprimida. Tronco: delgado y tortuoso, pudiendo alcanzar los 20 m de altura. Ramas: a menudo tortuosas, glabras, delgadas, extendidas, inicialmente verdosas y más tarde grisáceas. Corteza: poco gruesa, gris plateada, lisa en los árboles más jóvenes y marrón rojiza en los ejemplares más viejos, fisuradas y escamosas. Hojas: aciculares, delgadas, curvas, con cara ventral arqueada, bordes denticulados y vértice agudo corto y duro, verde claro, en grupos de 2 a 3, con una duración de aproximadamente 2 años, formando a veces "pinceles" en las puntas de las ramas. Floración: durante la temporada (normalmente de marzo a mayo). Época de maduración: en otoño del segundo año. Edad de fructificación: a partir de los 15-20 años. Propagación: por semilla.
Utilización de la especie	Madera poco interesante desde el punto de vista de producción de leña, pudiendo sin embargo ser utilizada en embalajes, traviesas, andamiajes, celulosa, aglomerados y construcción. Especie buena productora de resina de calidad, pudiendo producir entre 1-4 kg/árbol/año. Por su parte la corteza, rica en taninos, puede ser retirada cada 5 años para ser utilizada en la industria de los colorantes y de curtido. Puede también ser usada en la recuperación de suelos degradados.
<i>Pinus nigra</i> subsp <i>laricio</i> Arnold/ Pino laricio	
Origen	Córcega, Calabria y Sicilia.
Distribución de la especie en Portugal	Fue hace tiempo introducida en las sierras de Gerês, Marão, Montezinho, Nogueira, Cabreira, Estrela, Padrela, Barroso y Sierra de Lousã.
Caracterización de la especie	Especie monoica de montaña muy robusta y de gran plasticidad. Es una conífera de hoja perenne, de media luz. Longevidad: 300-500 años. Altitud: varía entre los 400 y los 1.600 m. Clima: resiste bien los vientos y las heladas primaverales, por lo que se utiliza frecuentemente en la reforestación de las zonas más altas y ventosas de nuestras sierras. Suelos: en general no es muy exigente, soportando los calcáreos pero prefiriendo los de reacción ácida o subácida. Turno de explotabilidad: alrededor de los 50-60 años. Copa: piramidal en ejemplares jóvenes, presentándose aplanada en los maduros. Tronco: cilíndrico y recto pudiendo alcanzar los 30-40 m de altura. Ramas: verticiladas, densamente agrupadas, largas, disponiéndose en el tronco hasta casi la base. Ramitas glabras, marrón amarillentas y estriadas. Corteza: marrón-grisácea o marrón ennegrecida, muy rugosa, que se desprende en placas cuando es viejo. Hojas: aciculares, en parejas, densamente implantadas sobre las ramitas y persistiendo cerca de 4 años, duras, rígidas, rectas o curvas, con márgenes denticulados y vértices gruesos. Floración: durante la primavera. Época de maduración: en otoño del segundo año. Edad de fructificación: alrededor de los 20-30 años. Propagación: por semilla.
Utilización de la especie	Utilizada en la construcción para estructuras y carpintería de interiores y exteriores, encofrados, traviesas, palés, embalajes, aglomerados y mobiliario macizo y modulado.
<i>Pinus pinaster</i> Aiton/ Pino rodeno	
Origen	Región del Mediterráneo Occidental, costa atlántica de la Península Ibérica y del Golfo de Vizcaya.
Distribución de la especie en Portugal	Norte y centro del país. Aparece también en áreas del centro y sur interior concretamente Penamacor, Idanha-a-Nova, Sierra de S. Mamede y Santo Aleixo de Restauração (Moura).
Caracterización de la especie	Especie conífera monoica autóctona, rústica, pionera, de crecimiento relativamente rápido de hoja perenne y de luz. Longevidad: 150-300 años. Altitud: más favorable hasta 400 m, sufriendo graves limitaciones a partir de los 900 m. Clima: soporta mal los fríos intensos, resiste bien la nieve en polvo pero mal la nieve húmeda [9]; prefiere

<i>Pinus pinaster</i> Aiton/ Pino rodeno	
	<p>las zonas donde se sienta la influencia atlántica, vegetando mal en las zonas de mayor continentalidad. Suelos: presenta gran susceptibilidad a la compactación del suelo, tolera los suelos poco profundos y prefiere los permeables de textura ligera. Turno de explotabilidad: 40-50 años (en los bosques del estado puede extenderse hasta los 80 años). Copa: piramidal en los ejemplares más jóvenes, anchas, redondeadas o aplanadas en los adultos. Tronco: cilíndrico, erguido (a veces torcido debido a malas prácticas silvícolas), alcanzando los 25-30 m de altura. Ramas: en los ejemplares más jóvenes se presentan muy espaciadas en amplios verticilos; en los ejemplares mayores las ramas inferiores caen después de muertas. Ramitas glabras, rojo oscuro o verde claro cuando son jóvenes, quedando castaño rosado por encima y verde oliva clara por debajo. Corteza: gruesa, marrón oscura por fuera y rojiza por dentro, profundamente hendida. Hojas: aciculares, robustas, rígidas, en parejas, verdes y grisáceas. Floración: en primavera. Época de maduración: en otoño del segundo año. Edad de fructificación: a partir de los 15 a 20 años. Propagación: por semilla.</p>
Utilización de la especie	<p>Alta calidad para elementos estructurales macizos, aptitud para carpintería exterior, buen comportamiento en parques, pavimentos, postes, traviesas, andamios, tutores, apuntalamiento minero, carrocería de carga y pasta de papel. Debido a su rusticidad es usada en la recuperación de suelos degradados y en la consolidación de dunas. Es también la especie más usada para la extracción de resina, de cuya transformación industrial resultan diversos productos destinados especialmente al sector alimentario y farmacéutico. Las piñas, dada la facilidad con que arden, son óptimas briquetas en las chimeneas domésticas. La corteza está siendo usada para la producción de sustratos y también en jardinería como ornamento y revestimiento del suelo para luchar contra las malas hierbas.</p>

<i>Pinus pinea</i> L/ Pino manso	
Origen	Región del Mediterráneo.
Distribución de la especie en Portugal	Aparece de norte a sur, encontrándose mayoritariamente al sur de Tajo en el distrito de Setúbal.
Caracterización de la especie	<p>Conífera monoica, autóctona, de hoja perenne y de luz. Longevidad: 150-300 años. Altitud: varía desde el nivel del mar hasta los 1.000 m. Clima: es sensible a la nieve pero soporta los vientos marítimos, períodos de sequía y temperaturas elevadas. Suelos: es sensible a los compactos y con texturas pesadas, prefiriendo los profundos, frescos de textura franco-arenosa. A pesar de ello presenta una elevada rusticidad en condiciones edáficas desfavorables. Turno de explotabilidad: cuando el objetivo es la producción de leña/fruto, entre los 80-100 años. Copa: semiesférica en forma de sombrilla, que resulta de la dominancia de los crecimientos laterales sobre el apical. Tronco: cilíndrico a veces morfológicamente irregular, alcanzando a menudo los 25-30 m de altura. Ramas: fuertes, ramitas glabras, verde-grisáceas, quedando castañas más tarde. Corteza: marrón rojiza, gruesa, con profundas fisuras longitudinales, desprendiéndose en placas grandes y dejando al descubierto manchas rojas anaranjadas. Hojas: aciculares, en parejas, persistiendo por 2-3 años, ligeramente torcidas, agudas, con canales resiníferos marginales. Floración: durante la primavera. Época de maduración: en otoño del segundo año. Edad de fructificación: abundante después de los 15-20 años, alcanzando las mayores producciones a los 40-50 años. Propagación: por semilla.</p>
Utilización de la especie	<p>Utilizada en mobiliario, construcción naval, parques, traviesas, construcción (estructuras y carpinterías) palés y carrocería. La producción de su fruto asume una especial importancia, siendo en este momento su principal uso. También utilizada en la producción de resina, en la protección y recuperación de suelos degradados y en valor añadido al paisaje.</p>

<i>Pinus radiata</i> D. Don/ Pino radiata o pino insigne	
Origen	California, EUA.
Distribución de la especie en Portugal	Especie exótica en Portugal, que tiene como área de distribución más favorable la franja litoral al norte de Figueira da Foz. Sin embargo, más al sur puede crecer también satisfactoriamente en las Sierras de Sintra, Monchique y Montejunto, así como a lo largo de la franja costera occidental con mejores condiciones de humedad.

Regap



NOTAS

<i>Pinus radiata</i> D. Don/ Pino radiata o pino insigne	
Caracterización de la especie	Conífera monoica de rápido crecimiento, de hoja perenne y de luz. Longevidad: 100-150 años. Altitud: la más favorable hasta los 400 m. Clima: es sensible a las heladas; resiste bien las altas temperaturas y los vientos marinos fuertes. Suelos: presenta una cierta indiferencia en cuanto a la naturaleza del suelo, prefiriendo suelos hondos, frescos y bien drenados. Turno de explotación: 25-35 años. Copa: cónica cuando es joven, pero densa y muy abovedada cuando es adulta. Tronco: generalmente irregular, pudiendo alcanzar los 40 m de altura. Ramas: principales pesadas, anchas, divergentes y a veces tocando el suelo. Ramitas nuevas glabras gris claro o verde-blanquecino. Corteza: muy rugosa y presentando fisuras longitudinales, marrón oscura. Hojas: aciculares, grandes, en haces de tres en cada inserción, de color verde vivo brillante y a veces tocando el suelo. Bordes denticulados, vértice agudo y canal resinífero central. Floración: en primavera. Época de maduración: otoño del segundo año. Edad de fructificación: a partir de los 7-8 años, volviéndose abundante entre los 15 y 20 años. Propagación: por semilla.
Utilización de la especie	Utilizada en carpinterías de interior, contrachapados de interior, palés, aglomerados, embalajes serrados y desenrollados, mobiliario. Usada también como especie ornamental y en la construcción de cortinas de abrigo en zonas sujetas a fuertes vientos marítimos.
<i>Pinus sylvestris</i> L./ Pino silvestre	
Origen	Regiones frías de Europa y Asia, incluyendo las zonas de mayor altitud del sur de Europa.
Distribución de la especie en Portugal	Esta especie es considerada silvestre en las Sierras de Gerês y de Estrela, apareciendo además en las cotas más altas de las Sierras de Peneda, Larouco, Cabreira, Padrela, Marão, Montesinho, Nogueira y Montemuro.
Caracterización de la especie	Conífera monoica muy rústica, de hoja perenne y de luz. Longevidad: 300-500 años. Altitud: varía desde los 500 a los 2.000 m. Clima: soporta bien el frío, incluso muy intenso y alguna sequedad pero es sensible a la nieve húmeda y a los golpes de viento. Suelos: crece bien en todo tipo de suelos, incluso en los delgados y pobres, no soporta suelos con turba y muy compactos, prefiriendo los ligeros y ácidos. Turno de explotación: entre los 60 y los 80 años. Copa: piramidal en los ejemplares más jóvenes, redondeada y ancha en los más viejos. Tronco: recto y cilíndrico, pudiendo manifestar desramación natural cuando se instala en macizos densos y se presenta limpio hasta gran altura; puede llegar a 20-40 m de altura. Ramas: en los árboles jóvenes, en general, regularmente verticiladas, glabras y verde amarillentas; en las más viejas la ramificación se produce en la parte superior, y son castaño-grisáceas. Corteza: fisurada en placas longitudinales irregulares, marrón rojizas o marrón-grisáceas en la base del tronco, hacia arriba exfoliando en escamas finas, rojo-claras a anaranjadas. Hojas: aciculares, muy pequeñas, en parejas, retorcidas, rígidas, verde-azuladas. Floración: en primavera. Época de maduración: en otoño del año siguiente. Edad de fructificación: da semilla fértil a partir de los 20-30 años. Propagación: por semilla.
Utilización de la especie	Utilizada en el mobiliario rústico y modulado, traviesas, postes, embalajes, palés, en la construcción civil en estructuras y carpinterías de interiores y exteriores. Usada también en la recuperación y protección del suelo.
<i>Prunus avium</i> L./ Cerezo bravo	
Origen	Europa y Asia.
Distribución de la especie en Portugal	Especie autóctona, predominando en el norte y en las montañas del centro. Aparece fundamentalmente en poblaciones mixtas, pudiendo, también ser cultivada como árbol frutal, sobre todo en los bordes de terrenos agrícolas.
Caracterización de la especie	Especie monoica bastante plástica, de hoja caduca, de media luz cuando es joven y posteriormente de luz. Longevidad: inferior a 100 años. Altitud: varía desde el nivel del mar hasta los 1.000 m. Clima: es resistente a las bajas temperaturas invernales y a las heladas pero sensible al viento. Suelos: no tolera el encharcamiento superficial, prefiriendo los suelos profundos, frescos y bien ventilados, pudiendo también aparecer en suelos medianamente ácidos y más secos, no muy pobres. Turno de explotación: entre los 50-60 años. Copa: ancha. Tronco: rectilíneo y bien desarrollado si crece en

Prunus avium L./ Cerezo bravo

plantaciones, otras veces presentando frecuentemente defectos en la morfología del fuste; puede alcanzar los 20-30 m de altura. Ramas: ascendentes o casi horizontales; ramitas jóvenes, glabras, rojizas en la parte superior. Corteza: lisa, gris-rojiza, brillante, con filas horizontales de lenticulas, desprendiéndose en tiras, o volviéndose posteriormente fisurado. Hojas: simples, ovaladas a oblongo-ovaladas, acuminadas, bordes crenados-serrados con dientes profundos y redondeados. Glabras y mates en la cara superior, con una pubescencia persistente en los nervios de la cara inferior. Pecíolo con dos glándulas conspicuas rojizas junto al limbo. Floración: ocurre en primavera, a partir de abril/mayo. Época de maduración: ocurre a principios de verano. Edad de fructificación: a partir de 8-10 años. Propagación: vegetativa o por semilla.

Utilización de la especie

Utilizada en mobiliario macizo y de estilo, torneados, escultura, cajas, marquetería, instrumentos musicales, bastones, mangos de cubertería y marquetería preciosa. Los frutos son usados tanto para consumir directamente como en la industria alimentaria, especialmente en la fabricación de compotas y de aguardiente. Son también un óptimo alimento para la fauna silvestre.

Pseudotsuga menziesii Franco/ Pseudotsuga

Origen

Región Oeste de América del Norte.

Distribución de la especie en Portugal

Introducida a mediados del siglo XIX, aparece principalmente en el norte (Sierras de Bornes, Padrela, Marão y Gerês) y centro del país en la sierra de Estrela, en particular en Penhas Douradas y Manteigas.

Caracterización de la especie

Especie conífera monoica, rústica, de hoja perenne, de media luz. Longevidad: superior a 1.000 años. Altitud: a partir de los 700 m, pudiendo llegar a los 1.600 m. Clima: es extremadamente sensible al viento y a las heladas tardías. Suelos: prefiere los ligeros, silíceos, frescos y profundos, incluso los pedregosos, evitando los húmedos, los excesivamente compactos y los calcáreos. Turno de explotación: 50-75 años. Copa: cónica o piramidal al principio, volviéndose después redondeada o aplanada. Tronco: generalmente recto y columnar, pudiendo alcanzar alturas muy superiores a los 50 metros. Ramas: irregularmente verticiladas, de color amarillo o glauco, con cicatrices foliares elípticas ligeramente salientes y pubescentes. Corteza: cuando es joven aparece lisa, grisácea, con bolsas de resina; después se vuelve oscura, marrón rojiza, agrietada por profundas fisuras, muy gruesa y rugosa. Hojas: aciculares, lineales, redondeadas o puntiagudas, muy maleables, de 2-3,5 cm, de color verde oscuro en la cara superior y con dos bandas blancas de estomas y dos canales resiníferos en la cara inferior. Floración: se da en primavera, a partir de marzo/abril. Época de maduración: ocurre en verano, normalmente en agosto/septiembre. Edad de fructificación: se inicia a los 10 años, pero sólo a las 20-30 las semillas son de buena calidad. Sólo a partir de esta edad la producción de semilla es abundante, pero en intervalos de 2 a 3 años. Propagación: por semilla.

Utilización de la especie

La madera de anillo estrecho es utilizada en el mobiliario de interiores y embalajes y cajas. Es también utilizada en laminados, lamelados, embalajes, palés y aglomerados.

Quercus ilex L./ Encina

Origen

Europa Mediterránea Occidental.

Distribución de la especie en Portugal

Especie autóctona en Portugal; adquiere mayor importancia en las zonas continentales, de influencia ibérica y mediterránea. Se encuentra desde Trás-os-Montes al Algarve, con mayor presencia en las regiones al sur del Tajo.

Caracterización de la especie

Especie monoica de hoja perenne y de media luz. Longevidad: 500-700 años. Altura: hasta los 1.500 m. Clima: muy resistente a las altas temperaturas, a la sequedad, al viento y al frío. Suelos: se desarrolla bien en todo tipo de suelos. En los suelos pobres y esqueléticos, sin embargo, la instalación artificial de poblaciones a través de plantaciones ha mostrado con mucha frecuencia elevadas tasas de fracaso. El gran desarrollo inicial de la raíz principal puede, por lo tanto, en estas situaciones, hacer más aconsejable el recurso a la siembra (siempre que otros factores desfavorables, como la presencia de roedores, sean controlados) que a la plantación. Turno de explotación: entre los 110 y los 150 años, teniendo como principal objetivo la producción de leña/ fruto en régimen de alto fuste. Copa: amplia y redondeada. Tronco: recto o ligeramente

Regap



NOTAS

<i>Quercus ilex</i> L./ Encina	
	<p>torcido, generalmente con 15-20 m de altura, pudiendo alcanzar los 25 m. Ramas: las principales son erguidas, con frecuencia se originan en la parte inferior del tronco; las ramitas son estrechas, castaño-grisáceas y tomentosas. Corteza: no suberosa (lisa), grisácea, después estallada y agrietada, marrón ennegrecida. Hojas: simples, ásperas y coriáceas, persistiendo de 2 a 3 años, de forma muy variable, desde lanceoladas a elípticas, las jóvenes serradas o serradas a dentado-espinosas, las adultas de enteras a dentadas o aserradas, verde oscuras en la cara superior, blanquecinas y tomentosas en la cara inferior. Floración: en primavera (abril / mayo). Época de maduración: en otoño (octubre / noviembre). Edad de fructificación: se inicia a los 12-15 años, volviéndose abundante a partir de los 50 hasta los 150 años. Propagación: por semilla.</p>
Utilización de la especie	<p>Utilizada en mobiliario, revestimiento de pisos, carrocería rural, mangos de herramientas y de cuberterías. También muy buscada para las chimeneas domésticas. Su presencia, especialmente a través de la acción beneficiosa de la hojarasca, contribuye al aumento de la fertilidad y a la mejora de las características físico-químicas del suelo. Es también una especie con un importante valor desde el punto de vista ecológico y ambiental en el contexto de la Península Ibérica, sobre todo debido a los beneficios que genera en términos de biodiversidad y de lucha contra la desertificación. La producción de sus frutos asume especial importancia en nuestro país, particularmente en la alimentación del cerdo ibérico en pastoreo (montañesa).</p>
<i>Quercus robur</i> L./ Roble común	
Origen	Europa y Asia Occidental.
Distribución de la especie en Portugal	Especie autóctona en Portugal, se encuentra principalmente en las zonas del norte y centro del país, con mayor influencia atlántica, desde el Minho hasta Leiria, apareciendo también ejemplares dispersos en las zonas en donde exista alguna influencia atlántica (Beiras y Trás-os-Montes).
Caracterización de la especie	<p>Especie monoica, de crecimiento lento, hoja caduca, de media luz. Longevidad: 500-1.000 años. Altitud: desde el nivel del mar hasta los 1.000 m. Clima: es bastante resistente al viento y muy sensible a las heladas tardías. Suelos: necesita suelos profundos y frescos, buenos niveles de humedad. Turno de explotabilidad: entre 90-120 años, conducida en alto fuste. Copa: amplia, redondeada y más o menos regular. Tronco: rectilíneo en población, pudiendo alcanzar 40-50 m de altura. Ramas principales: con origen en la región inferior-media del tronco, sólidas y torcidas; ramitas inicialmente verdes marronáceas, pubescentes, y más tarde grisáceas y glabras. Corteza: grisácea y lisa, haciéndose gruesa, parda y escamoso-agrietada. Hojas: alternas, simples, de elípticas a ovadas, glabras, base en forma de corazón y auriculada, verde oscura en la cara superior y verde clara en la cara inferior. Floración: en primavera (abril/mayo). Época de maduración: en otoño. Edad de fructificación: a los 50-60 años. Propagación: por semilla.</p>
Utilización de la especie	<p>Utilizada en estructuras para carpintería de limpios interiores y exteriores, muebles macizos, contrachapados, chapas, paneles y chapas decorativas, construcción naval, carrocería de transporte, revestimiento de pisos, talla y escultura, tonelería de envejecimiento/enoblecimiento. Madera muy buscada para calefacción doméstica e industrial. Debido a la cantidad de taninos que posee, su corteza es utilizada para curtir pieles y cueros. El fruto es utilizado en la alimentación de animales.</p>
<i>Quercus rubra</i> L./ Roble americano	
Origen	América del Norte.
Distribución de la especie en Portugal	Esta especie se encuentra principalmente en el Entre Douro y Minho, Trás-os-Montes, Beiras y Douro Litoral.
Caracterización de la especie	<p>Especie monoica de crecimiento rápido, plástica, hoja caduca, inicialmente poco exigente en luz, volviéndose posteriormente muy exigente. Longevidad: unos 300 años. Altitud: desde el nivel del mar hasta los 1.300 m. Clima: resistente al frío, a las heladas tardías y al calor [9]. Suelos: se desarrolla en cualquier tipo de suelo excepto en los sujetos a encharcamiento [9]. Turno de explotabilidad: entre 60 y 80 años, recurriendo a un régimen de silvicultura "dinámica"; en un régimen de silvicultura "clásica", ese turno corresponderá a los 70-80 años. Copa: inicialmente cuneiforme, haciéndose más</p>

Quercus rubra L./ Roble americano	
	<p>tarde amplia y redondeada. Tronco: rectilíneo en población, alcanza los 25-30 m de altura. Ramas principales: rectas, dispuestas radialmente. Ramificación poco densa. Corteza: lisa durante mucho tiempo, presentando con la edad una corteza con surcos longitudinales no muy profundos. Hojas: alternas, simples, grandes, muy recortadas, con lóbulos muy agudos no sinuosos, punta fina y maleable, glabras, verde mate en la cara superior y con pubescencia en las axilas de la cara inferior; Base en cuña y enrojecida. Pecíolo amarillento. Floración: en primavera (mayo). Época de maduración: en otoño del segundo año. Edad de fructificación: puede alcanzar el máximo de producción a partir de los 50 años; sin embargo, inicia una fructificación regular a partir de los 25 años. Las mejores producciones de fruto se producen en intervalos de 2-5 años. Propagación: por semilla.</p>
Utilización de la especie	<p>Se utiliza en estructuras y carpintería de interiores y exteriores debido a su robustez y finura, mobiliario estructural y rústico, revestimiento de pisos, carrocería de transporte, construcción naval y traviesas de ferrocarril.</p> <p>Los frutos son muy apreciados para los animales. Posee también un gran valor ornamental debido principalmente a la tonalidad que las hojas adquieren en otoño.</p>
Quercus suber L./ Alcornoque	
Origen	Región del Mediterráneo Occidental y costa atlántica de la Península Ibérica.
Distribución de la especie en Portugal	Especie autóctona presente en todo el territorio portugués, excepto en las regiones montañosas o planálticas más frías del norte y centro, en las regiones salinas junto al litoral y en las regiones fronterizas del centro y sur, por ser zonas de acentuada aridez y continentalidad. Las mayores manchas continuas de montado de alcornocques se encuentran distribuidas por el Ribatejo, Alentejo Litoral y Central y el Algarve.
Caracterización de la especie	<p>Especie monoica de hoja perenne, de media luz. Longevidad: 300-500 años (muy inferior cuando se explora para descorche). Altitud: por debajo de los 400 m, aunque pueda llegar hasta los 600-700 m de altitud, siempre que no se alcancen temperaturas críticas. Clima: es muy sensible a las heladas y presenta buena resistencia a la sequedad estival [8]. Suelos: poco exigente en cuanto al suelo, no soportando los suelos excesivamente compactos, empapados y los que presentan calcáreo activo. Sin embargo, como ocurre con la encina, también la práctica de asentamientos de alcornoque, a través de plantaciones ha mostrado altos índices de fracaso, particularmente en áreas donde la fertilidad del suelo y la sequedad (frecuentemente asociadas a suelos delgados) empiecen a volverse limitantes. Así, y debido al hecho de que en esta especie se compruebe también un gran desarrollo inicial de la raíz principal, puede llegar a ser igualmente más favorable, en muchas situaciones, el recurso a la siembra. Turno de explotabilidad: entre 110 y 130 años, teniendo como principal objetivo la producción de corcho/leña. Copa: amplia e irregular. Tronco: bastante grueso con tendencia a ramificar a baja altura, sin embargo el árbol puede alcanzar los 15-20 m de altura. Ramas: bajas, sólidas y torcidas, ramitas concentradas en el extremo de las ramas, tomentosas y verde-grisáceas. Corteza: suberosa, gruesa y profundamente agrietada, gris oscura, volviéndose lisa y amarillenta o rojiza en los troncos y ramas descorchadas. Hojas: coriáceas, de lanceoladas a elípticas, verdes oscuras y glabrescentes en la cara superior, blanquecinas y tomentosas en la cara inferior. Pecíolo tomentoso. Floración: en primavera (abril a junio). Época de Maduración: anual, en tres etapas: a principios de septiembre caen las primeras bellotas, tempranas, siendo las mayores; en octubre/noviembre es la producción más intensa, de las secundarias o medianas; a finales de enero, maduran las tardías. Edad de Fructificación: a los 15 a 20 años. Propagación: por semilla.</p>
Utilización de la especie	<p>Se utiliza en construcciones rurales, ebanistería y equipamientos agrarios rudimentarios. Usada también como combustible.</p> <p>La utilización principal es la producción de corcho. Materia-prima con características específicas de excelencia, gran versatilidad, usada para diversos fines industriales tales como los tradicionales: fabricación de tapones, artículos de pesca y apicultura, aislantes térmicos y sonoros y componentes del calzado. Los últimos años está siendo utilizada en la industria de la moda del vestuario y accesorios. Los frutos, dado que su maduración es gradual, se hacen muy importantes en la alimentación de los animales, especialmente del cerdo negro en régimen de montanera. En términos ecológicos y ambientales – en particular en lo que respecta a la biodiversidad y a la lucha contra la desertización - es una especie considerada altamente valiosa en el contexto europeo.</p>

Fuente: Regiones de procedencia Portugal (2012)
<http://www.icnf.pt/portal/florestas/gf/ps/resource/doc/reg-prov/reg-prov12>

Regap



NOTAS

Ante una diversidad forestal única, el Estado busca minimizar y controlar los impactos del hombre. De esta manera fueron impulsados planes de actuación para la conservación de hábitats clasificados, la conservación de especies de la flora y de la fauna protegidas, la conservación de recursos genéticos, el apoyo a la caza y la conservación de las especies cinegéticas, el apoyo al silvopastoreo y a la apicultura, el apoyo a la pesca en aguas interiores y el encuadramiento y valoración del paisaje (Ministerio de Educación, 2006). A pesar de la significativa importancia de cada uno de estos planes, la mayor preocupación está centrada en las medidas para reducir el área que ha ardido y la lucha contra los incendios^{16 17}.

En 1965, existían en Portugal cerca de 2.969.000 hectáreas boscosas, correspondientes al 33 % del territorio continental. Los incendios producidos eran pocos y fácilmente combatidos por las poblaciones locales. En la década de los 50 y 60, ardían de media cerca de 5.000 hectáreas por año (Ministerio de Educación, 2006). En la última década los incendios se han incrementado no sólo en Portugal, sino también en otros países pertenecientes al "Club del Fuego" (España, Francia, Italia y Grecia), que destacan por tener el número más alto de casos todos los años. Desde mediados de los años 90 se producen anualmente, de media, más de 25.000 incendios. Sólo en 2005 se registraron más de 36.000 incendios (Ministerio de Educación, 2006). Según Pinto¹⁸, la extensión del área quemada en Portugal es de cerca de 300.000 hectáreas. Las Zonas de Intervención Forestal (ZIF) ardieron más que el resto del país en 2007, 2010 y 2012¹⁹. Hoy la zona quemada supera las 900.000 hectáreas. Esta situación cuestiona la sostenibilidad forestal²⁰. Las empresas asociadas de la Asociación de la Industria Papelera/(CELPA) llevan a cabo acciones de silvicultura para prevenir incendios, que consisten en el control de la vegetación, la limpieza de caminos y cortafuegos, y el mantenimiento y la construcción de la red viaria y la red de áreas cortafuegos. En 2012, estas acciones se centraron en un área de casi 22 mil hectáreas, es decir, el 12 % del área forestal de las empresas asociadas, y representaron un gasto de 2,3 millones de euros²¹.

Todos parecen estar de acuerdo en que se debe apostar cada vez más por la prevención eficaz de los incendios forestales y por la gestión sostenible de los bosques, pero cuando realizamos un comparación de la cobertura hecha por los medios en la última época de incendios, el espacio (en la prensa) y el tiempo (en las televisiones y radios) destinado a la lucha fue muy superior al destinado a la prevención²².

El Informe *Living Forests* de la WWF nos dice que actualmente el mundo tiene bosques suficientes y no tiene necesidad de más conversión de bosques naturales. Sin embargo, ese

16 MOREIRA, N.; BORGES, A.; MACHADO, A., "Métodos de aproveitamento energético de biomassa florestal", *Comunicações do Seminário Novas tecnologias na floresta*, Ordem dos Engenheiros, Matosinhos, 2010.

17 VALLEJO, V.; ARONSON, J. y BAUTISTA, S., *Land Restoration to Combat Desertification*, CEAM, València, 2010.

18 PINTO, T. *et al.*, "Recolha de Biomassa Florestal: Avaliação dos Custos e Tempos de Trabalho", *Silva Lusitana*, vol. 21, n. especial, 2013, pp. 163-176.

19 AZEVEDO, J. C., Florestas, ambiente e Sustentabilidade. Uma Abordagem Centrada nos Serviços de Ecossistema das Florestas do Distrito de Bragança. Ciclo de conferencias: A Floresta. Instituto de Estudos Académicos para Seniores. Academia das Ciências de Lisboa, Lisboa, 15 de noviembre de 2011, 2012. AZEVEDO, J. C.; PEREIRA, A. H. y PINTO, M. A., "Forest Landscape Ecology and Global Change: an Introduction", Azevedo, J. C., Pereira, A. H. y Pinto, M. A. (eds.), *Forest landscapes and global change: challenges for research and management*, Springer, 2014, pp. 1-28.

20 COSTA, R.; BRAGANÇA, H. y MACHADO, H., *Os últimos 75 anos de investigação para o melhoramento do castanheiro em Portugal*, Agrorural - Contributos Científicos, 2011, pp. 915-926.

21 GOES, F., 2014. Disponible en: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/prag-doe/resource/doc/gonip-plat/seminar14/impact-gorg-euc>

22 AZEVEDO, J. C., PEREIRA, A. H. y PINTO, M. A., "Forest Landscape Ecology and Global Change: an Introduction", cit.

ya no será el caso después de 2030, cuando la población mundial rebase los 9 mil millones de individuos²³.

El desarrollo sostenible de los bosques no puede verse comprometido por los avances de la sociedad y del hombre²⁴. Para mantener un legado verde a las generaciones venideras, es necesario preservar desde ya nuestro bien más natural, los bosques, tanto en la ordenación como en la gestión forestal (Ministerio de Educación, 2006), en Portugal y en el mundo.

2.1 Esfuerzos legales del Estado Nacional

El progreso de la sociedad humana se hizo a base de la explotación de los bosques²⁵. La deforestación y reforestación han marcado una acción modeladora y, muchas veces, destructora del propio hombre, dado que constituyen la mayor reserva estratégica de hábitats, de biodiversidad y de patrimonio genético del planeta²⁶.

Por la importancia que representan tanto en la vida humana como en la economía nacional, los bosques son fundamentales para el 12 % del producto interior bruto (PIB) de la industria, para el 12 % del empleo en la industria, para el 10 % de las exportaciones y el 5,3 % del valor añadido bruto (VAB). Viendo estos números, se aprecia que no es un sector que se deba infravalorar o perjudicar. Se trata de una cuota de mercado con un volumen de negocios anual de 8.000 millones de euros y un VAB de 2.000 millones de euros. En la silvicultura, la producción anual es de 1.000 millones de euros y el VAB es de 650 millones de euros. Actualmente existen tres grupos nacionales en el ranking global de las 100 mayores empresas mundiales de las industrias forestales, del papel y del embalaje²⁷. En este contexto, la CELPA representa el conjunto de productores portugueses de pasta para papel y de papel. En 2012, las empresas asociadas de la CELPA produjeron 2,5 millones de toneladas de pasta de fibra virgen para papel (100 % total nacional) y 2,1 millones de toneladas de papel de varios usos (el equivalente al 85 % del total nacional), haciendo de Portugal el tercer mayor productor europeo de pastas químicas y el mayor productor europeo de papel fino no revestido²⁸.

Estos valores financieros parecen extraordinariamente importantes en la economía nacional; sin embargo, el Estado portugués parece que no muestra una gran preocupación en cuanto a los bosques. No ha creado políticas estructurales o permitido incentivos fiscales u otros a las empresas en el decurso de su actividad para que no agredan al medioambiente. Además de las normas de gestión ambiental (ISO 14000) y de responsabilidad social (ISO 26000), el Estado portugués parece querer pasar su papel ético y responsable a la competencia de las empresas, situándolas como agentes actuantes en la preservación de la fauna y de la flora nacional.

23 SARMENTO, E. M. y DORES, V., "Políticas Públicas de Apoio à Fileira Florestal em Portugal", *Silva Lusitana*, vol. 22, n. 1, 2014, pp. 117-134.

24 SARMENTO, E. M. y DORES, V., "Políticas Públicas de Apoio à Fileira Florestal em Portugal", cit.

25 MINISTERIO DE EDUCACIÓN, *Guião de Educação Ambiental: conhecer e preservar as florestas*, 2006. Disponível em: <http://www.icnf.pt/portal/agir/resource/doc/sab-ma/florest/guia-florestas>.

26 MINISTERIO DE EDUCACIÓN, *Guião de Educação Ambiental: conhecer e preservar as florestas*, cit.

27 SARMENTO, E. M. y DORES, V., "Políticas Públicas de Apoio à Fileira Florestal em Portugal", cit.

28 GOES, F., 2014. Disponível em: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/prag-doe/resource/doc/gonip-plat/seminar14/impact-gorg-euc>

Este papel de sustitución del Estado no es posible ejecutarlo siguiendo la actual ley fundamental del país. Puede leerse en el artículo 9.º de la Constitución de la República Portuguesa que son tareas fundamentales del Estado, entre otras, las siguientes:

d. “Promover el bienestar y la calidad de vida del pueblo y la igualdad real entre los portugueses, así como la materialización de los derechos económicos, sociales y culturales mediante la transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales;

e. Proteger y valorizar el patrimonio cultural del pueblo portugués, defender la naturaleza y el medio ambiente, preservar los recursos naturales y el ambiente, y asegurar una correcta ordenación del territorio”.

El propio Estado se impuso a sí mismo un papel puramente fiscalizador y legislativo. Sin embargo, tanto en uno como en otro está mostrando debilidades, no sólo con respecto a los bosques nacionales, sino también con respecto al planeta y a los últimos acuerdos ambientales ratificados, como por ejemplo la Cumbre de París celebrada en diciembre de 2015.

La sociedad percibe el efecto de su actividad ambiental, pero en determinadas circunstancias nada hace para impedirlo o reducirlo. El papel del Estado es crucial para mantener esa obligatoriedad. A través de la ley el Estado ha realizado un esfuerzo para legislar sobre estas materias. Comenzó por establecer normas, aunque por imposición comunitaria, para impedir la contaminación de las aguas y del aire, la manipulación de productos químicos y peligrosos, para combatir el ruido y el vertido inapropiado de residuos peligrosos. El impacto económico de estas medidas retrasó la aparición de directivas de protección de la fauna y de la flora. Pero desde 1995 existe la sanción legal para los agresores del medio ambiente. Con la revisión del Código penal (Decreto ley n.º 48/95, de 15 de marzo), el ambiente pasa a ser directamente tutelado desde el punto de vista jurídico-penal. Aparecen los llamados “delitos ecológicos”: delitos de “daños contra la naturaleza” (artículo 278) y delito de “contaminación” (artículos 279 y 280). En Portugal no son muchos los casos en que se llega a juicio en el ámbito de un delito ecológico o contra la naturaleza. El ejemplo más reciente ocurrió a finales de 2014 con un brote de la bacteria legionela en la zona de Alverca, municipio de Vila Franca de Xira. Como consecuencia de este brote de infección, murieron más de una decena de personas, siendo hospitalizadas más de 200. El origen de esta infección puede estar relacionado con las torres de refrigeración de la empresa Adubos de Portugal, que sufrió una inspección por delito ambiental y que puede finalizar con un juicio de delito ambiental, por tratarse de un problema de salud pública, pero que hasta el momento se encuentra en suspenso en los tribunales.

La justicia parece lenta, el Código penal poco eficaz y la actuación del Estado precaria respecto a las necesidades. En el ámbito del derecho administrativo, el Estado portugués parece exonerar su responsabilidad y derivarla hacia los particulares, aunque los ayuntamientos continúen absorbiendo una parcela de la gestión y administración legal de los espacios forestales, condicionados por las leyes promulgadas por el Estado.

2.2 Apoyos financieros a través de programas y fondos

Con la entrada de Portugal en la actual Unión Europea, los fondos desde entonces recibidos han sido canalizados hacia varios frentes en la actuación estratégica del Estado portugués. Entre los diversos usos financieros se encuentra el sector forestal.

El dinero recibido se utilizó; queda saber en dónde, por quién y en qué cantidades, pues queda todavía mucho por hacer teniendo en cuenta las importantes cuantías ya recibidas. Entre el periodo de 1986 y 2011 Portugal recibió 80,9 mil millones de euros sólo en fondos estructurales y de cohesión. Hasta finales del año pasado, cuando finaliza el QREN (Marco de Referencia Estratégica Nacional, el programa de apoyo en vigor), el montante recibido rondó los 97 mil millones de euros.

Las prioridades no siempre fueron respetadas y los intereses nacionales menos aún. Gran parte de los fondos fue invertida en las carreteras a costa de la destrucción de la pesca, de la disminución de las cuotas de leche, de la reducción de las explotaciones agrícolas, de la falta de aprovechamiento de nuestro mar y de la pesca y, de una ineficiente distribución por las explotaciones agrícolas tanto para jóvenes como para agricultores veteranos.

Paralelamente con alguna falta de financiación en estas áreas, los beneficiarios de los fondos se encuentran con una realidad tanto o más compleja que superar: el volumen de burocracia establecida que casi implicaba conocimientos de nivel superior. La gran cantidad de formularios, su extensión y complejidad, así como los plazos definidos se convirtieron más en obstáculos que en soluciones para sus beneficiarios y, por lo tanto, para el país.

Concretamente, a nivel forestal nos preparamos para un nuevo Programa de Desarrollo Rural (PDR) para el periodo 2014/2020, el cual contempla la atribución de fondos de la Política Agrícola Común (PAC) y de futuros presupuestos del Estado a acciones de inversión en los bosques.

La estrategia para el desarrollo rural entre 2014 y 2020 se basa en tres objetivos que van desde la agricultura al ámbito forestal:

1. Desarrollar la producción agrícola y forestal sostenible en todo el territorio nacional;
2. Aumentar la concentración de la producción y de la oferta;
3. Creación y distribución de valor equitativamente a lo largo de la cadena de valor del sector agroalimentario.

Para cumplir estos objetivos son necesarias tres estrategias de actuación (tabla n. 5):

Tabla n.º 5. Estrategias de actuación

Objetivos principales	
Competitividad	Priorizar las opciones productivas de la iniciativa privada con vistas a la creación de valor añadido.
Organización estructural	Promover el aumento de la dimensión y cobertura de las organizaciones de productores y estructuras de concertación a lo largo de la cadena alimentaria.
Sostenibilidad	Promover buenas prácticas y la utilización sostenible de los recursos y la valorización de los territorios rurales.
Objetivo transversal	
Simplificación	Buscar reducir medidas y simplificar procesos.

Fuente: Adaptado del Programa de Desarrollo Rural 2014-2020, documento de orientación²⁹.

29 MINISTERIO DE AGRICULTURA, DEL MAR, DEL MEDIO AMBIENTE Y DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, 2002, pp. 29-30. Disponible en: <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-do-ambiente-ordenamento-do-territorio-e-energia/conheca-a-equipa/>



Para alcanzar estos objetivos se priorizan las siguientes líneas de actuación (instrumentos) (tabla n. 6):

Tabla n.º 6. Líneas de actuación para alcanzar las estrategias de actuación

Competitividad	<ul style="list-style-type: none"> - Fomentar la inversión en las explotaciones agrícolas y empresas agroindustriales, a través del aumento de la diversidad y competitividad de los productos, de la reducción de costes de producción, del incremento del valor añadido y del estímulo al regadío; - Fomentar la producción agrícola, incremento de valor y de calidad; - Jóvenes agricultores, a través del apoyo al establecimiento y a la inversión; - Gestión de riesgo, promoviendo los sistemas de seguros agrícolas y los fondos mutualistas, y su universalidad; - Apoyo a la inversión y gestión en los bosques priorizando sistemas de certificado.
Organización estructural	<ul style="list-style-type: none"> - Promover la autorregulación, a través del apoyo a las organizaciones interprofesionales
Sostenibilidad	<ul style="list-style-type: none"> - En las zonas desfavorecidas, a través del apoyo al mantenimiento de la actividad agrícola; - Prácticas ambientales, a través del apoyo a prácticas agrícolas o forestales que contribuyan a mejorar el medio ambiente y la conservación de los recursos (agua, suelo) de forma estructurada con una producción agrícola sostenible y competitiva; - En las zonas rurales, a través del apoyo a la inversión, con especial incidencia en la relación con el sector primario, que puede incluir opciones como la diversificación de actividades en la explotación, la comercialización de productos agrícolas y el turismo rural; - Protección y certificación de los bosques; - Promover el regadío en su dimensión de adaptación a las modificaciones climáticas y en la lucha contra la desertización.
Simplificación	<ul style="list-style-type: none"> - Refuerzo de la eficacia a través de criterios y prioridades claras (distinción clara entre prioridades y posibilidades). - Refuerzo de la eficiencia a través de un menor número de medidas, claras, comprensibles y globales y de la desburocratización (procedimientos de solicitud, contratación, pago y control simplificados, comprensibles y con calendarios claros).

Fuente: Adaptado del Programa de Desarrollo Rural 2014-2020, documento de orientación³⁰

La aprobación del Decreto ley n.º 96/2013 es una medida de apoyo a la modernización agrícola y forestal que tiene por objetivo promover una gestión adecuada de los espacios y el desarrollo rural. Incentiva el asociacionismo de los productores forestales con el fin de garantizar esfuerzos sobre un bien común: los bosques. Permite una participación y una conexión más activas en la actividad silvícola de los propietarios en el sentido de la biodiversidad y sostenibilidad de los bosques portugueses. El Estado con esta ley relega a un segundo plano la burocracia y la apuesta por la gestión de las poblaciones forestales ya constituidas, aunque sea en este campo donde más rápidamente se consiguen resultados, a corto y medio plazo, con la garantía de eficiencia respecto a las exportaciones de base forestal (<http://www.agroportal.pt/agronoticias/2014/01/02c.htm#.U4yd102UOzc>).

En cuanto a la prevención y sanción del mayor castigo de los últimos años, los incendios y los incendiarios, el Estado aumentó el presupuesto destinado a la lucha contra incendios³¹,

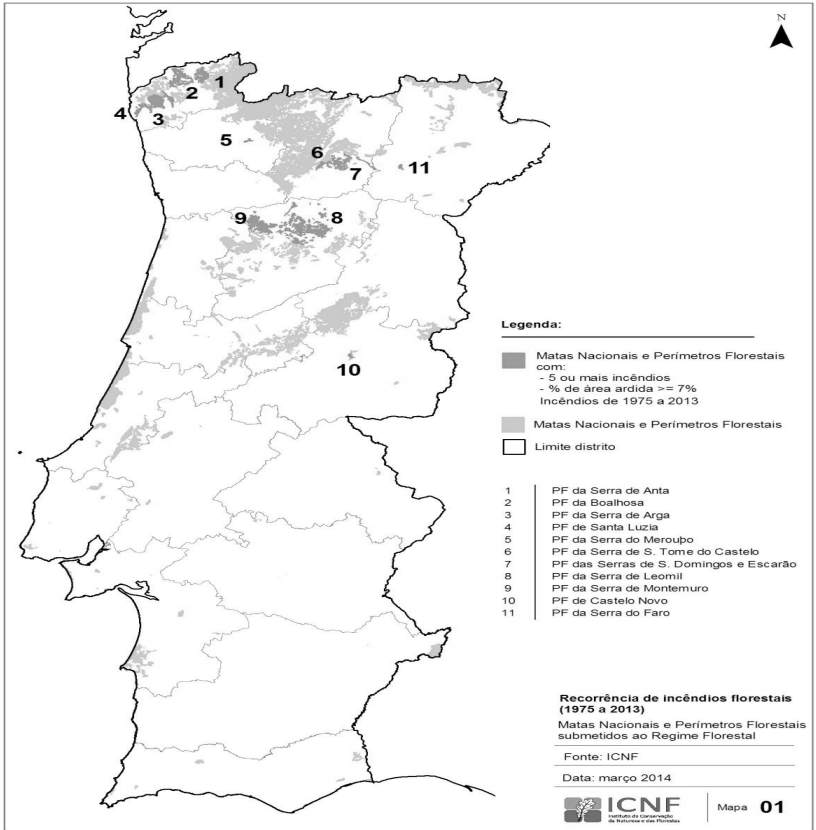
ministro/jorge-moreira-da-silva.aspx

30 MINISTERIO DE AGRICULTURA, DEL MAR, DEL MEDIO AMBIENTE Y DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, cit.

31 ASOCIACIÓN DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN FORESTAL, 2014. Disponible en: http://www.cmjornal.xl.pt/cm_a_el_minuto/detalle/associacao-de-promocao-a-inversao-forestal-duda-de-inversao.html

ya que el área que ardió en matas nacionales fue de 447 hectáreas y en perímetros forestales de 24.492 hectáreas en 2013³².

Figura n.º 1. Matas nacionales y perímetros forestales, destacando los que tienen mayor frecuencia de incendios y más área quemada



Fuente: Instituto de Conservación de la Naturaleza y de los Bosques, 2013

Con el Decreto ley n.º 83/2014, de 23 de mayo de 2014, se establecieron medidas y acciones a desarrollar en el ámbito del Sistema Nacional de Defensa de los Bosques Contra Incendios, modificando materias relativas al fuego técnico, a la instrucción del procedimiento de infracción y a la distribución del producto de las sanciones.

Con la última Ordenanza n.º 352/2015, de 13 de octubre de 2015, se establecieron los términos y los criterios aplicables a la evaluación de los incumplimientos de compromisos u otras obligaciones en cuanto a la conservación del suelo, al uso eficiente del agua, a los cultivos permanentes tradicionales, al pastoreo extensivo, al mosaico agroforestal y apoyo

32 INSTITUTO DE CONSERVAÇÃO DE LA NATURALEZA Y DE LOS BOSQUES, 2013. Disponible en: <http://www.tsf.pt/Paginalnicial/tag.aspx?tag=Instituto%20de%20Conserva%Y7%Y3lo%20de%20la%20Naturaleza%20y%20Florestas>

agroambiental a la apicultura a través del Programa de Desarrollo Rural del Continente, abreviadamente denominado PDR 2020.

Además de los apoyos del Estado provenientes de fondos estructurales, también las instituciones de crédito nacionales promueven financiación para el acceso al apoyo forestal, tales como el Banco Portugués de Inversión (BPI), Crédito Agrícola (CA), Caixa Geral de Depósitos, Finibanco, Millenium, Montepio y Santander-Totta³³.

Junto con la banca, con financiación directa, el ramo de los seguros garantiza otra forma de financiación, la indirecta. La configuración de financiación se da con la cobertura de daños provocados por el fracaso accidental o por destrucción de repoblación en áreas forestales objeto de financiación pública. Debido a su extrema importancia como instrumento económico impulsor de sistemas de gestión forestal equilibrados, es necesaria la creación de un seguro forestal capaz de abarcar no sólo poblaciones beneficiadas por financiaciones gubernamentales, sino también todas las restantes con o sin gestión hasta entonces implementada³⁴.

3 Conclusiones

La diversidad y antigüedad de la masa forestal portuguesa han permitido que la misma a lo largo del tiempo haya pasado por modificaciones sucesivas y variadas. La multitud de especies existentes, respecto de otras que ya no existen, demuestra la evolución temporal que esta tuvo a lo largo de los siglos. El hombre es la variable que más ha interferido en esa renovación. Su comportamiento en sociedad ha dejado marcas en los bosques que aún hoy se pueden notar. La evolución de la sociedad ha provocado que el hombre haya necesitado explotar los bosques, y estos, debido a la acción humana, han ido sufriendo una degradación constante, desde el impacto ambiental, a las quemaduras, a la erosión de los suelos y a otras tantas acciones que han ido repercutiendo a lo largo de los años asociadas a las actividades económicas.

Como resultado, el Estado ha realizado un conjunto de intervenciones legislativas y promotoras para fortalecer y devolver a los bosques lo que se les arrebató. Los ciudadanos están más alerta pero también se encuentran, económicamente, más debilitados para ayudar en el mantenimiento de unos bosques limpios, seguros y con valor para el país. Le corresponde al Estado distribuir más y mejor los fondos de apoyo y crear más leyes y más favorables. Es preciso impulsar una mayor supervisión, en algunos casos camuflada, para permitir una investigación más rigurosa y perseverante con el objetivo de disminuir drásticamente el número y la extensión de los incendios en la mata y bosques portugueses.

4 Bibliografía

AFN, *5º Inventário Florestal Nacional*. Presentación de ponencia final, septiembre de 2010.

ASSOCIAÇÃO DE PROMOÇÃO AO INVESTIMENTO FLORESTAL, 2014. Disponible em: http://www.cmjournal.xl.pt/cm_ao_minuto/detalhe/associacao-de-promocao-a-investimento-florestal-duvida-de-investimento.html

33 FLORESTAR, 2007. Disponible en: <http://naturlink.sapo.pt/Eventos/Visitas-e-Actividades/content/Florestar-Portugal-2014?bl=1>

34 FLORESTAR, cit.

- AZEVEDO, J. C., "Florestas, ambiente e sustentabilidade. Uma abordagem centrada nos serviços de ecossistema das florestas do Distrito de Bragança". Ciclo de conferencias: "A floresta". Instituto de Estudos Académicos para Seniores. Academia de las Ciencias de Lisboa, 15 de noviembre de 2011 y 2012.
- AZEVEDO, J. C.; PEREIRA, A. H.; y PINTO, M. A., "Forest Landscape Ecology and Global Change: an Introduction", Azevedo, J. C.; Pereira, A. H.; y Pinto, M. A. (eds.), *Forest landscapes and global change: challenges for research and management*, Springer, 2014.
- BARBOSA, C. M. S. R., "A biodiversidade na floresta: políticas vs. visão dos proprietários", *Dissertação de Mestrado em Ecologia, Biodiversidade e Gestão de Ecossistemas*. Universidad de Aveiro, Departamento de Biología, 2009.
- BARROS, H., *Economia agrária*, col. A Terra e o Homem, n.º 27, Librería Sá da Costa, Lisboa, 1954.
- BENTO-GONÇALVES, A.; VIEIRA, A.; y LOURENÇO, L., "A cartografia de suporte da arborização dos baldios no Noroeste de Portugal Continental na 1ª metade do Século XX", Trabajo presentado en el *IV Simpósio Luso-Brasileiro de Cartografia Histórica (IVSLBCH)*. *Territórios: documentos, imagens e representações*, In *Atas do IV Simpósio Luso-Brasileiro de Cartografia Histórica (IVSLBCH)*, Territórios: documentos, imágenes y representaciones, Oporto, 2011.
- CONSTITUIÇÃO DE LA REPÚBLICA PORTUGUESA. Disponible en: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>
- COSTA, J. C. C., "Fafe e a alternativa florestal. A Floresta, um instrumento de revitalização dos espaços rurais marginais", *Dissertação de Mestrado em Geografia - Dinâmicas Espaciais e Ordenamento do Território*. Facultad de Letras de la Universidad de Oporto, 2000.
- COSTA, R.; BRAGANÇA, H.; y MACHADO, H., *Os últimos 75 anos de investigação para o melhoramento do castanheiro em Portugal*, Agrorural - Contributos Científicos, 2011.
- DECRETO LEY n.º 124/2006, de 28 de junio.
- DECRETO LEY n.º 83/2014, de 23 de mayo.
- DECRETO LEY n.º 96/2013, de 19 de julio.
- DECRETO LEY n.º 48/1995, de 15 de marzo.
- DEVY-VARETA, N. y ALVES, A. A. M., "Os avanços e os recuos da floresta em Portugal - da Idade Média ao Liberalismo", *Floresta e Sociedade. Uma história em comum. Árvores e florestas de Portugal*, vol VII, Edição Público/FLAD, 2007.
- DEVY-VARETA, N., *A floresta no espaço e no tempo em Portugal. A arborização da Serra da Cabreira*, tesis doctoral, Facultad de Letras, Oporto, 1993.
- DGF, *Inventário Florestal Nacional. Portugal Continental*, 3ª Revisión, Dirección General de los Bosques, Ministerio de Agricultura, Desarrollo Rural y Pesca, Lisboa, 2001.

regap



NOTAS

- DGRF, *Inventário Florestal Nacional (2005-2006), Resultados preliminares*, julio de 2006.
- DGRF-DIRECCIÓN GENERAL DE RECURSOS FORESTALES, *Estrategia Nacional para los bosques*, Imprenta Nacional Casa de la Moneda, Lisboa, 2007.
- DIRECCIÓN GENERAL DE LOS BOSQUES, *Bosques de Portugal*, Lisboa, 2000.
- DIRECCIÓN GENERAL DE RECURSOS FORESTALES, *Bosques de Portugal*, Lisboa, edición y publicación DGRF, 2000.
- DIRECCIÓN GENERAL DE RECURSOS FORESTALES, *Estrategia Nacional para los Bosques*, 2006.
- DIRECCIÓN GENERAL DE RECURSOS FORESTALES, *Base de datos de siniestros*, 2007.
- DIRECCIÓN GENERAL DE RECURSOS FORESTALES, *Estadísticas de siniestros y de áreas ardiadas (1980-2006)*, 2007.
- EFI, 2007. Disponible en: <http://www.efi.fi/fine/resources/portugal.html>
- ESTEVIÃO, J. A., "A florestação dos baldios", *Análise Social*, Vol. XIX, Lisboa, 1983.
- FLORESTAR, 2007. Disponible en: <http://naturlink.sapo.pt/Eventos/Visitas-e-Actividades/content/Florestar-Portugal-2014?bl=1>
- GABINETE DE PLANEAMIENTO Y POLÍTICA AGROALIMENTARIA, *Agricultura portuguesa. Principales indicadores*, Lisboa, 2000.
- GEADAS, M. D. B. y BAPTISTA, M. P. (coords.), "Alentejo", *Panorama Florestal*, ISA, DRAAL, Lisboa, 1999.
- GEADAS, M. D. B. y BAPTISTA, M. P. (coords.), "Algarve", *Panorama Florestal*, ISA, DRAALG, Lisboa, 1999.
- GEADAS, M. D. B. y BAPTISTA, M. P. (coords.), "Beira Interior", *Panorama Florestal*, ISA, DRABI, Lisboa, 1999.
- GEADAS, M. D. B. y BAPTISTA, M. P. (coords.), "Beira Litoral", *Panorama Florestal*, ISA, DRABL, Lisboa, 1999.
- GEADAS, M. D. B. y BAPTISTA, M. P. (coords.), "Entre Douro e Minho", *Panorama Florestal*, ISA, DREDM, Lisboa, 1999.
- GEADAS, M. D. B. y BAPTISTA, M. P. (coords.), "Ribatejo e Oeste", *Panorama Florestal*, ISA, DRARO, Lisboa, 1999.
- GEADAS, M. D. B. y BAPTISTA, M. P. (coords.), "Trás-os-Montes", *Panorama Florestal*, ISA, DRATM, Lisboa, 1999.
- GODINHO-FERREIRA P.; AZEVEDO, A. y REGO, F., "Carta da Tipologia Florestal de Portugal Continental", *Silva Lusitana*, n.º 13, 2005.

- GOES, F., 2014. Disponible en: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/prag-doe/resource/doc/gonip-plat/seminar14/impact-gorg-euc>
- GOMES, A. M. A., *Fomento da arborização dos terrenos particulares. Planeamento para o Sul do Tejo*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1969.
- <http://www.agroportal.pt/agronoticias/2014/01/02c.htm#.U4yd102UOzc>
- <http://www.icnf.pt/portal/florestas/ifn/ifn5>
- INSTITUTO DE CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA Y LOS BOSQUES, 2013. Disponible en: <http://www.tsf.pt/PaginalInicial/tag.aspx?tag=Instituto%20de%20Conserva%E7%E3o%20da%20Natureza%20e%20Florestas>
- LIMA BASTO, E. A., *A propriedade rústica*, Actas del Instituto Superior de Agronomía, Lisboa, 1942.
- LOPES, A. F. F., "The Economic Value of Portuguese Pine and Eucalyptus Forests", A Work Project, presented as part of the requirements for the Award of a Masters Degree, *Economics from the NOVA*, School of Business and Economic, 2013.
- MACHADO, A. L. S.; OLIVEIRA, E. C.; RIBEIRO, E. M. y MOTA, J. A., "O valor de um processo de recuperação florestal: aplicado na região Amazônica", *Encontro da Rede de Estudos Ambientais em Países de Língua Portuguesa*, 2011. Disponible en: <http://soac.unb.br/index.php/ERLBEA/XIVERLBEA/paper/view/1175>
- MADUREIRA, L.; MAGALHÃES, P.; SILVA, P. G.; MARINHO, C. y OLIVEIRA, R. "Economia dos Serviços de Ecossistema: Um guia para conhecer e valorizar serviços de agroecossistemas em áreas protegidas de Montanha", *Quercus - Associação Nacional de Conservação da Natureza*, 2013.
- MAMAOT y ICNF, MINISTERIO DE AGRICULTURA, MAR, MEDIOAMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO e INSTITUTO DE LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA Y LOS BOSQUES, "6º Inventário Florestal Nacional - Áreas dos usos do solo e espécies florestais de Portugal continental com 2010 como ano de referência - resultados preliminares - Fevereiro 2013", 2013a. Disponible en: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/ifn/resource/ficheiros/ifn/ifn6-res-prelimv1-1>
- MAMAOT y ICNF, MINISTERIO DE AGRICULTURA, MAR, MEDIOAMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO e INSTITUTO DE LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA Y LOS BOSQUES, "Ponto de Situação nacional das ZIF - caracterização e grandes números - Abril 2013", 2013b. Disponible en: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/gf/zif/resource/doc/zif/seia-13/pont-sit>
- MENDES, A. S. C., "Financial instruments of forest policy in Portugal in the 80s and 90s", *EFI Forest Policy Research Forum: Cross-Sectoral Policy Impacts on Forests, 4-6 April, Sanvonlinna*, 2002.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, MAR, MEDIO AMBIENTE y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, 2002. Disponible en: <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-do-am>

regap



NOTAS

biente-ordenamento-do-territorio-e-energia/conheca-a-equipa/ministro/jorge-moreira-da-silva.aspx

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, *Guião de Educação Ambiental: conhecer e preservar as florestas*, 2006. Disponible en: <http://www.icnf.pt/portal/agir/resource/doc/sab-ma/florest/guia-florestas>.

MOREIRA N.; BORGES A.; MACHADO A.; "Métodos de aproveitamento energético de biomassa florestal", *Comunicações do Seminário Novas tecnologias na floresta*, Ordem dos Engenheiros, Matosinhos, 2010.

MOREIRA, F.; CATRY, F.; SILVA, S.; REGO, F.; *Ecologia do Fogo e Gestão de Áreas Ardidas*, ISA Press, Lisboa, 2010.

NOGUEIRA, C. D. S., *A Floresta Portuguesa*, DGF Informação, Año 1, n.º 2, 1990.

PEREIRA, H. M.; DOMINGOS, T.; PEDROSO, C. M.; PROENÇA, V.; RODRIGUES, P.; FERREIRA, M.; TEIXEIRA, R.; MOTA, R. y NOGAL, A., "Uma avaliação dos serviços dos ecossistemas em Portugal", *Ecossistemas e Bem-Estar Humano – Resultados da Avaliação para Portugal do Millennium Ecosystem Assessment*, capítulo 20, 2009. <http://ecossistemas.org>

PINTO, T. *et al.*, "Recolha de biomassa florestal: avaliação dos custos e tempos de trabalho", *Silva Lusitana*, vol. 21, n.º especial, 2013.

ORDENANZA n.º 352/2015, de 13 de octubre.

QUINTANILHA, V.; SILVA, E. J.; y SILVA, J. M., *Princípios básicos de luta contra incêndios na floresta particular portuguesa*, Dirección General de Servicios Forestales y Acuícolas, Oporto, 1965.

RADICH, M. C. y BAPTISTA, F. O., "Floresta e sociedade: Um percurso (1875-2005)", *Silva Lusitana*, n.º 13, 2005.

RADICH, M. C. y ALVES, A. A. M., *Dois séculos de floresta em Portugal*, CELPA, Lisboa, 2000.

RAMALHO, C. F. E. de S., *Planeamento territorial no alto Alentejo a defesa da floresta contra incêndios sob o ponto de vista territorial*, Tesis en Ingeniería Forestal, presentada en la Universidad de Trás-os-Montes y Alto Douro, 2013.

REGIONES DE PROCEDENCIA PORTUGAL (2012) PROYECTO – DEFOR INTERREG III B SUDOE DEFOR SO2/1.3/F64, "The contribution of research for the development and Competitiveness of Southwest European forest sector". Disponible en: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/gf/ps/resource/doc/reg-prov/reg-prov12>

PONENCIA DE LA ADAPTACIÓN DE LOS BOSQUES A LAS ALTERACIONES CLIMÁTICAS (2013) Disponible en: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/ppf/resource/docs/alt-clima/rel-florest-enaac>

SANDE SILVA, J., "A floresta nos usos e na cultura dos povos e da sociedade", *Floresta e Sociedade: uma história em comum, Árvores e Florestas de Portugal*, n. 7, Lisboa, 2007.

- SARMENTO, E. M. y DORES, V., "Políticas Públicas de Apoio à Fileira Florestal em Portugal", *Silva Lusitana*, vol. 22, n. 1, 2014.
- TERREAUX, J. P., "Résultats et pistes de recherche concernant la gestion de la forêt paysanne: aspects théoriques", *Économie et Sociologie Rurales*, serie D: n.º 94-17D, Toulouse, 1994.
- VALLEJO, V.; ARONSON, J.; y BAUTISTA, S., *Land Restoration to Combat Desertification*, CEAM, Valência, 2010.
- VIEIRA, J. N., "A nossa cultura e história florestais", *Florestas de Portugal*, DGF, Lisboa, 2000.
- WANG, S. y B. FU, "Trade-offs between forest ecosystem services", *Forest Policy and Economics*, vol. 26, 2013.

Regap



NOTAS

Tendencias recientes en materia de conciliación da vida laboral, familiar e persoal na Administración pública en España e en Galicia

Tendencias recientes en materia de conciliación de la vida laboral, familiar y personal en la Administración pública en España y en Galicia

Recent trends in work-life balance in the public Administration of Spain and Galicia



ROSA M.ª RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO

Profesora doctora
Universidad de Los Andes (Santiago de Chile)
rosa.rodriguez@udc.es

Recibido: 15/11/2016 | Aceptado: 20/06/2017

Regap



NOTAS

Resumo: Unha das materias que se formulan máis frecuentemente no tráfico xurídico do noso país é a conciliación da vida laboral, persoal e familiar. As normas que se aprobaron nos últimos anos sobre a cuestión contribuíron a achandar o terreo no relativo á igualdade e á corresponsabilidade dos traballadores, tratando de que eses obxectivos trascendesen o meramente programático e se plasmasen en auténticos dereitos cuxo exercicio se puidese reivindicar. Os ditos avances no plano normativo víronse reforzados pola xurisprudencia, cuxo papel foi determinante, pois achegou luz sobre cuestións cuxa solución non estaba clara, ás veces debido á indeterminación da norma, á súa dispersión, ou á peculiaridade do caso en cuestión, pois nesta materia a xurisprudencia é abundante pero cómpre analizar cada caso concreto.

Palabras clave: permiso, excedencia, igualdade, corresponsabilidade, flexibilidade.

Resumen: Una de las materias que se plantean más frecuentemente en el tráfico jurídico de nuestro país es la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Las normas que se han aprobado en los últimos años sobre la cuestión han contribuido a allanar el terreno en lo relativo a la igualdad y la corresponsabilidad de los trabajadores, tratando de que esos objetivos trascendieran lo meramente programático y se plasmaran en auténticos derechos cuyo ejercicio se pudiera reivindicar. Dichos avances en el plano normativo se han visto reforzados por la jurisprudencia, cuyo papel ha sido determinante, pues ha aportado luz sobre cuestiones cuya solución no estaba clara, a veces debido a la indeterminación de la norma, a su dispersión, o a la peculiaridad del caso en cuestión, pues en esta materia la jurisprudencia es abundante pero hay que estar al caso concreto.

Palabras clave: permiso, excedencia, igualdad, corresponsabilidad, flexibilidad.

Abstract: One of the most frequent topics raised in the legal transactions of our country is about work-life balance. The rules that have been adopted in recent years on this issue have helped to pave the way for workers' equality and co-responsibility. They have tried that those objectives go beyond a purely programmatic content and translate into real rights whose exercise could be claimed. These normative developments have been reinforced by jurisprudence, whose role has been decisive. However, this has shed light on questions whose solution was not clear, sometimes

due to the indeterminacy of the rule, its dispersion, or the peculiarity of the case in question, because in this topic, the jurisprudence is abundant but it is necessary to analyze the specific case.

Key words: license, leave, equality, co-responsibility, flexibility.

Sumario: 1 Introducción. 2 Régimen jurídico. 3 Naturaleza y alcance. 3.1 Alcance en el ámbito estatal. 3.2 Alcance en el ámbito autonómico: el caso de Galicia. 4 Tendencias recientes en la casuística. 5 Conclusiones. 6 Bibliografía.

1 Introducción

La incorporación de la mujer al mercado laboral planteó una disyuntiva que socialmente no se había dado hasta entonces debido al papel que tradicionalmente venía desempeñando: cómo compaginar trabajo y vida familiar ahora que los dos miembros de la familia trabajan. Esta nueva realidad generó la necesidad de legislar la cuestión, de modo que se garantizase la plena igualdad de hombres y mujeres, así como un reparto equilibrado de las tareas. Ello sólo sería posible mediante políticas tendentes a facilitar que ambas facetas de la vida puedan encajar y se puedan compatibilizar sin sacrificar la trayectoria profesional del trabajador/a. Por ello, también se trata de una materia estrechamente vinculada a la igualdad. Fruto de estos cambios en la sociedad, se sucedieron una serie de reformas normativas que integraron la perspectiva conciliadora en nuestro ordenamiento jurídico, y donde el papel de la jurisprudencia ha sido decisivo, al aclarar dudas interpretativas que se planteaban en la aplicación de dicha normativa.

2 Régimen jurídico

Como se avanzaba en la introducción, los derechos de conciliación están profundamente vinculados al derecho fundamental a la igualdad. El artículo 14 de nuestra Constitución señala que *los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Por su parte, el artículo 39.1 indica que *los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*, lo que pone de manifiesto que las políticas vinculadas a la familia deben ser una prioridad en nuestra sociedad. Ambos preceptos se conjugan muy bien en este terreno, dado que sin igualdad no hay conciliación.

Antes de entrar propiamente en materia del sector público, conviene resaltar los antecedentes normativos que nos han llevado al lugar en que estamos hoy en día. Así, la norma pionera en materia de conciliación fue la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Fue la primera que se refirió específicamente a este tema, y ya en su exposición de motivos señala que *la necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social*. Destaca que *ello plantea una compleja y difícil problemática que debe abordarse, no sólo con importantes reformas legislativas, como la presente, sino con la necesidad de promover adicionalmente servicios de atención a las personas, en un marco más amplio de política de familia*.

Otra de las normas que implicó un impulso muy importante en este terreno fue la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), que dispone que *las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán* [entre otras

cosas] (...) facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional¹.

Estos avances desplegaron sus efectos en todos los ámbitos laborales, públicos y privados, e incluso en este último se contempló en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), un procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente², que interesa a nuestros efectos porque puede ser invocado por un trabajador que sea personal laboral en un caso de flexibilidad horaria, como se verá más adelante en un ejemplo de una sentencia del año 2015.

Pues bien, ya en el concreto marco de las administraciones públicas y fruto de las directrices marcadas por la legislación recién mencionada, el derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal aparece reconocido, en primer lugar, en el artículo 14 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto básico del empleado público (en adelante, EBEP), bajo la rúbrica "Derechos individuales". Concretamente, señala que *los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio (...) a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*³.

Asimismo, se prevé respecto de los permisos de los funcionarios públicos (artículo 48 EBEP) que estos se les reconocerán, entre otros motivos, *por tiempo indispensable (...) por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral*⁴. Al margen de esa declaración genérica, en el precepto se detallan los permisos concretos que se reconocen a los funcionarios públicos –también extensibles al personal laboral por así indicarlo el artículo 51 EBEP–, todos ellos relacionados con circunstancias de la vida familiar o privada.

No obstante, es el artículo 49 EBEP el que se refiere específicamente a los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y señala que *en todo caso se concederán dichos permisos con las correspondientes condiciones mínimas*, y también aplicable al personal laboral ex artículo 51 EBEP.

Particularmente referido a los funcionarios de carrera, el artículo 89 EBEP regula la cuestión de las excedencias, frontalmente vinculadas en algunas de sus modalidades al tema que nos ocupa. En el caso del personal laboral, habrá que estar a lo dispuesto en la legislación laboral, esto es, el artículo 46 ET y el artículo 54 del III Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración general del Estado.

Dichos preceptos abordan frontalmente la cuestión de la conciliación, aunque no son los únicos que se pueden invocar para hacer valer estos derechos. Así, para compatibilizar el trabajo con motivos de salud, por ejemplo, el artículo 20.1, letra h) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, señala que *la Administración*

1 Artículo 51, letra b).

2 Artículo 139. Sobre el tema, véase LOUSADA AROCHENA, F., "Vacaciones, materia electoral, clasificación profesional, impugnación de decisiones de flexibilidad interna y derechos de conciliación en la Ley reguladora de la jurisdicción social", *Revista Técnico Laboral*, Vol. 34, n. 132, 2012, pp. 228-250.

3 Letra j).

4 Letra j).

general del Estado podrá adscribir a los funcionarios a puestos de trabajo en distinta unidad o localidad, previa solicitud basada en motivos de salud o rehabilitación del funcionario, su cónyuge o los hijos a su cargo, con informe previo del servicio médico oficial legalmente establecido y condicionado a que existan puestos vacantes con asignación presupuestaria cuyo nivel de complemento de destino y específico no sea superior al del puesto de origen, y se reúnan los requisitos para su desempeño; dicha adscripción tendrá carácter definitivo cuando el funcionario ocupe con tal carácter su puesto de origen.

En cuanto a la normativa autonómica gallega, la norma de referencia es el Decreto legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba la Ley de igualdad de Galicia, que contiene una detallada regulación de las medidas de conciliación en nuestra comunidad autónoma. Esta norma, que derogó a la hasta entonces vigente Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, está desarrollada en el Decreto 182/2008, de 31 de julio, por el que se establece la promoción autonómica de las medidas municipales de conciliación y se determinan los requisitos para su validación y funcionamiento.

También la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, dedica una parte de su contenido (artículos 121-125)⁵ al aspecto de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, como se verá más adelante.

Sin embargo, no son las únicas, dado que a lo largo de los últimos años han sido más las normas que se han promulgado con el objetivo de conciliar. Así, destaca la Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y de la Consellería de Hacienda, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia. Y, más recientemente, la Resolución de 24 de febrero de 2016, de la Dirección General de la Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre el régimen de vacaciones, permisos y licencias.

3 Naturaleza y alcance

Un sector de la doctrina señala que los derechos de conciliación se acercan a los derechos fundamentales, pues se están reconociendo de forma generalizada y buscan igualdad real a través de la corresponsabilidad⁶. Asimismo, se dice que parece que la LOI los quiere integrar dentro del contenido esencial del principio de no discriminación por razón de sexo, y en esa línea se sitúa alguna reciente jurisprudencia constitucional (como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero)⁷.

Las preguntas que surgen a continuación son: ¿cuáles son esos derechos de conciliación?, ¿dónde se enumeran? Pues bien, la ley no los cuantifica, por lo que hay que extraerlos en relación con los permisos y las medidas flexibilizadoras que se contemplan en la normativa aplicable a estos efectos al sector público.

5 Ubicados en el título VI, «Derechos y deberes individuales de los empleados públicos»; capítulo IV, «Jornada de trabajo, permisos, licencias y vacaciones»; sección 3 «Permisos del personal funcionario por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral».

6 Al respecto, LOUSADA AROCHENA, F., "El tiempo en las leyes con perspectiva de género", *Revista de Derecho Social*, n. 49, 2010, pp. 83-96.

7 *Ibidem*.

3.1 Alcance en el ámbito estatal

Como se anticipó, el artículo 14 EBEP proclama que los empleados públicos tienen derecho a que adopten medidas que favorezcan la conciliación. Como vemos, se dirige a todo el personal de la Administración que se encuentra en la categoría “empleado público”, esto es, de acuerdo con el artículo 8 EBEP, a los funcionarios de carrera, a los funcionarios interinos, al personal laboral (ya sea fijo, por tiempo indefinido, o temporal) y al personal eventual.

Los derechos de conciliación más comunes, contenidos en el EBEP, se pueden clasificar en dos bloques: permisos y excedencias. En cuanto a los permisos, encontramos dos tipos, los que no están regulados como derechos de conciliación en sentido estricto, pero cuya finalidad es compatibilizar vida personal y familiar, con vida laboral, y los que se recogen en la norma expresamente bajo esa rúbrica. Los primeros aparecen en el artículo 48 EBEP, y se pueden agrupar como sigue.

En primer lugar, los relacionados con la vida, la salud y el cuidado de familiares: fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad⁸; por atender el cuidado de un familiar de primer grado⁹; o por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida¹⁰.

En segundo lugar, los relacionados con la maternidad: para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad¹¹; por lactancia de un hijo menor de doce meses¹²; por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto¹³.

En tercer lugar, por motivos relacionados con actividades formativas (exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud)¹⁴, sindicales¹⁵, o de carácter público cuyo cumplimiento sea inexcusable¹⁶.

8 Tres días hábiles cuando se produce en la misma localidad; cinco cuando es en otra distinta.

9 Reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes.

10 Reducción de su jornada.

11 Por el tiempo indispensable.

12 Tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones; este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad.

13 Derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras.

14 Durante los días de su celebración.

15 En los términos en que se establezca.

16 Por el tiempo indispensable.



Por último, por otros motivos vinculados a la vida personal del trabajador: traslado de domicilio sin cambio de residencia¹⁷; por asuntos particulares¹⁸; y por matrimonio¹⁹.

Por su parte, como se indicaba, la otra clase de permisos son los que la norma rubrica expresamente como permisos por razones de conciliación, que se contemplan en el artículo 49 EBEP, destacando los siguientes²⁰: 1) por parto²¹; 2) por adopción, por guarda con fines de adopción, o acogimiento, tanto temporal como permanente²²; 3) por paternidad por el nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo²³; y 4) por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave²⁴.

En cuanto al personal laboral en particular, además de ser aplicable a este colectivo lo dispuesto en el EBEP por entrar en su ámbito de aplicación, conviene tener en cuenta lo dispuesto en el III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración general del Estado²⁵, actualmente vigente. Su artículo 38.5, relativo al calendario laboral, indica que *excepcionalmente, previa autorización del responsable de la unidad, se podrá conceder, con carácter personal y temporal, la modificación del horario fijo en un máximo de dos horas por motivos directamente relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y en los casos de familias monoparentales*. Se trata de un convenio que también en otras materias, como la de formación, revela el deseo de fomentar las medidas que tiendan a favorecer la conciliación (artículo 48). Su artículo 47 se refiere a los permisos ya expuestos, con alguna matización²⁶. En este caso, ¿cuál es la fuente que resulta de aplicación, el EBEP o el convenio colectivo? En el EBEP no hay un criterio o una prelación de fuentes bien delimitada, dado que en algunas ocasiones le resulta aplicable el EBEP²⁷, otras el ET²⁸, los convenios colectivos²⁹, otras veces resultan aplicables varias fuentes (EBEP directo y ET

17 1 día.

18 6 días al año.

19 15 días.

20 El precepto también se refiere a los permisos por razón de violencia de género, o para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos.

21 16 semanas ininterrumpidas. *Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo y por cada hijo a partir del segundo en los supuestos de parto múltiple. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso.*

22 16 semanas ininterrumpidas. *Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple.*

23 4 semanas, a disfrutar por el padre o el otro progenitor a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

24 *El funcionario tendrá derecho, siempre que ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquella, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas o carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma o, en su caso, de la entidad sanitaria concertada correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.*

25 Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 12 de noviembre de 2009.

26 Nacimiento de hijo, acogimiento o adopción: 10 días, a disfrutar por el padre desde la fecha del nacimiento, la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial de adopción [artículo 47, letra b) del Convenio Colectivo].

27 Procedimientos selectivos.

28 Clasificación profesional (con matices).

29 Situaciones del personal laboral.

supletorio³⁰; o EBEP supletorio³¹), etc. En el caso de los permisos (artículo 51 EBEP), se trata de un supuesto concurrente, esto es, no está claro qué norma es prioritaria. En este caso, dado que el conflicto se plantea entre EBEP y norma convencional, entiendo que se debería optar por la más favorable al trabajador.

Por último, hay un tercer bloque de derechos que favorecen la conciliación. Me refiero al supuesto de suspensión de la relación laboral por encontrarse el trabajador en excedencia voluntaria, lo que implica, como se sabe, la ausencia de remuneración. En el caso de los funcionarios de carrera, y a los efectos que aquí interesan, destaca la excedencia voluntaria por agrupación familiar, y la excedencia voluntaria por cuidado de familiares, reguladas en el artículo 89 EBEP.

La primera se reconoce a los funcionarios que, *sin el requisito de haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las administraciones públicas durante el periodo establecido, su cónyuge resida en otra localidad por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera o como laboral fijo en cualquiera de las administraciones públicas, organismos públicos y entidades de derecho público dependientes o vinculados a ellas, en los órganos constitucionales o del poder judicial y órganos similares de las comunidades autónomas, así como en la Unión Europea o en organizaciones internacionales*³².

La excedencia voluntaria por cuidado de familiares tiene una duración no superior a tres años. Su finalidad es, o bien atender al cuidado de cada hijo³³, o bien para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida³⁴.

En lo relativo al personal laboral, las excedencias voluntarias que aquí interesan son dos: por cuidado de hijos, o por cuidado de otros familiares, las cuales no exigen una antigüedad mínima en la empresa (en este caso en la Administración) para poder solicitarlas. El artículo 46.3 del Real decreto legislativo 2/2015, de 23 octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (ET), señala que la excedencia por cuidado de hijos³⁵ tendrá una duración no superior a tres años, mientras que la excedencia por cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida, no será superior a dos años (salvo que se establezca una duración mayor por la negociación colectiva). Estas excedencias implican una reserva del mismo puesto durante el primer año (hasta 15-18 meses en el caso de familias numerosas) y, transcurrido ese plazo, la reserva de un puesto del mismo grupo o de categoría equivalente en el segundo y tercero.

30 Como lo que respecta al régimen disciplinario.

31 Movilidad del personal laboral.

32 Artículo 89.3.

33 *Tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o de cada menor sujeto a guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.* Artículo 89.4, párrafo primero.

34 Artículo 89.4, párrafo segundo.

35 *Tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.*

3.2 Alcance en el ámbito autonómico: el caso de Galicia

Uno de los ejes del *VI Plan Galego para a Igualdade entre Mulleres e Homes, Estratexia 2013-2015*³⁶ se detiene en las medidas tendentes a favorecer la conciliación. Concretamente, el eje 4, rubricado «Conciliación corresponsable e calidade de vida», proclama como objetivo estratégico «reforzar una asunción equilibrada entre mujeres y hombres de los tiempos dedicados a las tareas domésticas y familiares y de los tiempos dedicados al trabajo remunerado y a la formación, así como al ocio y a la vida social, de forma que se reduzca la brecha de género y se avance en un modelo de organización social que facilite una buena calidad de vida para todas las personas y una mayor productividad y satisfacción respecto al trabajo».

La Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, delimita en su artículo 4 el ámbito de aplicación de esta norma, señalando los colectivos encuadrados en él. Concretamente, establece que *la presente ley se aplica al personal funcionario y, en lo que proceda, al personal laboral al servicio de las siguientes administraciones públicas: a) Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia; b) entidades locales gallegas; c) entidades públicas instrumentales del sector público autonómico de Galicia; d) entidades públicas instrumentales vinculadas o dependientes de las entidades locales gallegas; y e) las universidades públicas gallegas*. La ley también se aplica al *personal docente dependiente de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y al personal estatutario del Servicio Gallego de Salud, excepto en determinadas materias*³⁷. Pues bien, esta norma regula en los artículos 121-125 los permisos del personal funcionario por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, siendo el último el que reconoce, a modo de cláusula de cierre, las garantías vinculadas al ejercicio de estos derechos. Pues bien, el primero de los preceptos se refiere al permiso por parto, el cual tiene una duración mayor que la establecida en el EBEP, en concreto de 18 semanas ininterrumpidas. Además, dicha duración se ampliará en los casos y por los períodos siguientes³⁸: *a) discapacidad del hijo, dos semanas más; b) partos múltiples, dos semanas más por cada hijo a partir del segundo; y c) partos prematuros y aquellos en los que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, hasta un máximo de trece semanas adicionales*.

Otro permiso es el de adopción o acogimiento, regulado en el artículo 122. La duración es la misma que se prevé para el permiso por parto (18 semanas ininterrumpidas), con una duración más amplia en caso de: *a) discapacidad del menor adoptado o acogido, dos semanas más; y b) adopción o acogimiento múltiple, dos semanas más por cada menor adoptado o acogido a partir del segundo*³⁹. En el artículo 123 se prevén algunas especialidades para el caso de adopción o acogimiento internacional, para los que se prevé que, *si fuera necesario el desplazamiento previo al país de origen del menor, el funcionario tendrá derecho a un permiso de hasta tres meses de duración, fraccionables a elección de la persona titular del derecho, y durante los cuales se percibirán exclusivamente las retribuciones básicas*. La previsión contemplada en el artículo 124 sobre el uso por el otro progenitor amplía los derechos

36 Localizable en <http://igualdade.xunta.gal/es/content/planes-y-actuaciones>.

37 Así lo indica el artículo 6.1, que exceptúa las cuestiones relativas a la carrera profesional y a la promoción interna; retribuciones complementarias; y movilidad voluntaria entre administraciones públicas.

38 Artículo 121.2.

39 Apartado segundo.

del otro progenitor en estos supuestos, al que se reconoce como funcionario un permiso retribuido de 29 días naturales de duración.

El Decreto legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba la Ley de igualdad de Galicia, regula en su título VII (artículos 85-104) el «apoyo a la conciliación y a la corresponsabilidad».

En concreto, los derechos que reconoce la ley gallega son los siguientes: un complemento de las prestaciones por riesgo durante el embarazo o por maternidad⁴⁰; el permiso retribuido para asistir y para acompañar a tratamientos de fecundación asistida y para acompañar a exámenes prenatales y a técnicas de preparación al parto⁴¹; permiso de lactancia⁴²; la puesta a disposición de salas de lactancia⁴³, destinadas a las trabajadoras embarazadas y para que las madres lactantes tengan la posibilidad de descansar tumbadas en lugar apropiado, así como de lactar a su hijo o hija con tranquilidad (en caso de lactancia artificial también podrán ser utilizadas por los padres); el derecho de las mujeres gestantes a elegir el período de vacaciones y preferencias derivadas de la existencia de responsabilidades familiares⁴⁴; la flexibilización de jornada por motivos familiares; la preferencia en cursos formativos autonómicos⁴⁵; y el permiso del otro progenitor por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo⁴⁶.

La norma establece garantías en el ejercicio de los derechos de conciliación, realizando al efecto campañas de concienciación tendentes a la valoración positiva del personal a su servicio que ejerza estos derechos. Una de ellas es la que contempla el caso del *matrimonio de mujeres*, en que, *siendo una de ellas la madre biológica, se garantizará a la que no lo fuese, si fuera personal funcionario, eventual, interino, estatutario o laboral de la Administración pública gallega, que, a elección de aquella, pueda disfrutar la parte de la licencia por maternidad que se podría transferir al padre*⁴⁷.

Respecto de esta ley, considero muy interesante detenerse en la promoción autonómica de las medidas municipales de conciliación que se impulsan. Se regulan en los artículos 95 a 104. Concretamente, se trata de dos iniciativas: los bancos municipales de tiempo y los planes de programación del tiempo de la ciudad.

Los bancos municipales de tiempo (artículos 96-99) *facilitarán a las personas empadronadas en el correspondiente municipio la conciliación de su vida personal, familiar y laboral mediante la realización de labores domésticas concretas, en especial aquellas que exijan desplazamientos, como la realización de la compra diaria o de gestiones de índole administrativa, y de labores de cuidado o mera compañía de menores de edad y de personas dependientes. Para ello, el ayuntamiento gestionará una base de datos de personas demandantes de las referidas labores, donde se reflejarán los datos personales y las necesidades de tiempo.* Las

40 Artículo 87.

41 Artículo 88.

42 Artículo 89.

43 Artículo 90.

44 Artículo 91.

45 Artículo 93.

46 Artículo 94.

47 Artículo 86.2.

personas que tengan disponibilidad se inscribirán voluntariamente en las redes comunitarias de apoyo a la conciliación, y en las bases de datos figurarán los datos del voluntario, su cualificación y/o experiencia, y disponibilidad. De esta forma, se pondrá en contacto a los voluntarios y a los demandantes de esas labores⁴⁸.

Asimismo, sin perjuicio de las competencias de los servicios sociales, los ayuntamientos excepcionalmente podrán prestar servicios a través de personal propio o contratado al efecto cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias de hecho: a) distanciamiento a centros de población o ausencia de personas voluntarias que imposibiliten acudir a las redes comunitarias de apoyo a la conciliación cuando se trate de la prestación de cuidados a una persona dependiente cuyos ingresos sean inferiores al doble de la cuantía del indicador público de renta de efectos múltiples; b) descanso de dos días al mes a favor de las personas que, por razones diversas, hayan asumido el cuidado de personas dependientes. En tal caso, se garantizará el derecho de la persona cuidadora a elegir libremente a la persona o personas sustitutas de su confianza entre la plantilla municipal que resulte de la planificación de la cobertura para la prestación de dichos servicios⁴⁹.

La otra iniciativa que se contempla son los planes de programación del tiempo de la ciudad (artículos 100-104), que *pretenden una coordinación de los horarios de la ciudad con las exigencias personales, familiares y laborales de la ciudadanía, obligando a una permanente revisión y adaptación de tales horarios⁵⁰.*

Por último, una forma de trabajo que se da cada vez más en nuestros tiempos, fruto de la incorporación de las nuevas tecnologías, es el teletrabajo. Se trata de una herramienta que permite compatibilizar la vida personal, familiar y laboral, dado que el lugar de prestación de los servicios se determina por elección del trabajador (lógicamente, cuando por la naturaleza de los servicios ello sea posible). Pese a su implantación en muchas empresas, y a considerarse para el sector privado desde hace años (el antes llamado trabajo a domicilio, hoy trabajo a distancia, artículo 13 ET), el EBEP todavía no prevé expresamente esta figura. Tampoco lo hace el III Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración general del Estado. Como antecedente, destaca la Orden Apu/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales, pero no se concretó en ninguna regulación en particular. Anteriormente, ya a nivel comunitario, es significativo el impulso que se trató de dar a esta figura a través del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002.

No obstante, esta modalidad de prestación de servicios no está exenta de regulación en el marco de las administraciones públicas, pues en el ámbito autonómico son varias las normas que lo recogen. En el caso de Galicia, que aquí se analiza, la mencionada Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia, señala que, *cuando la naturaleza del puesto que se desempeñe lo permita, y siempre que se garantice la correcta prestación de los servicios, los*

48 Esto se ha llevado a la práctica en algunos ayuntamientos, como el de Vigo. https://sede.vigo.org/expedientes/tramites/tramite.jsp?id_tramite=610&lang=es.

49 Artículo 98.

50 Artículo 100, que indica que *se consideran horarios de la ciudad los horarios de apertura y cierre de oficinas públicas, comercios y servicios públicos o privados con atención al público, incluyendo actividades culturales, bibliotecas, espectáculos y transportes*. Al respecto, véase LOUSADA AROCHENA, F., "Las políticas públicas sobre tiempos de la ciudad", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n. 23, 2008, pp. 16-21. También, estudio diagnóstico de la Fundación Mujeres para el Plan de Programación del Tiempo de la Ciudad de Lugo (2008).

*empleados públicos podrán realizar todas las funciones de su puesto o algunas de ellas fuera de las dependencias de la Administración pública en la que estén destinados, mediante el empleo de las nuevas tecnologías, en los supuestos y con los requisitos que se determinen reglamentariamente*⁵¹.

Igualmente trata esta cuestión la citada Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, y de la Consellería de Hacienda, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia. Sus artículos 13 a 15 detallan la forma de prestar servicios vía teletrabajo, aplicable a los empleados públicos. Se define como *aquella modalidad de prestación de servicios en que el personal empleado público desarrolle las tareas asignadas a su puesto de trabajo fuera de las dependencias de la Administración autonómica, mediante el empleo de las nuevas tecnologías, con la finalidad de alcanzar una mayor eficiencia en la gestión pública, contribuyendo a la conciliación de la vida familiar y laboral*⁵².

De acuerdo con lo que señala la norma, esta modalidad tendrá carácter voluntario, pero podrán realizarla los empleados públicos que cumplan con los siguientes requisitos⁵³: a) *estar en situación de servicio activo; b) contar con una antigüedad igual o superior a los dos años de servicio en el puesto de trabajo para el que se solicita el teletrabajo o, en su caso, acreditar la experiencia por prestación de servicios en puestos con funciones y tareas análogas a las del puesto para el que se solicita este derecho; c) desempeñar un puesto de trabajo que, por su naturaleza y características técnico-funcionales, sea susceptible de ser desarrollado bajo esta modalidad*⁵⁴; d) *el personal empleado público deberá disponer, en la fecha en que comience el régimen de teletrabajo, de un equipo informático básico con acceso a internet y de un lector de tarjeta, así como de teléfono móvil; y e) tener los conocimientos suficientes, informáticos y telemáticos, teóricos o prácticos, que requiera el ejercicio de las funciones objeto del teletrabajo.*

regap



NOTAS

4 Tendencias recientes en la casuística

La casuística sobre los derechos que aquí se estudian es numerosa y muy frecuente. En la práctica se han planteado cuestiones polémicas que han desembocado en decisiones judiciales pioneras, que han supuesto un avance en los derechos de conciliación, tratando de facilitar su ejercicio también por el hombre.

En cuanto a los permisos, un asunto muy habitual en la práctica es el del uso del permiso de maternidad por parte del hombre. Como se sabe, este permiso, de dieciséis semanas de duración, puede ser cedido al padre tras las primeras seis semanas de descanso obligatorio

51 Artículo 107.

52 Artículo 13, párrafo primero.

53 Artículo 14.

54 *A estos efectos, podrán considerarse puestos de trabajo susceptibles de ser desarrollados en esta modalidad el estudio y análisis de proyectos, la elaboración de informes, asesoría, redacción y tratamiento de documentos, inspección, gestión de sistemas de información o análisis y diseño de sistemas de información u otros análogos que no requieran la prestación de servicios presenciales. A tal efecto, se entiende por servicios presenciales aquellos en que la prestación efectiva sólo queda plenamente garantizada con la presencia física del empleado o de la empleada.*

para la madre. Pues bien, las condiciones de su disfrute por el padre no eran tan sencillas hasta que la jurisprudencia allanó el terreno a los hombres. Concretamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su Sentencia de 16 de julio de 2015⁵⁵, enjuició un caso de un funcionario griego que quería disfrutar del permiso de maternidad de su mujer, que no trabajaba. Dicho permiso le fue denegado ya que, según la normativa, sólo podía disfrutarlo en caso de que su mujer trabajara. El tribunal entendió que la normativa que priva a un funcionario del derecho a un permiso parental si su esposa no ejerce una actividad laboral o profesional es contraria al derecho de la Unión Europea (concretamente, a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, y a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación). Dicha interpretación es aplicable a trabajadores tanto del sector público como privado.

Algo parecido sucedió con el permiso de lactancia. En el asunto *Roca Álvarez*, el TJUE⁵⁶ declaró contraria al derecho de la Unión Europea la denegación de un permiso de lactancia a un trabajador porque su mujer era autónoma, y no trabajadora por cuenta ajena. Si bien se trataba de un caso de un trabajador por cuenta ajena del sector privado, el razonamiento es extrapolable a los trabajadores públicos. En España, este derecho podía ser ejercido indistintamente por uno u otro progenitor, pero siempre que ambos trabajaran. Tras esta sentencia, dicha interpretación cambió, la cual, por supuesto, se hace extensiva a los empleados públicos. Adoptado el nuevo criterio, la primera resolución al respecto fue la Sentencia del Juzgado de lo Social n. 19 de Barcelona, de 21 de enero de 2013⁵⁷. En ella se señala que se «debe adoptar una línea interpretativa acorde con la actual configuración del permiso, como una medida de conciliación de la vida familiar y laboral, de la que no podría excluirse al trabajador o trabajadora en función de la situación laboral del otro progenitor»⁵⁸. En este sentido, insiste en que «ni está justificada la concesión prioritaria a la madre —a valorar en función de las circunstancias concurrentes cuando ambos progenitores trabajen, de existir discrepancia—, ni la negativa del derecho cuando esta no trabaje, puesto que perpetuaría una división de roles entre los progenitores que no puede considerarse acorde con el principio de igualdad de trato y no discriminación»⁵⁹. Como indica la propia resolución, entender lo contrario sería contraproducente para la madre que, estando sin empleo, quiere ceder el disfrute del derecho a su marido para, también, tener tiempo para buscar empleo. El razonamiento de la sentencia puede predicarse respecto del funcionario público que quiere acceder a este permiso y su mujer es autónoma o no trabaja.

Respecto de la flexibilidad horaria, destaca una Sentencia del Juzgado de lo Social n. 13 de Madrid, de 22 de octubre de 2015⁶⁰, relativa a un trabajador, personal laboral del IMSERSO, que tenía a su cuidado a un hijo menor de un año, y solicitó flexibilidad horaria para la entrada en el turno de mañana. El trabajador prestaba sus servicios en un régimen de trabajo a turnos, de 8.00 a 15.00 en el turno de mañana, y de 15.00 a 22.00 cuando le correspondía

55 Asunto C 222/14.

56 Asunto C 104/09, de 30 de septiembre de 2010.

57 Sentencia n. 50/2013.

58 Fundamento jurídico sexto, párrafo primero.

59 *Ibidem*, párrafo segundo.

60 Sentencia n. 374/2015.

acudir por la tarde, y la petición de flexibilidad horaria para la entrada en el turno de mañana le fue denegada por la empresa al alegar ésta incompatibilidad con sus necesidades dado que en esa franja horaria se servían los desayunos. La sentencia reconoce que el trabajador tenía derecho a «flexibilizar hasta un máximo de una hora de entrada en el turno de mañana a los efectos de poder llevar a su hijo al centro escolar»⁶¹, en el entendimiento de que «no pueden prevalecer (...) las dificultades organizativas alegadas por la empresa en el juicio sobre la protección jurídica de la familia que deben garantizar los poderes públicos, según el artículo 39.1 CE, con la correspondiente “protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación”»⁶².

En relación con las excedencias voluntarias aquí analizadas, cabe preguntarse si sería posible que un empleado público, concretamente un funcionario, que estuviera en excedencia por cuidado de familiares, por ejemplo un hijo, ejerciera durante la excedencia una actividad privada por unas horas al día o a la semana que permitieran atender a la finalidad principal de la excedencia, como es el cuidado de un hijo. Si bien esta situación es admisible (siempre que haya buena fe y con unos límites) en el sector privado, y aquí se habla del sector público, creo que esto sería posible siempre que se dieran unas circunstancias muy concretas, como que la actividad no sea incompatible con su puesto, y que le permita atender a su hijo como se ha indicado. Pero, ante todo, debe tenerse en cuenta que el funcionario en excedencia no está en servicio activo, por lo que la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, no se le aplica.

Otro supuesto muy interesante es el relativo a los traslados en el marco de las administraciones públicas. En este sentido, merece especial atención una sentencia muy reciente, no exenta de debate, que tuvo como eje este precepto y, de fondo, una cuestión de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, respaldada por la Ley 30/1984, citada al comienzo de este trabajo. Me refiero a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de julio de 2016⁶³, relativa al caso de una funcionaria que prestaba sus servicios en la localidad madrileña de Coslada, destino en el que estaba a gusto hasta que un día fue abordada por un hombre en el metro. Esa situación le provocó «una grave crisis de ansiedad, lo que le inició un grave trastorno depresivo que concluyó con un trastorno de angustia con agorafobia»⁶⁴. Como consecuencia de ello, y tras un período de incapacidad temporal, la trabajadora solicitó la jubilación por incapacidad permanente, que se le deniega, dado que se indica que la trabajadora es apta para el desempeño de su puesto de trabajo. Sin embargo, el psiquiatra acredita que volver al lugar de trabajo le provoca «incomodidad, sufrimiento y desestabilización incapacitante tanto en el plano personal como sociolaboral»⁶⁵, por lo que «se aconseja la reincorporación laboral en el destino de familia [Ourense], para que pueda ser arropada, atendida, apoyada y estimulada por familiares»⁶⁶. En definitiva, «se descubre la necesidad que tiene de estar rodeada de los suyos para que le transmitan la seguridad que ella no tiene»⁶⁷. La trabajadora, al solicitar que se le reconozca

61 Fundamento de derecho quinto, párrafo decimoprimer.

62 *Ibidem*, párrafo decimosegundo.

63 Recurso contencioso-administrativo n. 281/2015.

64 Fundamento de derecho primero, párrafo primero.

65 Fundamento de derecho quinto, párrafo séptimo.

66 *Ibidem*.

67 Fundamento de derecho quinto, párrafo sexto.

el traslado a Ourense dadas sus circunstancias de salud, alega motivos de conciliación de la vida familiar y laboral.

Pues bien, el tribunal da la razón a la trabajadora basándose en que «la causa de la enfermedad no es tanto el trabajo desempeñado, sino el lugar geográfico donde se desempeña, siendo necesaria, para evitar la cronificación de la misma, la reincorporación laboral en el destino de familia, esto es, Ourense»⁶⁸. Resuelve en este sentido porque destaca que «tal posibilidad de cambio se encuentra acogida (...) en el artículo 20.1 h) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, y 66 bis del Real decreto 364/1995, de 10 de marzo»⁶⁹. Esto es así porque, si bien «del contenido del artículo 20.1 h) de la Ley 30/1984 se desprende la necesidad de que existan puestos vacantes, ello no es óbice para que se estime la pretensión teniendo ya en cuenta que en el suplico de la demanda ya se solicita que se conceda el traslado por motivos de salud a un puesto en la ciudad de Ourense, o bien, en caso de no ser posible, por no poder determinar la existencia de vacantes, supeditado a la existencia de una vacante apropiada al nivel de la recurrente»⁷⁰.

En dicha resolución se alude a un caso análogo, una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de marzo de 2015⁷¹, sobre una trabajadora que necesitaba la cercanía de su familia porque su patología se agravaba al residir sola a más de 1.000 km de distancia de ellos⁷².

5 Conclusiones

Si bien la conciliación de la vida personal, familiar y laboral ha experimentado muchos avances normativos en los últimos años, la jurisprudencia ha contribuido notablemente a clarificar ciertas dudas interpretativas que se han ido planteando en la práctica.

Lo cierto es que, pese a los avances, los derechos de conciliación vida-trabajo aún se conciben como algo disperso, dado que para concretarlos debemos acudir a diversas normas, y en ellas tratar de agrupar los que encajen en ese concepto. En el marco de las administraciones públicas la dispersión es aún mayor. Dada la complejidad del aparato organizativo del sector público, hay duplicidades normativas en función del ámbito en el que nos movamos (Administración general del Estado, Administración autonómica, etc.), e incluso dentro de la misma Administración (piénsese en la Administración general del Estado), la fuente aplicable no está exenta de dudas, dado que contamos con un sistema dual de personal de servicios, laboral y funcionario, con regímenes jurídicos diferentes, aunque concurrentes en algunos aspectos.

Cuestiones como la del traslado por razón de salud, vinculada a motivos de conciliación, es significativa en nuestra realidad jurídica, por las consecuencias que implica, dado que pone de manifiesto que la salud en ocasiones está estrechamente vinculada al entorno familiar, y que eso también es conciliar, porque es deber del empresario adaptar el puesto de trabajo

68 Fundamento de derecho sexto, párrafo primero.

69 *Ibidem*.

70 Fundamento de derecho sexto, párrafo tercero.

71 Sentencia n. 159/2015.

72 Fundamento de derecho sexto, párrafo segundo.

cuando se acredite un factor de riesgo, y este puede ser de tipo ambiental, que repercute negativamente en la salud del trabajador, como sucedía en el caso que se analizó.

Por su parte, de la mano de la jurisprudencia de la Unión Europea, los hombres también se han visto favorecidos por las medidas de conciliación. A la vista están las resoluciones indicadas sobre hombres que querían disfrutar del permiso de maternidad o del de lactancia, y cuyo impedimento inicial era que su mujer no respondía al concepto de “trabajadora” indicado por la ley. Fueron resueltas a su favor por el tribunal, lo que sin duda viene a corroborar que, indirectamente, la jurisprudencia de la Unión Europea está marcando la pauta de las legislaciones nacionales en muchos de estos temas, y si es así, para avanzar en derechos, bienvenido sea.

6 Bibliografía

LOUSADA AROCHENA, F., “Las políticas públicas sobre tiempos de la ciudad”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n. 23, 2008.

LOUSADA AROCHENA, F., “El tiempo en las leyes con perspectiva de género”, *Revista de Derecho Social*, n. 49, 2010.

LOUSADA AROCHENA, F., “Vacaciones, materia electoral, clasificación profesional, impugnación de decisiones de flexibilidad interna y derechos de conciliación en la Ley reguladora de la jurisdicción social”, *Revista Técnico Laboral*, vol. 34, n. 132, 2012.

Regap



NOTAS

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Magistrado (Galicia, España)
fcominges@poderjudicial.es

Regap



NOTAS

Sumario: 1 Administración local. 1.1 Decreto 99/2012, de 16 de marzo, sobre servicios sociales comunitarios y su financiación. 1.2 Derecho de los concejales a obtener copia de expedientes administrativos. Principios de buena fe y racionalidad. Inadmisión de peticiones genéricas o abusivas. 1.3 Carácter restringido y excepcional de la “comisión de servicios” para proveer los puestos de trabajo de la Administración local. 1.4 Régimen de incompatibilidades de los funcionarios de la Administración local. 1.5 Entidad local menor. Carece de competencia para suprimir puesto de trabajo reservado a habilitado nacional. 1.6 Impugnación por un concejal del acuerdo de adjudicación del contrato de servicio de ayuda en el hogar. Cómputo del plazo para recurrir. Órgano competente para adjudicar el contrato. 2 Educación y universidades. 2.1 Determinación del periodo de vigencia de los libros de texto y demás materiales curriculares. 2.2 Plan de financiación del sistema universitario de Galicia. 2.3 Valoración de tramos de investigación (sexenios). 2.4 Puntuación de tesis doctoral con “sobresaliente *cum laude*”. Requiere votación unánime y secreta en día diferente al de la defensa de la tesis. 3 Expropiación forzosa. 3.1 Expropiación por tasación conjunta. Las discrepancias sobre valoraciones deben plantearse siempre ante el jurado de expropiación con carácter previo a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. 4 Medio ambiente y urbanismo. 4.1 Plan general de ordenación municipal. Nulidad por falta de justificación jurídica de suficiencia de recursos hídricos para el incremento de población. 4.2 Aprobación definitiva del plan general de ordenación municipal condicionada a determinadas rectificaciones que corregirá directamente el ayuntamiento sin nuevo acuerdo aprobatorio de la Xunta de Galicia. 4.3 Plan especial de protección y reforma interior. Protección integral de un edificio con obligación de conservar el cine de la planta baja. Derecho indemnizatorio de los propietarios. 4.4 Impugnación de plan general por una asociación. Límites a la acción pública urbanística. Necesaria correspondencia de los fines estatutarios de la asociación con sus argumentos impugnatorios. 4.5 Infracciones en zona de servidumbre de protección de costas. Plazo máximo de 15 años desde la fecha de terminación de la obra ilegal para poder incoar el expediente de demolición. 4.6 Plan especial y plan de usos del puerto. Omisión de evaluación ambiental estratégica. No se subsana con la posterior evaluación de impacto ambiental de las obras previstas en el plan. 5 Personal. 5.1 Oposiciones al cuerpo superior de la Administración de la Xunta de Galicia (A1). Obligación del tribunal calificador de motivar pormenorizadamente su puntuación en caso de ser cuestionada.

5.2 Restricciones a la provisión de puestos por el sistema de “libre designación”. Las direcciones de las áreas de gestión clínica del SERGAS deben proveerse por concurso. 6 Pesca y mar. 6.1 Convocatoria y bases para el otorgamiento de ayudas a la paralización definitiva de los buques pesqueros. 6.2 Sanción a organización de productores de mejillón de Galicia por vulneración de las reglas de libre competencia. 6.3 Estudio Estratégico Ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos. Competencias de la Administración del Estado sobre aguas interiores del litoral gallego. 7 Responsabilidad patrimonial. 7.1 Por pérdida de aprovechamiento urbanístico del propietario de un solar como consecuencia del hallazgo de restos arqueológicos. 7.2 Por accidentes de circulación originados en la irrupción de animales salvajes en las carreteras. 7.3 Responsabilidad patrimonial del legislador. Desistimiento de la Xunta de Galicia en procedimientos de autorización de parques eólicos. 8 Tributos. 8.1 Tasa municipal por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos. 8.2 Validez de las notificaciones electrónicas. 8.3 Imputación temporal de la renta procedente de la expropiación forzosa tramitada por el procedimiento de urgencia.

1 Administración local

1.1 Decreto 99/2012, de 16 de marzo, sobre servicios sociales comunitarios y su financiación

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) de 22 de diciembre de 2016 (ponente: Teso Gamella, casación 629/2015) desestimó en fase casacional el recurso interpuesto por la Deputación Provincial de Lugo contra el Decreto 99/2012, de 16 de marzo, del Consello de Goberno de la Xunta de Galicia, sobre servicios sociales comunitarios y su financiación, con las siguientes consideraciones:

«(...) se denuncia en un apartado la lesión de los artículos 9, 53 y 137 de la CE, 25, 36, 55 y 56 de la Ley de bases de régimen, y la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, y en otro apartado alega la vulneración del artículo 105 de la CE.

La vulneración de la expresada Ley 27/2013, que es el principal soporte argumental del motivo, no puede ser acogida. De un lado, porque no puede imputarse al Decreto autonómico n. 99/2012 impugnado en la instancia la lesión de una ley futura, que no estaba en vigor al tiempo de dictarse la norma reglamentaria autonómica impugnada en la instancia. Mal puede vulnerar la norma reglamentaria una norma legal futura que, por su propia naturaleza, resulta incierta su vigencia y su contenido. Y, de otro, porque en casación no puede alegarse la lesión de la totalidad de una ley. (...).

Respecto de las demás infracciones constitucionales y legales de la Ley de bases de régimen local, el alegato de casación más parece una legítima queja sobre las competencias de las diputaciones provinciales al proporcionar asistencia económica técnica y jurídica a los ayuntamientos o agrupaciones de ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes, en la implantación y gestión de los servicios sociales comunitarios municipales, y otras del artículo 31 del decreto impugnado en el recurso contencioso administrativo, que un alegato sobre las infracciones normativas precisas e identificadas, sobre las que construir una causa de nulidad.

(...) Tampoco procedía el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, pues, insistimos, la citada Ley 27/2013 no resultaba de aplicación al caso, no podía constituir su ratio decidendi y por tanto la validez del decreto impugnado en la instancia no dependía de la constitucionalidad de dicha norma legal. No está de más recordar al respecto que la cuestión

de inconstitucionalidad debe plantearse, ex artículo 163 de la CE, cuando la sala albergue dudas de la constitucionalidad de una norma con rango de ley “aplicable al caso”, y “de cuya validez dependa el fallo”, que, como hemos señalado, no es el caso, al tratarse de una norma legal posterior a la norma reglamentaria impugnada en la instancia.

SÉPTIMO.- Por lo demás, el derecho de audiencia que se invoca al socaire de la lesión del artículo 105 de la CE tampoco puede ser estimado, pues dicha lesión se funda en la aplicación de una norma legal autonómica, como es la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Administración general y sector público de Galicia, y sabido es que el recurso de casación únicamente puede fundarse, ex artículo 86.4 de la LJA, sobre la vulneración de normas estatales y de derecho comunitario europeo. Pero es más, la cita de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al aludir genéricamente al artículo 24, no resulta relevante, pues dicha norma no regula el procedimiento seguido para la elaboración del Decreto gallego 99/2012, ni contiene alusión alguna a las diputaciones, y, en fin, tampoco se razona sobre su aplicación concreta al caso».

1.2 Derecho de los concejales a obtener copia de expedientes administrativos. Principios de buena fe y racionalidad. Inadmisión de peticiones genéricas o abusivas

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), en su Sentencia de 20 de abril de 2017 (ponente: Méndez Barrera, Rec. 4080/2017), revocó la de instancia apelada y desestimó la exigencia de un concejal a su corporación municipal de obtención de copia íntegra de un número considerable de expedientes, al entenderla abusiva y desproporcionada. Incidió el TSJG en que:

«(...) el criterio de que el derecho a la información que tiene un concejal se satisface poniendo a su disposición, para que pueda examinarlos, los documentos que interese, pero no se extiende a la entrega de copias de esos documentos fuera de los casos en que así lo establece el ROF, es el que expresan las sentencias del Tribunal Supremo que se citan en el recurso de apelación, y otras posteriores, como las de 16 de marzo de 2001 y 1 de agosto y 11 de octubre de 2002. Su doctrina no está contradicha por lo declarado en las de 29 de marzo de 2006 y 28 de enero de 2008. Esta última se refiere a que se está ante la petición de copias relativas a un asunto a tratar en los órganos colegiados del ayuntamiento, como son los de presupuestos, por lo que no resuelve un caso análogo al presente. La de 29 de marzo de 2006 no abandona la doctrina anterior, sino que realiza matizaciones. En su cuarto fundamento de derecho dice: “Abundando algo más en esa jurisprudencia cuya síntesis se ha realizado, y en un afán de clarificar y delimitar al máximo el criterio en que se sustenta, son convenientes estas puntualizaciones que siguen: a) El núcleo básico del derecho fundamental de participación política inherente al cargo de concejal se satisface con el derecho a la información y no comprende un derecho a obtener copias de la documentación existente en la corporación local. b) Ese derecho a obtener copias deriva de la normativa de régimen local antes mencionada y no es incondicionado, pero su indebida denegación, cuando es procedente, sí incide en el derecho fundamental de participación política (porque pese a que se trata de un derecho no derivado de la Constitución, sino de la normativa infraconstitucional, lo cierto es que se reconoce como instrumento para ejercer el cargo de concejal). c) Las condiciones para reclamar ese derecho de obtención de copia son diferentes según el

Regap



NOTAS

título normativo que sea invocado: cuando se ejercite al amparo de los apartados a) y b) del artículo 15 del ROFRJ/CL, habrá de precisarse el asunto en relación con el cual se piden las copias; y cuando lo sea según el apartado c) de ese mismo precepto reglamentario, deberá cumplirse con la exigencia de individualización documental que establecen los apartados 7 y 8 del artículo 37 de la Ley 30/1992. d) Cumpliéndose con esas condiciones, no podrá exigirse al interesado que justifique adicionalmente la utilidad o conveniencia de las copias solicitadas para el desempeño de la función de control político que corresponde al cargo de concejal. e) Recae sobre el ayuntamiento destinatario de la solicitud de copia la carga de justificar y motivar su denegación. También conviene añadir que el excesivo volumen de la documentación cuya copia sea solicitada y la perturbación que su expedición o entrega pueda causar en el funcionamiento de la corporación local, en razón de los medios de que esta disponga, será un factor de legítima ponderación en la resolución que haya de dictarse. Pues no puede olvidarse que asegurar la normalidad de aquel funcionamiento es un imperativo del principio de eficacia que para la actuación de la Administración pública proclama el artículo 103 CE”.

En el caso que se examina no se dan las circunstancias a las que se refieren los apartados a) y b) del artículo 15 del ROF. Por lo tanto, y de acuerdo con lo declarado por la sentencia parcialmente transcrita, el solicitante debería cumplir con la exigencia de individualización documental establecida en los apartados 7 y 8 del artículo 37 de la Ley 30/1992. Consta en los autos que el día 14 de septiembre de 2016 se pusieron a disposición del actor en las dependencias municipales los documentos de los que había solicitado copia, que examinó desde las 9.15 hasta las 12.40 horas, e insistió en su petición de que le entregase copia de todos ellos, a lo que le contestó el secretario-interventor que no estaba autorizado para hacer esa entrega. Ante tales hechos, hay que concluir que el derecho fundamental del actor fue satisfecho, si bien con posterioridad al inicio del procedimiento especial y a la presentación de la demanda, pues una vez examinados los documentos puestos a su disposición no resulta justificado que se siga interesando la entrega de copia de todos ellos y no de unos concretos, por lo que no resulta procedente una condena como la que contiene la sentencia de primera instancia, que por ello debe ser revocada».

1.3 Carácter restringido y excepcional de la “comisión de servicios” para proveer los puestos de trabajo de la Administración local

En su interesante Sentencia de 20 de junio de 2017 (ponente: Seoane Pesqueira, Rec. 32/2017), el TSJG realiza un exhaustivo análisis de la figura de la “comisión de servicios” habitualmente utilizada por las administraciones locales para proveer puestos de trabajo con carácter provisional, mediante nombramiento directo y discrecional. La sentencia confirma la anulación de la provisión por comisión de servicios de ocho puestos del Concello de Ourense, con las siguientes consideraciones:

«(...) el presupuesto de hecho habilitante para acudir a esta forma de provisión es la existencia de una situación de necesidad, que la norma califica como urgente e inaplazable, la cual permite excepcionar la forma normal de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios, que es el concurso de méritos (...). La comisión de servicios es una herramienta en manos de la Administración para atender necesidades inaplazables (sentencia de esta sala y sección de 16 de diciembre de 2015, recurso 445/2014), por lo que se robustece la carga

de la Administración para detallar las razones por las que se opta por tal provisión. Y es que la regla general es la de la inclusión del puesto ocupado temporalmente en comisión de servicios en la convocatoria inmediatamente siguiente (...), porque es una situación excepcional y, como tal, de consideración restrictiva, porque la eficacia impone que los puestos de trabajo, por estabilidad, eficiencia y seguridad jurídica, han de ser servidos por funcionarios con destino definitivo y no temporal (...). No estamos ante una facultad discrecional de la Administración local... sino ante un concepto jurídico indeterminado, en el que existe una única solución posible (...). La necesidad urgente e inaplazable de cubrir una plaza mediante una comisión de servicios no se acredita con la mera afirmación de la Administración de que existe tal necesidad y de que esta es urgente e inaplazable (...). El examen del expediente revela que desde hace años los puestos de trabajo vacantes del concello son cubiertos mediante comisiones de servicios y adscripciones provisionales, apoyadas en razones de necesidad y urgencia, por cuya vía se huye de la regla general de la provisión definitiva mediante el sistema de concurso como procedimiento normal (...), con lo que ello conlleva de riesgo de arbitrariedad, además de vulneración de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que ha de regir en esta materia (...). En definitiva, en ninguno de los casos se razona el motivo por el que no se ha convocado el concurso (...). No está debidamente justificado, pues, el recurso a la cobertura provisional y urgente (...). Junto a todo lo anterior, resulta sintomático que en todos sus informes el interventor municipal haga constar que no se explica que no se hayan promovido los pertinentes concursos para cubrir de modo definitivo los puestos vacantes en la plantilla de personal del Concello de Ourense».

Regap



NOTAS

1.4 Régimen de incompatibilidades de los funcionarios de la Administración local

En su Sentencia de 18 de mayo de 2017 (ponente: Seoane Pesqueira, Rec. 7/2017), el TSJG confirmó la nulidad de pleno derecho de la estimación presunta por silencio positivo de la petición de un funcionario municipal de compatibilizar su trabajo en el ayuntamiento con el libre ejercicio de la abogacía, con la siguiente argumentación:

«(...) La interpretación conjunta de los apartados 1 y 4 del artículo 16 de la Ley 53/1984, que defiende el apelante, choca abiertamente con la interpretación literal de tales preceptos, por mucho que trate de acudir a sus redacciones precedentes y al informe del comité de expertos constituida en su día, cuya propuesta finalmente no fue acogida. La redacción del artículo 16.1 de la Ley 53/1984, tras la modificación operada por el apartado 1 por la disposición final 3.2 de la Ley 7/2007, vigente cuando el actor dedujo su solicitud, decía: “No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b) del artículo 24 del presente estatuto incluyan el factor de incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección”. Por su parte, el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, en su redacción vigente antes y después de la Ley 7/2007, establece: “Asimismo, por excepción y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 1.3, 11, 12 y 13 de la presente ley, podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución

básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad". Al margen de la intención de la comisión de expertos, lo cierto es que, después de la Ley 7/2007, se mantuvo la redacción del artículo 16.4, mientras que en el apartado 1 sólo se hizo alusión al factor de incompatibilidad respecto al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Para la compatibilidad del ejercicio de actividades privadas, el apartado 4 del artículo 16, introducido por la Ley 31/1991, atiende a la percepción de "complementos específicos", o concepto equiparable, sin hacer referencia en concreto a alguno de los factores que intervienen en la estructura de las retribuciones complementarias conforme al artículo 24 b) de la Ley 7/2007, a diferencia del apartado 1 del artículo 16, tras su modificación por la citada Ley 7/2007. Ahora, los apartados 1 y 4 del artículo 16 de la Ley 53/1984 tienen su propio ámbito de aplicación de cara a exigir la inclusión del factor de incompatibilidad dentro del complemento específico, de modo que para denegar la compatibilidad sólo se exige tal inclusión si se trata del personal funcionario, personal eventual y personal laboral retribuido por arancel, y el personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección. Para el resto de los empleados públicos, el reconocimiento de la compatibilidad con actividades privadas exige que el personal desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad, aunque no conste expresamente si dentro de aquellas retribuciones complementarias se halla el factor de incompatibilidad.

No cabe duda de que el recurrente no se encuentra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 53/1984, ya que no es personal funcionario, personal eventual ni personal laboral retribuido por arancel, así como tampoco es personal directivo, ni está ligado por una relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Por el contrario, entra de lleno en el ámbito de aplicación del apartado 4 de dicho artículo 16, pues se trata de personal que desempeña puesto de trabajo que comporta la percepción de complemento específico, o concepto equiparable, de modo que para otorgarle la compatibilidad es imprescindible que la cuantía de sus retribuciones complementarias no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

(...) Abona la interpretación que se propugna el hecho de que la disposición adicional 8.ª del Decreto legislativo autonómico 1/2008, de 13 de abril, establece que:

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1992, se le podrá reconocer, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complemento específico o concepto equiparable siempre que su cuantía no supere el 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad. En el supuesto de que la cuantía de tal complemento supere el 30% referido, podrá concederse la compatibilidad siempre que la persona interesada renuncie a la percepción del complemento específico". En el mismo sentido, en el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011 se aprobó el procedimiento para la reducción del complemento

específico de los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los subgrupos C1, C2 y E, extendiendo a los funcionarios de los subgrupos A1 y A2 la disposición adicional 5.ª del Real decreto ley 20/2012.

En consecuencia, para obtener la compatibilidad con el ejercicio de una actividad privada, el funcionario debe solicitar la reducción del complemento específico al límite del 30% de las retribuciones básicas, excluida la antigüedad.

Y en la normativa gallega despeja ahora cualquier duda la disposición transitoria 8.ª de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia, que exige, como requisito imprescindible para obtener la compatibilidad con el ejercicio de actividades privadas, la renuncia al complemento específico, al establecer:

“1. En tanto no se introduzca el complemento retributivo de puesto de trabajo previsto por la presente ley, todas las referencias a este último se entenderán hechas al complemento específico existente a la entrada en vigor de la misma, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo. El personal interino nombrado para la ejecución de programas de carácter temporal o por exceso o acumulación de tareas percibirá el complemento específico correspondiente a un puesto de trabajo de nivel base del correspondiente subgrupo o grupo de clasificación profesional. 2. En tanto no se produzca la sustitución del complemento específico mencionado en el apartado anterior por el complemento de puesto de trabajo previsto por la presente ley, podrá reconocerse, conforme a lo dispuesto en la normativa sobre incompatibilidades que resulte de aplicación, compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complemento específico o concepto equiparable, siempre que su cuantía no supere el treinta por ciento de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad. En el supuesto de que la cuantía de tal complemento supere el treinta por ciento referido, podrá concederse la compatibilidad siempre y cuando la persona interesada renuncie a la percepción del complemento específico o concepto equivalente”.

El examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es ilustrativo asimismo en el sentido de que en los casos ordinarios (los del apartado 4 del artículo 16 de la Ley 53/1984) no se atiende al factor de incompatibilidad, sino a la cuantía del complemento específico en su conjunto, de modo que para que pueda otorgarse la compatibilidad resulta imprescindible que aquella cuantía no supere el 30% de la retribución básica, excluido lo percibido en concepto de antigüedad. (...)

Desde el momento en que las retribuciones básicas anuales del recurrente ascienden a 9.884,84 euros, y el complemento específico anual a 12.031,74 euros, el 30% de dichas retribuciones básicas se concreta en 2.965,52 euros (folio 91 del expediente administrativo: informe de la interventora), de modo que, aunque no constan los conceptos que retribuye aquel complemento específico, se supera aquel 30% y, por ello, no puede prosperar la pretensión articulada por el apelante».

regap



NOTAS

1.5 Entidad local menor. Carece de competencia para suprimir puesto de trabajo reservado a habilitado nacional

La Sentencia del TSJG de 4 de mayo de 2017 (ponente: Rivera Frade, Rec. 10/2017) confirma la anulación de un acuerdo de la junta vecinal de la Entidad Local Menor de Bembrive que dispuso la supresión del puesto de secretario-interventor tras la jubilación de su anterior titular. La sentencia, tras analizar en detalle lo dispuesto en la normativa aplicable, alcanza la siguiente conclusión:

«(...) El contenido de la normativa expuesta en el anterior fundamento de derecho pone de manifiesto el protagonismo que se debe reconocer a las comunidades autónomas cuando se trata de regular el régimen jurídico de las entidades locales de ámbito inferior al municipio, y ese protagonismo se traduce en la competencia de la Administración autonómica para acordar la supresión de puestos de trabajo como el litigioso. No se trata de negar la potestad de autoorganización de estas administraciones públicas, pero sí de determinar su extensión, la cual no alcanza a la supresión de los puestos de trabajo reservados al personal funcionario con habilitación de carácter estatal. Si bien las entidades locales menores tienen competencia para aprobar la RPT (...), no la tienen en cambio para la supresión de puestos reservados al personal funcionario con habilitación de carácter estatal.

El artículo 6 del Decreto 49/2009, que cita la apelante en su recurso, limita la potestad de autoorganización cuando se trata del desempeño de funciones reservadas al personal funcionario con habilitación de carácter estatal, al establecer que el desempeño de estas funciones en una entidad de ámbito territorial inferior al municipio que goce de personalidad jurídica propia se efectuará en los términos que establezca el decreto de constitución de la misma aprobado por el Consello de la Xunta de Galicia y demás normativa en materia de régimen local aplicable .

Ninguna crítica merece la sentencia de instancia, pues aplica e interpreta correctamente la normativa de aplicación, que ampara las afirmaciones discutidas por la apelante, a saber, que las entidades locales menores ostentan una potestad de autoorganización limitada, y que la competencia respecto de la creación y supresión de puesto de secretario-interventor reside en la comunidad autónoma. Lo que el artículo 92 bis 4 de la LBRL establece (el Gobierno, mediante real decreto, regulará las especialidades de la creación, clasificación y supresión de puestos reservados a funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, así como las que puedan corresponder a su régimen disciplinario y de situaciones administrativas) es la competencia del Gobierno estatal para regular las especialidades. Pero no excluye ni descarta que sean las comunidades autónomas las que tengan competencia para la supresión de estos puestos, cuando ya se la atribuía otra ley básica, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, cuya disposición adicional segunda establecía en su apartado tercero que: “La creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal corresponde a cada comunidad autónoma, de acuerdo con los criterios básicos que se establezcan por ley”.

No puede aceptarse la tesis que defiende la apelante en su recurso cuando dice que la “supresión” que cita el apartado 6 del artículo 10 sólo puede entenderse como “supresión de la clasificación existente”, pues utilizando el mismo criterio hermenéutico “contexto en el que está inserto dicho apartado”, y acudiendo pues a las normas interpretativas del artículo 3 del

Código civil, podemos comprobar que el artículo 10 del Decreto 49/2009, que pertenece a la sección primera “Creación, supresión, clasificación y exención de puestos”, es el único que se refiere a todas estas modalidades, siendo el primer apartado el que sostiene que la creación conlleva la clasificación, con lo cual los conceptos “clasificación de puestos” y “supresión de puestos” no obedecen a ideas tan diferentes, como sostiene la apelante. Conforme al apartado primero del artículo 10 del Decreto 49/2009, los procedimientos de creación de puestos de trabajo reservados a funcionarios/as con habilitación de carácter estatal conllevan su clasificación, siendo el apartado sexto el que expresamente se refiere a la “supresión de puestos”, estableciendo que seguirá el procedimiento regulado en el citado artículo. Y es el apartado cuarto el que atribuye a la consellería competente en materia de régimen local la competencia para resolver la clasificación de estos puestos y, por tanto, su supresión».

1.6 Impugnación por un concejal del acuerdo de adjudicación del contrato de servicio de ayuda en el hogar. Cómputo del plazo para recurrir. Órgano competente para adjudicar el contrato

En la Sentencia del TSJG de 21 de septiembre de 2016 (ponente: Santiago Iglesias, Rec. 4049/2015), se clarifica en primer lugar el plazo del que dispone un concejal de la oposición para impugnar los acuerdos de la junta de gobierno local de un ayuntamiento de adjudicación de un contrato público. Concluye que dicho término se iniciará con la notificación formal del acuerdo al concejal recurrente, y no antes. Aclara también el criterio conforme al cual se debe calcular la cuantía del contrato a fin de determinar el órgano competente para la adjudicación, con exclusión del importe del precio correspondiente a la prórroga eventual de dicho contrato.

Regap



NOTAS

2 Educación y universidades

2.1 Determinación del periodo de vigencia de los libros de texto y demás materiales curriculares

La Sentencia del TS de 20 de abril de 2017 (secc. 4.ª, ponente: Excma. Sra. Picó Lorenzo, Rec. 1876/2015) confirmó la desestimación del recurso interpuesto por la Asociación Nacional de Editores de Libros y Material de Enseñanza contra la Orden de 29 de mayo de 2013 de la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria, que determinó el periodo de vigencia de los libros de texto y demás materiales curriculares (DOG 30/05/2013), con la siguiente motivación:

«(...) Para examinar el primer motivo, hemos de partir de que existe una notoria diferencia en lo que atañe a los libros de texto entre la derogada Ley orgánica de calidad de la educación, LOCE 10/2002, de 23 de diciembre, y la Ley posterior orgánica de educación, LOE, 2/2006, de 3 de mayo, modificada por la Ley orgánica para la mejora de la calidad educativa, 8/2013, de 9 de diciembre. Mientras la LOCE establecía con carácter general, apartado cuarto de la disposición adicional tercera, que los libros de texto no podrán ser sustituidos por otros durante un período mínimo de cuatro años, la LOE, disposición adicional cuarta, tanto en su redacción original como en la actualmente vigente, guarda silencio al respecto. Y de la disposición final quinta de la LOMCE se colige que la disposición adicional cuarta ostenta el

carácter de básico sin que hubiera entrado dicha norma en la regulación de la vigencia de los libros de texto. No hay duda, pues, de que, al no reputarlo básico el legislador estatal, puede regular tal aspecto la comunidad autónoma, como aquí hizo la Xunta de Galicia y pone de manifiesto que están realizando otras comunidades autónomas.

Por tal razón, el criterio interpretativo de la sala de instancia resulta ajustado a derecho. Al carecer la ley orgánica vigente en materia educativa de regulación expresa sobre la materia, no existe óbice alguno a la pervivencia del Decreto 89/1993, de 19 de abril, en que se ampara la orden impugnada.

Es certera la afirmación de la sala de instancia acerca de la subsistencia de las normas reglamentarias que no contradigan la nueva ley. Como bien dice la parte recurrida, una cosa es que en el actual marco educativo no exista autorización administrativa de los libros (contenido) y otra bien distinta que pueda fijarse una duración mínima de vigencia de los libros de texto en aras a permitir el uso por distintos miembros de la familia y transmitir al alumnado la cultura general del uso racional y sostenible de los recursos (preámbulo de la orden impugnada). Tal regulación no está vedada por la ley orgánica en materia educativa actualmente vigente, por lo que no se produce infracción alguna del principio de jerarquía normativa. (...).

Al considerar que no hay restricción de la competencia, no se hace precisa una regulación por norma legal, siendo suficiente el reglamento.

Y no resulta comparable en lo que atañe al plazo con el derogado artículo 21 de la Ley 7/2010 (compraventa de derechos exclusivos de las competiciones futbolísticas españolas regulares) por mor del RD Ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional».

2.2 Plan de financiación del sistema universitario de Galicia

La Sentencia del TSJG de 12 de abril de 2017 (ponente: Díaz Casales, Rec. 359/2014) estimó en parte el recurso interpuesto por la Universidad de A Coruña contra la desestimación presunta del requerimiento formulado a la Xunta de Galicia de cumplimiento del Plan de Financiación del Sistema Universitario de Galicia (2010-2015) con la transferencia a dicha universidad de determinada cantidad. La sentencia realiza un pormenorizado estudio del sistema de financiación de las universidades públicas gallegas, ahondando en el parámetro relativo a los "costes estructurales", con las siguientes consideraciones:

«(...) Las discrepancias fundamentales en la aplicación del plan se limitan a (...) determinar los posibles efectos amplificadores que en la aplicación de los nuevos criterios de reparto variable, que habrían de aplicarse progresivamente, tiene operar sobre los porcentajes ya aplicados los años anteriores que ya contemplaban un porcentaje en función de los mismos criterios variables. (...) Del contenido del acuerdo suscrito resulta que el criterio de reparto histórico se mantendría en el año 2011 y para los restantes se preveía una aplicación progresiva de nuevos criterios que, aprobados en la reunión de diciembre de 2011, habían de suponer un 5% adicional cada año hasta alcanzar el 20% en 2015, con arreglo a la siguiente tabla: (...). Una vez detectado que la Xunta de Galicia a la hora de determinar las cantidades que

correspondían a cada universidad aplicaba el mismo porcentaje que le había atribuido el año anterior (...), hemos de concluir que se excedieron los porcentajes a los que los mismos resultaban aplicables, con arreglo a la siguiente tabla elaborada por el perito y que optamos por copiar al ser una cuestión puramente contable: Histórico %Variable %Variable Real // 2012 95% 5% 5% // 2013 90% 10% 14,5% // 2014 85% 15% 27,33% // 2015 80% 20% 41,86%. De este modo quedó acreditado que se produjo un efecto de amplificación, como le llama el perito, a la aplicación de los criterios variables que exceden de lo previsto en el plan, por lo que este aspecto del recurso sí merece ser estimado. Pero además hay otro aspecto adicional de esta operativa seguida por la consellería que tampoco se le escapa al perito y que incide sobre esta cuestión, cual es que tanto el plan como la adenda al mismo con idéntica redacción ordenan deducir de la partida los gastos derivados de los sexenios y los complementos (...). Por lo que entiende que aquellas universidades que obtuvieran por este concepto mayor financiación también obtendrían una mayor participación en la financiación fija por este concepto, por lo que está claro que estas cantidades deben ser excluidas del criterio de reparto. Por lo que este aspecto del recurso sí ha de ser estimado al resultar acreditado que la actuación de la Administración contravino los términos del acuerdo de financiación. Pero esta estimación no puede comportar la estimación del recurso, cuando las cantidades solicitadas en la demanda vienen determinadas en función de un porcentaje fijo cuya determinación no compartimos y en todo caso exigen unos nuevos cálculos, mediante la detracción a la partida de la parte correspondiente al abono de sexenios y complementos, después de aplicar los porcentajes para determinar la cantidad de la misma que habría de repartirse con arreglo a los "criterios históricos" que habrán de determinarse en función de las variables utilizadas en 2011 y el 5%, 10%, 15% y 20% a distribuir en función de los criterios variables en los años 2012, 2013, 2014 y 2015 respectivamente, lo que sin duda debe dar lugar a la regularización de las cantidades percibidas por las 3 universidades gallegas».

regap



NOTAS

2.3 Valoración de tramos de investigación (sexenios)

El TSJG, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2016 (ponente: Seoane Pesqueira, Rec. 67/2016) analizó el sistema de valoración de tramos de investigación (sexenios) de los profesores universitarios realizada por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI). Concluyó, en primer lugar, que:

«(...) no cabe acoger la petición principal contenida en el suplico de la demanda, en el que se interesa que los dos o uno de los tramos de investigación (sexenios) solicitados y sometidos a evaluación sean valorados y reconocidos positivamente, porque ello entrañaría revisar la calidad y aptitud de los trabajos o aportaciones del recurrente, y, por consiguiente, abrir la posibilidad de corregir o alterar la apreciación realizada por la Comisión Nacional Evaluadora en lo relativo a su estimación técnico-científica, extralimitando el control jurídico que a este tribunal corresponde. Si, con arreglo a dicha moderna jurisprudencia, el control de los órganos jurisdiccionales es de carácter jurídico respecto del acomodo de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, y no técnico científico, no es posible la sustitución de la valoración técnica verificada por el órgano administrativo. Además, tal reemplazo evaluativo no es fiscalización, sino que va más allá, incidiendo en la prohibición contenida en el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto proscribía que los órganos jurisdiccionales determinen el contenido discrecional de los actos anulados».

En segundo lugar, que: «(...) En congruencia con tal exigencia de motivación, esta sala y sección ha incidido en la necesidad de que la Administración ofrezca la debida respuesta a los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada interpuesto contra la decisión inicial de la CNEAI, adecuándose estos argumentos a los criterios específicos de la correspondiente resolución de la CNEAI, pues la propia jurisprudencia ha exigido esa respuesta explícita para cumplir adecuadamente el requisito de la motivación (artículo 54 de la Ley 30/1992), a fin de que quien postula el reconocimiento del sexenio pueda conocer las razones por las que se puntúan negativamente determinadas aportaciones, e incluso, habría que añadir ahora, es necesario justificar la puntuación respecto a las aportaciones valoradas positivamente, por la incidencia que puede tener en la media final, tal como ha razonado la STS de 3/7/2015. Es decir, el hecho de que sea bastante que el comité asesor correspondiente exprese su juicio técnico en términos numéricos de cero a diez, siendo preciso un mínimo de seis puntos para obtener una evaluación positiva, tal como impone el artículo 8.2 de la Orden de 2 de diciembre de 1994, no excusa de exponer los motivos por los que se otorga una determinada puntuación inferior a 6 puntos (o incluso superior) si se plantea un recurso de alzada frente al acuerdo inicial de la CNEAI, que se apoya en el informe del comité asesor, en cuyo recurso se esgriman argumentos concretos por los que una determinada aportación pudiera ser evaluada positivamente, sobre todo si esos argumentos están basados en los criterios específicos que se han hecho públicos a través de la resolución de la propia CNEAI. Entenderlo de otro modo sería tanto como reconocer una zona inmune de poder, y propiciar que la discrecionalidad, por muy técnica que sea, pueda incidir en la arbitrariedad derivada de la falta de explicación de lo realizado, lo cual se compadece mal con las exigencias de un Estado de derecho y con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución. (...) Nada impide que aquellos criterios específicos sean interpretados por el comité asesor y por la CNEAI de una manera distinta de la expuesta por el actor en su solicitud, pero es preciso que se exteriorice ese diferente modo de entendimiento para que, a la vez que se aporta aquella contestación a los argumentos del recurrente, pueda llevarse a cabo la fiscalización judicial a que obliga el recurso contencioso-administrativo planteado».

Y, en tercer y último lugar, que: «Tal como se advierte en el preámbulo de dicha resolución de 26 de noviembre de 2014 de la CNEAI, en ella se recogen unos criterios que constituyen extremos reglados a los que cada comité asesor ha de acomodarse, de modo que si se detecta un apartamiento de esos parámetros la fundamentación no puede darse por válida».

2.4 Puntuación de tesis doctoral con “sobresaliente *cum laude*”. Requiere votación unánime y secreta en día diferente al de la defensa de la tesis

La Sentencia del TSJG de 22 de diciembre de 2016 (ponente: López González, Rec. 308/2016) confirmó en apelación la anulación de la puntuación de “sobresaliente” (sin laude) otorgada por la Universidad de A Coruña a una tesis doctoral, ordenando la retroacción de actuaciones, por no haberse producido la votación de la mención honorífica por los miembros del tribunal de manera secreta y en día distinto del de la defensa de la tesis. Incide así el TSJG en que:

«(...) El Real decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan los estudios oficiales de doctorado, según la redacción introducida por el Real decreto 534/2013, de 12 de julio, establece en su artículo 14.7, en materia de defensa, evaluación y calificación de la tesis

doctoral, que “el tribunal emitirá un informe y la calificación global concedida a la tesis de acuerdo con la siguiente escala: No apto, aprobado, notable y sobresaliente. El tribunal podrá otorgar la mención de cum laude si la calificación global es de sobresaliente y se emite en tal sentido el voto secreto positivo por unanimidad. La universidad habilitará los mecanismos precisos para la materialización de la concesión final de dicha mención garantizando que el escrutinio de los votos para dicha concesión se realice en sesión diferente de la correspondiente a la de defensa de la tesis doctoral”. Tres son, por tanto, en este supuesto, las exigencias normativamente previstas: una, que el escrutinio se efectúe en sesión distinta de la que corresponde a la defensa de la tesis; otra, que el voto sea secreto como garantía de su anonimato y, por último, que ese voto secreto positivo se alcance por unanimidad. (...).

En el caso enjuiciado, es evidente que se incumplió la normativa antedicha. Sea por filtración indebida de uno o más miembros del tribunal, sea por otras causas, lo cierto es que se comunicó públicamente al demandante la concesión de la mención de cum laude con anterioridad a haberse efectuado el escrutinio de los votos emitidos para su otorgamiento. Tal circunstancia claramente implica una vulneración de las garantías y formalidades que deben regir el procedimiento calificador que nos ocupa y suscita dudas acerca de la pureza del proceso hasta el punto de invalidar la declaración de voluntad manifestada por el tribunal evaluador. No olvidemos que uno de sus integrantes expresó haber incurrido en equivocación al emitir su voto negativo cuando su voluntad era votar positivamente. Dicho aserto escasa credibilidad reviste para esta sala, toda vez que resulta difícil de creer que pueda tener lugar en la realidad semejante error de bulto, llevándonos a pensar, por el contrario, que la subsanación que dicho vocal pretendía respondía más a presiones o intereses ajenos a la excelencia que debe reunir el mundo docente universitario. Si sólo concurriera esta circunstancia, es obvio que la demanda en modo alguno podría prosperar. Pero lo que sucede en el presente caso es bien distinto; se han incumplido todas las formalidades garantistas que la norma prevé; no se realizó el escrutinio de los votos en sesión diferente a la de defensa de la tesis; se participó al doctorando la calificación de sobresaliente cum laude con anterioridad al referido escrutinio y concurren importantes dudas en orden al secreto en la emisión posterior de dichos votos que, escrutados, no alcanzaron la positiva unanimidad requerida».

Regap



NOTAS

3 Expropiación forzosa

3.1 Expropiación por tasación conjunta. Las discrepancias sobre valoraciones deben plantearse siempre ante el jurado de expropiación con carácter previo a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa

La Sentencia del TSJG (Secc. 3.^a) de 22 de febrero de 2017 (ponente: Cibeira Yebra-Pimentel, Rec. 7025/2016) sintetiza los requisitos y la naturaleza del procedimiento expropiatorio por tasación conjunta. Insiste en que las discrepancias del expropiado sobre la valoración de los bienes deben encauzarse por la vía establecida para la remisión del expediente al jurado de expropiación. Si se aquieta en esa fase no puedo luego cuestionar las valoraciones al impugnar directamente la resolución de aprobación definitiva del proyecto ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Incide así el tribunal en que:

«no cabe la desviada alternativa de oponerse directamente a los criterios de valoración incorporados a la resolución aprobatoria del expediente, en cuanto que estos no pueden ser objeto de este recurso directo, sin pasar primero de manera necesaria por el filtro valorativo previo del jurado de expropiación para agotar la vía administrativa definitiva de la misma. (...) las valoraciones han de impugnarse exclusivamente mediante los pasos de procedimiento previstos por el artículo 143 de la LOUGA, que vincula a todas las partes interesadas y las obliga a oponerse al final en ese corto espacio de veinte días mediante el empleo de todos y cada uno de los argumentos en que fundamenten la petición de un justiprecio superior –incluidos los relativos a cualquier divergencia con los criterios valorativos expuestos en el documento inicial al que se refiere el artículo 143.1 ya dicho– so pena de presumirse legalmente y de manera irrevocable que aceptan la valoración que figura en el acto aprobatorio del expediente, en cuyo caso ya no es necesario el envío del expediente al jurado, al que sólo se llega en caso de desacuerdo con la valoración cuestionado el justiprecio y que el organismo adecuado para pronunciarse, con el conocimiento tan preciso y técnico de un organismo público tasador como él, decida sobre todas las cuestiones de la categoría del suelo, el valor de repercusión, la edificabilidad, etc., que fue a lo que debió acudir la actora después de haber mostrado su desacuerdo con el justiprecio que se le ofrecía».

4. Medio ambiente y urbanismo

4.1 Plan general de ordenación municipal. Nulidad por falta de justificación jurídica de suficiencia de recursos hídricos para el incremento de población

El TS, en sus sentencias de 17 de febrero de 2017, 12 de diciembre de 2016 y 15 de julio de 2015 (casación 1125/2016, 3137/2015 y 3492/2013), declaró la nulidad, respectivamente, de los planes generales de ordenación municipal de Verín, Monterrei y Rábade, porque durante su tramitación no se justificó, jurídicamente, la disponibilidad efectiva de recursos hídricos suficientes para atender a los incrementos de población e industrias proyectados en dichos planes. El alto tribunal consideró lo siguiente en la sentencia anulatoria del Plan General de Verín:

«(...) En el supuesto de autos, la sentencia hace referencia a un informe desfavorable de la Confederación Hidrográfica, de fecha 11 de marzo de 2011, pero, con posterioridad, la misma confederación, en fecha de 29 de septiembre de 2011, manifiesta que “no tiene inconveniente en la aprobación del presente instrumento de planeamiento en lo que respecta a la disponibilidad de recursos hídricos”, al que se añade otro posterior informe, de 11 de abril de 2012, en el que, tras hacer referencia al inicial de 11 de marzo de 2011, se señala que en el mismo se dio respuesta a las alegaciones presentadas “estimándose las mismas en lo relativo a la disponibilidad de recursos hídricos”, concluyendo que se informa favorablemente.

Pues bien, el recurso debe ser acogido por vulnerar la sentencia de instancia el citado artículo 25.4 del TRLA, en relación con el 15.3 del TRLS08, y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que lo ha interpretado (...).

El artículo 25.4 de la Ley de aguas establece que “el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer demandas”, lo cual plantea si sólo ha de estarse a la suficiencia de recursos

hídricos o, por el contrario, también se engloba en el concepto la disponibilidad sobre los mismos. La cuestión es de gran relevancia práctica, puesto que muchas de las controversias se presentan en momentos donde se están tramitando expedientes de concesión de aguas en ámbitos donde en principio hay recursos hídricos suficientes, pero de los que se carece del correspondiente título concesional. En una primera aproximación, la acotación temporal de los conceptos suficiencia y disponibilidad se refieren al momento de aprobación del acto o plan, de tal manera que tales conceptos no pueden ser integrados por recursos hídricos no existentes en dicho momento, aunque estén proyectados o previstos para un futuro más o menos próximo. En este punto, también es muy frecuente la alegación de actuaciones proyectadas para satisfacer necesidades hídricas en un futuro, mas tales actuaciones a futuro no integran el concepto de suficiencia al que se refiere el artículo 25,4 de la Ley de aguas, dado que este requisito ha de darse en el momento en que se aprueba el plan (...).

De lo anterior se infiere, con relación al supuesto de autos analizado, la ausencia de disponibilidad de agua por medio de las correspondientes concesiones, que, como bien se expresa en la sentencia impugnada, se encuentran en tramitación. Esto es, en el supuesto de autos fue emitido el preceptivo y vinculante informe por la Confederación Hidrográfica competente, pero de su contenido –en ello no acierta la sala de instancia– no se deduce la existencia y disponibilidad de recursos hídricos en la forma en la que la jurisprudencia los ha venido exigiendo de conformidad con la interpretación que se realiza del artículo 25.4 del TRLA. Es posible la existencia de agua para el municipio, e, incluso, su disponibilidad material, pero, desde la perspectiva urbanística que nos ocupa –y en un obligado marco de legalidad– no se ha acreditado, ni en el informe, ni con cualquier otro medio de prueba, la disponibilidad jurídica de la misma, ya que en el momento de la aprobación del planeamiento no existía plena suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos para el abastecimiento de agua al municipio».

Regap



NOTAS

4.2 Aprobación definitiva del plan general de ordenación municipal condicionada a determinadas rectificaciones que corregirá directamente el ayuntamiento sin nuevo acuerdo aprobatorio de la Xunta de Galicia

El TSJG, en sus sentencias de 20 de abril de 2017 (ponente: Recio González, Rec. 4686/2013) y 28 de julio de 2016 (ponente: Arrojo Martínez, Rec. 4579/2013), analiza las respectivas resoluciones de la Xunta de Galicia de aprobación definitiva de los planes generales de A Estrada y A Coruña condicionada al cumplimiento *a posteriori* por dichos ayuntamientos de determinados requisitos sin necesidad de nueva aprobación por la Administración autonómica. Acepta tal posibilidad, con las siguientes consideraciones:

«(...) La interpretación conjunta de los apartados a) y b) del artículo 85.7 de la Ley 9/2002 –redacción introducida por la Ley 2/2010, de 25 de marzo– parece revelar el reconocimiento normativo de un cierto grado de condicionamiento en relación con la aprobación definitiva, si se tiene en cuenta que el último inciso de dicho apartado b) no tendría pleno sentido si se relaciona exclusivamente con el resto de tal apartado b) y no con el apartado a), en el que se contempla el otorgamiento de la aprobación definitiva. Ahora bien, aunque se considere que el artículo 85.7 de la Ley 9/2002 –redacción introducida por la Ley 2/2010, de 25 de marzo– no recoge expresamente la opción de la aprobación definitiva condicionada, cabe entender que la introducción en la impugnada Orden de 25 de febrero de 2013, de un

entendido condicionamiento, no determina inequívocamente la anulación de tal orden si se constata que la introducción de modificaciones contenidas en el apartado II de la propia orden supone en realidad la plasmación documental de lo ya decidido en la aprobación definitiva y no una indebida innovación municipal con rechazable preterición de la obligada intervención y decisión de la Administración autonómica. (...) Las comentadas correcciones o subsanaciones presentan debida correspondencia con el criterio plasmado en la orden de aprobación definitiva y en conexión con ello con la pertinente consideración de la respectiva normativa de aplicación, sin que por la parte actora haya sido desvirtuada tal correspondencia entre texto refundido y lo exigido en dicha orden, de lo que, por un lado, resulta que en realidad las determinaciones procedentes venían ya suficientemente perfiladas en la propia orden de aprobación y, por otro, que la no desvirtuada correspondencia excluye el temor de que se haya producido una indebida omisión en el ejercicio competencial normativamente atribuido a la Administración autonómica, de lo que, por tanto, deriva la inexistencia de base para la estimación del presente recurso contencioso-administrativo, conclusiones las mencionadas que también se alcanzan en cuanto a los demás extremos incluidos en el apartado II de la orden, no objeto de especial o singularizada mención en la demanda, y respecto de los cuales tampoco se desvirtúa su debida correspondencia con el criterio de la orden recurrida».

4.3 Plan especial de protección y reforma interior. Protección integral de un edificio con obligación de conservar el cine de la planta baja. Derecho indemnizatorio de los propietarios

La Sentencia del TSJG de 16 de febrero de 2017 (ponente: Recio González, Rec. 4081/2015) estimó en parte el recurso interpuesto contra la catalogación de un edificio en el Cantón Grande de A Coruña con nivel de protección II (singular valor arquitectónico integral) establecida en la revisión del Plan Especial de Protección y Reforma Interior de la Ciudad Vieja y Pescadería de A Coruña aprobado en enero de 2015, con obligación de conservación del cine preexistente en la planta baja y prohibición de edificación bajo rasante. El tribunal confirmó la validez de la protección del edificio, al considerar que:

«(...) lo que se pretende es evitar la desaparición de este elemento en atención a su interés arquitectónico, histórico y antropológico, que en relación con el Cine Avenida se traduce en que los valores espaciales y funcionales del volumen posterior y con frente a la rúa da Estrela exigen una serie de medidas correctoras y protectoras, y se parte de la viabilidad de los usos o incluso la adaptación a otros nuevos, y de permitir su conservación y evitar su desaparición. Además, la valoración procede de su singularidad porque prácticamente todos los salones de cine han desaparecido de la ciudad, por lo que su conservación es más excepcional. Se entiende además que es un elemento esencial para la comprensión del valor del edificio, aunque carezca de elementos ornamentales de interés, y por ello se entendió que las condiciones de protección en la ficha del texto finalmente remitido no garantizaban las medidas necesarias para la conservación de los valores culturales. Es un cine con elementos singulares, el edificio más antiguo de la manzana, responde a una de las últimas obras de un autor reconocido, contiene los elementos reconocibles de su momento histórico y presenta una tipología excepcional, prácticamente única en Galicia, en que se fusionan el uso residencial y el de sala de cine, de forma que la singularidad deriva de que es poco común, es un cine de los primeros de su período, uno de los pocos que queda, y que representa una tipología poco repe-

tida. Estas razones arquitectónicas, históricas y etnológicas, tal y como aclara el autor del informe –subdirector general de Patrimonio Cultural–, son valores a que se refiere la Ley de patrimonio cultural de Galicia y, más allá de los artísticos, son valores espaciales funcionales y tipológicos que le dan singularidad».

Pero, por otra parte, les reconoció a los propietarios el derecho a percibir una indemnización por la restricción singular de aprovechamiento urbanístico que conlleva la protección del edificio:

«(...) Con respecto a la pretensión subsidiaria de la demanda, sobre las limitaciones singulares impuestas y su compensación; el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo (vigente hasta el 31 de octubre de 2015), dispone en su artículo 35, al regular los supuestos indemnizatorios, que “dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos: b) Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa”.

Justifica su petición la parte demandante en el hecho de ser el único edificio en las áreas urbanas renovadas con nivel de protección integral sin que se le permitan las plantas bajo rasante, de forma que es el único edificio imposibilitado de realizar obras de rehabilitación, reestructuración y ampliación, ni sótanos, por lo que se le restringe el aprovechamiento urbanístico sin prever una compensación.

(...) en el nivel de protección II, el PEPRI, para áreas urbanas renovadas, no prevé el uso bajo rasante, y la indemnización que solicita la parte demandante es por no poder construir sótanos, y ello ha de considerarse como una restricción del aprovechamiento urbanístico que las determinaciones del PEPRI suponen para el edificio de Cantón Grande, 7, con respecto al resto de los edificios de la zona de áreas urbanas renovadas, que ha de ser indemnizado conforme a las bases que se exponen en el suplico de la demanda:

1.ª Se delimitarán y cuantificarán en detalle las superficies construibles y sus posibles usos en función de las obras que resulten permitidas según el nivel de protección integral y según el nivel de protección estructural, especificándose la diferencia de superficies.

2.ª El importe indemnizatorio de las restricciones de aprovechamiento se calculará aplicando valores de mercado a la superficie construible que no puede llevarse a cabo debido a la protección integral, a cuyo resultado se añadirá el valor de la repercusión que sobre el valor de la que efectivamente pueda materializarse suponga la privación de lo que sería factible en caso de que la protección fuese estructural, especialmente la repercusión por la privación de garaje aparcamiento en la propia finca, así como por la configuración del local del antiguo cine. Y procede la condena solidaria a la Xunta de Galicia y al Ayuntamiento de A Coruña a indemnizar a la demandante en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia».

Regap



NOTAS

4.4 Impugnación de plan general por una asociación. Límites a la acción pública urbanística. Necesaria correspondencia de los fines estatutarios de la asociación con sus argumentos impugnatorios

La Sentencia de 2 de marzo de 2017 del TSJG (ponente: Arrojo Martínez, Rec. 4263/2012) desestimó varios de los argumentos impugnatorios principales del recurso interpuesto por una asociación cultural contra la resolución de mayo de 2011 de aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Municipal de Lugo, por falta de legitimación activa *ad causam*, toda vez que:

«(...) Desde la perspectiva de la legitimación que procede reconocer a la parte actora, es preciso significar que esta se trata de una asociación denominada "Asociación cultural na defensa do parque Rosalía de Castro e o seu entorno" y en cuyos estatutos se establecen como fines de la misma los siguientes: "a.- Defender o Parque Rosalía de Castro e o seu entorno das agresións urbanísticas e de todo tipo. b.- Defensa da panorámica que dende o parque se divisa. c.- Defensa do entorno paisaxístico. d.- Defensa dos acuíferos das Costas do Parque, etc. e.- Defensa da posible existencia de restos arqueolóxicos". Sin mayor dilación, cabe apuntar que resultan excluidas del ámbito de legitimación de la parte actora las pretensiones aparentemente dirigidas a la defensa de intereses particulares de terceros que sólo a estos últimos corresponde hacer valer, como ocurre con las impugnaciones referidas a la Ronda das Fontiñas y al polígono de actuación 1.3, distrito 1, Avda. da Coruña, en las que la parte actora interesa lo que considera como mejora de clasificación del suelo en beneficio de los respectivos particulares, solicitud inadmisibile al ser formulada por quien no está legitimado. Por otro lado, la legitimación de la parte actora incluye obviamente los aspectos que atañen a su objetivo y finalidad plasmados en sus estatutos, y, por lo tanto, las cuestiones que afectan a su correspondiente ámbito de interés conforme a tales estatutos, abarcando también la impugnación global del PXOM por motivos competenciales o procedimentales que pudieran determinar una anulación total del PXOM, ya que a través de esta última obtendría la recurrente el resultado pretendido de anulación de las previsiones del PXOM que atañen a los específicos intereses de aquella, pero lo que ya no es reconocible es la legitimación de la parte actora para la impugnación de aspectos concretos del PXOM que no afectan a tales específicos intereses, siendo el objetivo y la finalidad establecidos en los estatutos los que determinan el sentido y el significado de la existencia de la asociación, no siendo aceptable que mediante la simple referencia al término "principales" se mantenga una indefinición en un aspecto esencial en la constitución de una asociación, como es el relativo a los fines que precisamente justifican su existencia, de manera que no cabe entender incluido en el ámbito de la legitimación de la específica asociación recurrente el planteamiento de cuestiones relativas a determinados ámbitos físicos del término municipal de Lugo respecto de los que no se acredita su vinculación con los singularizados fines de la asociación recogidos en el artículo 5º.1 de sus estatutos, por lo que no puede entrarse en el examen de fondo de los extremos concretos planteados por la demandante en cuanto a terrenos excluidos del PERI VI Ronda del Carmen, al Seminario UA CS-3 y a fincas en la zona de San Lázaro. También es rechazable la legitimación de la actora para una pretendida impugnación global del PXOM por motivos sustantivos que incidan en ámbitos concretos o aspectos respecto de los cuales no se indica su conexión con los referidos fines de la asociación demandante ni la afectación que para dichos fines pudiera derivarse de tales aspectos sustantivos. Ahora bien, entendiendo que la actora está legitimada en cuanto a diversos aspectos concretos planteados y delimitada

así tal legitimación en relación con el examen de cuestiones sustantivas invocadas, es de apuntar lo que a continuación se desarrolla en los siguientes fundamentos de derecho (...).

4.5 Infracciones en zona de servidumbre de protección de costas.

Plazo máximo de 15 años desde la fecha de terminación de la obra ilegal para poder incoar el expediente de demolición

El TSJG (S.^ª de lo Cont.-Ad., Secc. 2.^ª), en su Sentencia de 1 de diciembre de 2016 (Rec. 4458/2016, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera, pendiente de casación ante el Tribunal Supremo, Rec. 953/2017), desestimó el recurso interpuesto contra la orden de demolición de una edificación residencial construida tiempo atrás en zona de servidumbre de protección de costas en el término municipal de Boiro. Interpreta lo dispuesto en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, sobre el plazo de caducidad de la potestad administrativa para ordenar la demolición de las obras ilegales en dicha zona de servidumbre tras la reforma operada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, con la siguiente conclusión:

«(...) la Ley 2/2013 también modificó el artículo 95 de la Ley de costas y estableció un plazo de 15 años para la prescripción de la obligación, impuesta en resolución administrativa, de restituir y reponer las cosas a su estado anterior e indemnizar los daños irreparables y perjuicios causados, y sería ilógico que pese a existir una resolución se produjese la prescripción y no se produjese, en cambio, en el caso de no existir procedimiento administrativo. (...) Equiparar prescripción de la infracción y prescripción de la obligación de reposición de la legalidad tropezaría con el obstáculo de la diferencia de plazos de prescripción según la gravedad de la infracción, diferencia que es irrelevante para la reposición de la legalidad; y además los plazos para ejercitar la facultad de reposición de la legalidad suelen ser más amplios, al no ser una actuación sancionadora, que los establecidos para la facultad de sancionar, y así lo muestran otras normativas en materia de protección del dominio público, como la Ley de aguas. Y la modificación simultánea por la Ley 2/2013 de los artículos 92 y 95 de la Ley de costas en lo que se refiere a la reposición de la legalidad pone de manifiesto el propósito del legislador de establecer para el ejercicio de esa facultad por la Administración un plazo de prescripción de 15 años, no transcurrido en el presente caso».

4.6 Plan especial y plan de usos del puerto. Omisión de evaluación ambiental estratégica. No se subsana con la posterior evaluación de impacto ambiental de las obras previstas en el plan

El TS, en su Sentencia de 18 de octubre de 2016 (ponente: Espín Templado, casación 227/2014) confirmó la de la Audiencia Nacional (S.^ª de lo Cont.-Ad.) anulatoria de la Orden FOM/1597/2010, de 4 de junio, aprobatoria de una modificación del Plan de utilización de los espacios portuarios del puerto de Marín y ría de Pontevedra para legalizar la ampliación sustancial de dicho puerto realizada mediante rellenos sobre el mar, al haberse omitido la preceptiva evaluación ambiental estratégica. Incide el tribunal en lo siguiente:

«(...) la sentencia recurrida, tras un examen del procedimiento seguido para determinar si la modificación del plan de usos de espacios portuarios tenía efectos significativos sobre el medio ambiente, considera que no se cumplió la tramitación estipulada en el citado artículo

Regap



NOTAS

17 de la Ley 9/2006. Pero además, y sobre todo, examina directamente el contenido de la modificación del plan objeto de la litis y, con criterio que esta sala de casación comparte, llega a la conclusión de que la modificación efectivamente tiene tales efectos significativos sobre el medio ambiente (fundamento de derecho octavo). Por lo demás, dicha conclusión ya había sido declarada por esta sala en la citada Sentencia de 30 de octubre de 2009 (RC 3371/2005), en la que, como se ha indicado ya, tras casar la sentencia de instancia, se anuló el Plan especial del puerto de Marín por amparar –más allá de su propio alcance legal– algunas actuaciones contempladas en el plan de utilización de espacios aquí controvertido –en especial la construcción de un muelle con relleno de zona marina– sin evaluación de impacto ambiental. De todo lo anterior se deriva la desestimación del primer motivo, puesto que constatamos que, tal como afirma la sala de instancia, resultaba necesario someter la modificación del plan de usos de los espacios portuarios a evaluación ambiental, lo que no se hizo tras una deficiente tramitación del procedimiento de decisión. (...).

En el segundo motivo el abogado del Estado sostiene que todas las actuaciones recogidas o examinadas en el plan objeto de este procedimiento han sido objeto de evaluación ambiental, por lo que la falta de evaluación del plan resultaría irrelevante. Dicha tesis resulta inaceptable, pues supondría admitir la no preceptividad de la obligación de evaluación ambiental de planes y programas, en realidad de la Ley 9/2006. Como es evidente, la obligación de someter a evaluación ambiental tales planes y programas tiene precisamente el objetivo de hacer una previsión ambiental sistemática a más largo plazo, evitando el riesgo de que una evaluación específica de actuaciones concretas en un determinado ámbito territorial no permita ver el efecto acumulativo de las mismas y su incidencia ambiental conjunta. La evaluación ambiental de planes y programas, contemplada en diversos instrumentos internacionales mencionados en la exposición de motivos de la Ley 9/2006, y la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, justifican la aprobación de la citada Ley 9/2006 (trasposición de la citada directiva), cuya eficacia quedaría invalidada en gran medida si se admitiese que la falta de realización de una evaluación legalmente preceptiva de un plan o programa quedase subsanada por la evaluación posterior de las concretas actuaciones contempladas en dicho plan o programa. En conclusión y como es evidente, la evaluación ambiental posterior de las actuaciones contempladas en la modificación del plan de usos de espacios portuarios no afecta a que la aprobación del mismo incumpliendo las previsiones legales resulte contraria a derecho, con las consecuencias y efectos que procedan en derecho en cada supuesto».

5 Personal

5.1 Oposiciones al cuerpo superior de la Administración de la Xunta de Galicia (A1). Obligación del tribunal calificador de motivar pormenorizadamente su puntuación en caso de ser cuestionada

El TSJG, en su Sentencia de 26 de septiembre de 2016 (ponente: Chaves García, Rec. 656/2011), supervisó y anuló en parte el proceso selectivo para ingreso en el cuerpo superior de la Administración de la Xunta de Galicia, subgrupo A1, turno libre, convocado por Orden

de 18 de julio de 2008. Incidió en la obligación del tribunal calificador de motivar detalladamente sus puntuaciones si uno de los candidatos presentados las cuestiona. Y concluyó que:

«(...) A) Las bases de la convocatoria vinculan a los tribunales calificadores, según notoria jurisprudencia y en armonía con el artículo 36 del entonces vigente Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia (...), así como del artículo 33, en cuanto dispone que las bases de las pruebas selectivas vinculan al órgano convocante y al tribunal.

B) El tribunal calificador está legalmente llamado desde su imparcialidad y especialización a valorar la segunda prueba, en su doble dimensión teórica y práctica, pero esta potestad está sujeta a una carga o condición inexcusable: la motivación de las calificaciones otorgadas. Y, si bien es lícita su publicación o mención en formato numérico, en caso de mediar reclamación de los aspirantes, el derecho de estos a una respuesta motivada se reactiva e intensifica y desplaza al tribunal calificador la doble carga: la de exponer las fuentes o criterios de la calificación que ha sido objeto de reclamación y la de vincularlos con explicaciones al ejercicio del reclamante para explicar el criterio de puntuación asignado.

C) De ahí que, si la demanda pone en cuestión que la fijación del número de aprobados en cifra idéntica al de plazas se ha debido a una maniobra intencional, correspondía al tribunal calificador ir mas allá del simple, vacío y ciego dígito de puntuación y ofrecer el acta detallada en cuanto a los criterios seguidos para que el corte de aprobados coincidiese con el de plazas convocadas. Y, en su defecto, dar respuesta explícita, razonable y razonada a la reclamación de la aspirante.

D) El resultado es sangrante. Tenemos, de un lado, una reclamante que se esfuerza en demostrar con alegatos y omisiones clamorosas del expediente una especie de conjura del tribunal calificador con burla de las bases de la convocatoria para desplazar al segundo ejercicio la funcionalidad selectiva, real y decisiva, mediante el cómodo artificio de declarar tantos aprobados en el último ejercicio como plazas convocadas. Y, de otro lado, una Administración que no ha acreditado en el expediente administrativo ni con informe complementario o prueba adicional alguna las razones para que fuesen quince los aprobados del segundo ejercicio en cifra coincidente con los convocados.

En esas condiciones, la sospecha vertida por la demandante se eleva en esta sede procesal a convicción probada, por el principio de facilidad probatoria en manos de la Administración y por el patente panorama indiciario de maquinación evidenciado por la demandante. De ahí que el tribunal calificador, bien por inercia, economía procedimental, ignorancia o error, optó por declarar tantos aprobados en el segundo ejercicio como plazas convocadas, y con ello hurtó tanto la posibilidad de los restantes aspirantes de aprobar el segundo ejercicio como su consiguiente derecho a que los finalmente aprobados resultasen de la valoración conjunta de ambas pruebas.

Además, se fijó un límite de aprobados que no estaba permitido, pues como ha afirmado la jurisprudencia si nada prevén las bases de la convocatoria no cabe que la comisión o tribunal fije números máximos de aprobados en cada ejercicio ni mucho menos de distribuir números máximos de aspirantes en función de cada uno de los tramos de notas establecidos por la guía a seguir (STS de 12 de diciembre de 2013, Rec. 6827/2010). O, más preciso y ajustado al caso que nos ocupa, tampoco es posible que, si el último ejercicio práctico de la oposición lo

regap



NOTAS

aprueban más aspirantes que plazas, el tribunal calificador atribuya mayor puntuación a éste, o carácter eliminatorio, si las bases no le atribuyeron valoración preferente: “Ello sentado, si tal posibilidad surge de modo inmediato de las bases, y si los dos ejercicios deben contar para superar el procedimiento selectivo, la única solución deducible de la aplicación de los principios de igualdad (artículo 23.2 CE) y mérito y capacidad (artículo 103.3 CE) debe ser la de sumar las puntuaciones de los dos ejercicios, con arreglo a las cuales se impone la íntegra estimación de la pretensión del recurrente”. (STS de 20 de noviembre de 2014, Rec. 50/2012).

(...) El segundo motivo impugnatorio consiste en la vulneración de los criterios de calificación de la convocatoria, pues a la vista de los ejercicios (prueba teórica y práctica) se deduce que el tribunal calificador se remite lacónicamente a la convocatoria y al temario, que los exámenes aparecen sin corregir, y tampoco constan soluciones homogéneas y objetivas, pues los criterios genéricos preestablecidos no fueron aplicados, como tampoco las puntuaciones de cada vocal, y además existían criterios genéricos susceptibles de aplicación arbitraria (lo que impide conocer el modo de aplicación de 3 de los 20 puntos posibles).

Nuevamente nos encontramos con que la valoración asignada a la segunda prueba es fruto más del voluntarismo que de la razón científica, pues el acta de lo actuado se limita a la atribución de la puntuación numérica; además el tribunal calificador predetermina unos criterios generales (fijados el 25/11/2010) pero no los vincula con las calificaciones ni los explica en relación con cada ejercicio (el de la demandante y los traídos de forma comparada); además, el hecho determinante de la ausencia de prueba de marca, indicación o explicación en los ejercicios valorados resulta elocuente indicio de que no fueron objeto de detenida valoración. En suma, nuevamente no existe explicación por el tribunal calificador de la valoración otorgada al segundo ejercicio. O sea, escenario similar al apreciado por el Supremo: “esa ausencia de motivación concurre en el actual caso, porque las actuaciones demuestran que las calificaciones del aquí polémico tercer ejercicio se emitieron sin explicar todo lo siguiente: (I) los criterios cualitativos que fueron establecidos o seguidos para valorar el acierto o desacierto de lo expuesto en tal ejercicio por el aquí recurrente; (II) la manera de cuantificar los niveles de acierto o desacierto; y (III) por qué el ejercicio del recurrente merecía el concreto nivel que exteriorizó la concreta puntuación aplicada”. (STS de 12 de marzo de 2014, Rec. 23/2013).

Es más, tampoco recibió respuesta cabal la reclamación de la demandante en vía administrativa, lo que trae serias consecuencias procesales: “es doctrina reiterada de esta sala que exige la motivación de las calificaciones, especialmente si, como ocurre en el presente caso, el recurrente ya puso de manifiesto la falta de motivación durante la tramitación del expediente administrativo, al impugnar la calificación provisional, lo que exigía del tribunal no sólo una mera declaración de la insuficiencia de interés científico, sino la motivación detallada y concreta de las circunstancias que lo llevaron a dicha conclusión. Su falta hace que deba estimarse que al no justificarse ni motivarse el alejamiento o contradicción con lo resuelto por la misma Administración en el proceso selectivo anterior, ha de prevalecer la valoración otorgada en éste, con las consecuencias de anular y casar la sentencia recurrida y sustituirla por otra en el sentido postulado por la recurrente”. (STS de 29 de mayo de 2015, Rec. 643/2014). Por lo expuesto, hemos de estimar este motivo impugnatorio, que conduce, como el anterior y bajo otra perspectiva impugnatoria, a declarar la invalidez de la resolución impugnada».

5.2 Restricciones a la provisión de puestos por el sistema de “libre designación”. Las direcciones de las áreas de gestión clínica del SERGAS deben proveerse por concurso

La Sentencia del TS de 22 de diciembre de 2016 (ponente: Picó Lorenzo, casación 1107/2015) confirmó la anulación del artículo 10 del Decreto 36/2014, de 20 de marzo, por el que se regulan las áreas de gestión clínica del Servicio Gallego de Salud, en cuanto establece la libre designación como forma de provisión de la dirección de dichas áreas. Incide el alto tribunal en que:

«(...) la jurisprudencia de esta sala considera que es preciso justificar expresamente los motivos por los que se opta por el sistema excepcional de libre designación frente al ordinario del concurso. En efecto, considera que no se ha acreditado la exigencia de esa especial responsabilidad, más allá de las funciones directivas que le atribuye la normativa reglamentaria, que justifiquen acudir al nombramiento excepcional de la libre designación, y esta valoración de la prueba, lejos de ser arbitraria e ilógica, único supuesto en que según la jurisprudencia permitiría su revisión en sede de casación, aparece como razonable y compatible con los principios de mérito y capacidad que, salvo las excepciones legalmente previstas, rigen también en la provisión de destinos entre quienes tienen capacidad acreditada para cubrir los correspondientes puestos, sin que el hecho de buscar una complicidad en las líneas rectoras de la Administración correspondiente sea motivo suficiente, pues el principio de jerarquía es suficiente garantía de tal correspondencia (...). Se insiste en que el sistema de libre designación se ha de utilizar, a título de excepción, en aquellos supuestos en que se justifique debidamente en consideración de la naturaleza de los puestos de trabajo de cuya provisión trate su necesidad».

Regap



NOTAS

6 Pesca y mar

6.1 Convocatoria y bases para el otorgamiento de ayudas a la paralización definitiva de los buques pesqueros

El TS, en su Sentencia de 23 de mayo de 2017 (Secc. 3.ª, ponente: Excmo. Sr. Arozamena Laso, casación 3424/2014), confirmó la desestimación del recurso interpuesto por la Administración general del Estado contra la Orden de 30 de junio de 2010, de la Consellería del Mar de la Xunta de Galicia, por la que se establecieron las bases reguladoras para la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de las ayudas a la paralización definitiva de los buques pesqueros, cofinanciadas con el Fondo Europeo de Pesca, y se convocaron para el ejercicio 2010, con el siguiente razonamiento:

«(...) En síntesis, considera [el abogado del Estado] que la orden recurrida incide en la transmisibilidad, restringiéndola, de los derechos pesqueros. La sentencia basa su fallo en el transcrito fundamento de derecho quinto, sorteando la restricción a la transmisibilidad de los derechos de pesca, porque la restricción se asume con carácter voluntario, y no es por consiguiente obligatoria. Sin embargo, a juicio de la Abogacía del Estado, la sentencia se equivoca, pues no es un problema el que sea o no obligatoria la restricción a la transmisión

de los derechos de pesca, ya que lo que se discute es la falta de competencia de la Junta para inmiscuirse en asuntos que son propios de la competencia estatal.

Pues bien, en lo que respecta a la invasión de las competencias del Estado, debemos tener en cuenta que, en primer lugar, es la Comunidad Autónoma de Galicia la que concede las ayudas, ostentando por ello la capacidad de establecer las condiciones que considere oportunas para su percepción. La actividad subvencional tiene en el presente caso una clara vocación de fomento de condiciones beneficiosas para el interés general de la Comunidad, por lo que nada obsta a que establezca unos requisitos tendentes a alcanzar dicho interés. De otro lado, la petición de las ayudas, así como el cumplimiento de los requisitos para el acceso a las mismas, ostenta un carácter puramente voluntario, y tanto es así que la misma orden impugnada prevé la falta de cumplimiento por el interesado, que únicamente determinará la devolución de las ayudas. Asimismo, la petición de las ayudas no implica que, en el supuesto de transmisión de los derechos de pesca, el propietario del buque no deba cumplir los preceptos indicados, es decir, no se inaplican los preceptos cuya infracción se denuncia. El interesado ostenta plena libertad para transmitir sus derechos, y es claro que, en caso de que lo haga, habrá de someterse a la regulación sectorial.

En definitiva, como dijimos en la sentencia citada de 29 de octubre de 2015, la orden no impide a la Administración del Estado el ejercicio de sus competencias, cuyo ejercicio no puede privar a la Administración vasca –aquí gallega– del ejercicio de la suya, y se cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1992, de 6 de febrero, según la cual “todo margen para desarrollar en el sector subvencionado una política propia, orientada a la satisfacción de sus intereses peculiares, dentro de la orientación de programación y coordinación que el Estado disponga para el sector”, luego la obligación específica controvertida se enmarca dentro de este margen, y no compromete ni menoscaba la competencia exclusiva del Estado en materia de pesca marítima; la finalidad de estimular a los armadores de buques desguazados para que mantengan sus posibilidades de pesca en el puerto base enlaza con la competencia que se ejerce en la orden que se impugna, e, insistimos, no compromete el ejercicio de tal competencia exclusiva del Estado. Con la previsión impugnada, la Administración gallega “quiere que la paralización definitiva de buques no suponga la pérdida de actividad pesquera en los puertos de esa Comunidad, luego será a los armadores a los que afecta y constriñe esa obligación específica que se impugna, pues condiciona las ayudas y limita la transmisión de sus posibilidades de pesca como objeto de negocio”, como se apunta en aquella sentencia respecto a la orden del País Vasco».

6.2 Sanción a organización de productores de mejillón de Galicia por vulneración de las reglas de libre competencia

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Secc. 5.ª), en su Sentencia de 26 de junio de 2017 (ponente: Riego Valledor), confirmó la sanción de casi un millón de euros impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia a la Organización de Productores de Mejillón de Galicia por haber fijado las condiciones comerciales y el reparto del mercado para la venta del mejillón gallego, junto con otras 14 asociaciones, federaciones, cooperativas, agrupaciones y sociedades de productores de mejillón. El alto tribunal rechaza los argumentos de la recurrente sobre vulneración de los principios de culpabilidad y confianza

legítima, así como prescripción de la infracción y caducidad del expediente. Respecto de la normativa que rige la libre competencia, afirma lo siguiente:

«(...) El tercer motivo del recurso de casación alega que la sentencia impugnada ha infringido los artículos 5 y 15 del Reglamento 104/2000, en relación con el Reglamento 2318/2009, porque Pladimega se constituyó oficialmente en octubre de 2008 como una organización de productores, al igual que la entidad recurrente, y supone una infracción de los citados reglamentos considerar que la existencia de Pladimega haya supuesto una práctica restrictiva de la competencia, ya que una organización de productores que defienda la adecuación de la oferta a la demanda, en calidad y cantidad, y que además mejore la renta de los productores mediante la estabilización de los precios del mercado es el objetivo legalmente amparado de su constitución, debiendo examinarse las conductas enjuiciadas a la luz de la normativa aplicable a este tipo de organizaciones, habiendo incurrido la sentencia impugnada en un claro error, al aplicar indebidamente a la organización recurrente el artículo 14 del Reglamento 104/2000, cuando dicho precepto es aplicable a las organizaciones interprofesionales.

El motivo debe desestimarse, pues se basa en la consideración de que las conductas restrictivas que se han declarado probadas tienen amparo en el Reglamento 104/2009 del Consejo, de 17 de diciembre de 1999, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura, lo que no podemos compartir.

Sin perjuicio de que los fines previstos en los Estatutos de la Plataforma para la Distribución del Mejillón de Galicia (Pladimega) fueran los de defender la adecuación de la oferta a la demanda, en cantidad y calidad, y la mejoría de la renta de los productores mediante la estabilización de los precios del mercado, otra cosa son las conductas enjuiciadas en este proceso, que se alejaron notablemente de los fines estatutarios, pues, como ha declarado la resolución sancionadora y ha sido recogido en la sentencia impugnada con la condición de hechos probados, en el seno de Pladimega las principales organizaciones y asociaciones de productores de mejillón, que aglutinaban en torno al 80% de las bateas gallegas, fijaron precios de venta y acordaron el reparto de la producción, con intercambio de información detallada acerca de su producción y medidas de presión, como paralizaciones de suministro de mejillón a la industria, sin que la recurrente haya justificado la necesidad de dichas conductas para alcanzar los objetivos que autoriza el Reglamento 104/2009.

Debe señalarse al respecto que el Reglamento 104/2000 no declara al sector de los productos de la pesca y la acuicultura al margen o exento de la aplicación de las reglas sobre competencia de los artículos 101 y 102 del TFUE, y en este sentido el considerando 6 del reglamento indica que la aplicación de las normas comunes de comercialización que se prevén en el reglamento “debería tener por efecto eliminar del mercado los productos de calidad insuficiente y facilitar las relaciones comerciales basadas en una competencia leal”.

La sentencia impugnada efectúa una cita del artículo 14 del reglamento, en relación no únicamente con las organizaciones de productores, como alega la parte recurrente, sino de manera más general con “las organizaciones de este sector”, que deben entenderse en el sentido mencionado de que no pueden considerarse ajenas dichas organizaciones a las normas sobre competencia de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

regap



NOTAS

Así resulta con claridad del Reglamento (UE) 1379/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura, que derogó de forma expresa el Reglamento (CE) 104/2000, que en su considerando 24 recuerda que los acuerdos, decisiones y prácticas en la producción o comercialización de los productos de la pesca y la acuicultura están sujetos a las normas sobre competencia del artículo 101 del TFUE, en la medida en que su aplicación no impida el funcionamiento de la organización común de mercados ni comprometa el logro de los objetivos establecidos en el artículo 39 del Consejo, y en su capítulo V establece normas sobre competencia, que tienen como punto común en el artículo 40 la aplicación de las normas sobre competencia de los artículos 101 y 102 del TFUE a la producción y comercialización de los productos de la pesca y la acuicultura, con las excepciones que se establecen en el artículo 41, aplicables a las organizaciones de productores, que son similares a las definidas en el artículo 14 del Reglamento (CE) 14/2000, que exigen que se trate de acuerdos necesarios para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE, no impliquen la obligación de cobrar precios idénticos, no entrañen una compartimentación de mercados, no excluyan la competencia y no eliminen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión, habiendo señalado la sentencia impugnada que la actividad desarrollada por la recurrente consistió precisamente en algunas de estas actividades prohibidas por el artículo 101, que, como hemos indicado, no pueden considerarse exceptuadas ni por el Reglamento (CE) 104/2000 del Consejo, ni por el Reglamento (UE) 1379/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo».

6.3 Estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos. Competencias de la Administración del Estado sobre aguas interiores del litoral gallego

El TS, en su Sentencia de 26 de julio de 2016 (ponente: Fernández Valverde, casación 1623/2015), revocó la de instancia y desestimó el recurso interpuesto por la Xunta de Galicia contra la Resolución conjunta de la Secretaría General de Energía y de la Secretaría General del Mar, de 16 de abril de 2009, por la que se aprobó el estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos (BOE 08/05/2009). La sentencia recurrida había estimado en parte el recurso, anulando el estudio estratégico *“exclusivamente en todo lo especificado en el mismo que concierna, aun con carácter orientativo, a las aguas interiores del litoral gallego”*. Sin embargo, el Tribunal Supremo concluyó que no invadía las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma de Galicia, con las siguientes consideraciones:

«(...) la Xunta de Galicia desde una perspectiva competencial impugnó el Real decreto 1028/2007 a través del Conflicto Positivo de Competencias 9061/2007, que fue desestimado por la STC 3/2014, de 16 de enero, siguiendo la doctrina ya establecida en la anterior STC 8/2003, de 17 de enero, y las que le siguen (SSTC 87/2013, de 11 de abril, y 99/2013, de 23 de abril).

(...) Debemos analizar a continuación el estrictamente territorial anunciado, en cuanto lo aceptado por la sentencia de instancia es la ausencia de competencias del Estado en el ámbito de las aguas interiores de Galicia. Ello nos obliga a perfilar los dos conceptos en cuestión: el mar territorial y las aguas interiores. El artículo 132.2 de la Constitución (CE) dispone que

“son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”. Esto es, en el precepto constitucional no se mencionan las aguas interiores. En primer lugar, en el artículo 3 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas (LC) –en el que se han introducido algunas modificaciones por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas (LPLMLC), que no afectan al caso–, de conformidad con el precepto constitucional de precedente cita, se consideran “bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal” a (1) la ribera del mar y de las rías (que incluyen (a) la zona marítimo-terrestre y (b) las playas), (2) “el mar territorial y las aguas interiores con su lecho y subsuelo, definidos y regulados por su legislación específica”, así como (3) “los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, definidos y regulados por su legislación específica”. Esto es, es en el precepto legal en el que se contiene la referencia expresa a las aguas interiores. Desde la perspectiva, pues, de la normativa constitucional y legal en vigor –y dejando al margen ahora la normativa internacional, a la que luego haremos referencia–, hemos de comenzar analizando el citado artículo 3.º LC teniendo en cuenta que el legislador ordinario ha procedido, con evidente detalle, a perfilar y concretar los dos primeros bienes de dominio público que se mencionan en el precepto constitucional del que trae causa (132.2 CE), esto es, “la zona marítimo-terrestre, (y) las playas”. Así, la vigente LC define (1) en su apartado 1.a) la “zona marítimo-terrestre”, y en (2) su apartado 1.b) “las playas o zonas de depósito de materiales sueltos”, debiendo añadir nosotros que el conjunto de ambas (esto es, la zona marítimo-terrestre y la playa) constituyen la denominada “ribera del mar” (artículo 3.1 LC). No merece la pena la reproducción de tales conceptos –zona marítimo-terrestre y playa– por ser suficientemente conocidos, estar perfectamente delimitados en la vigente LC y no ser dichos espacios discutidos en el presente litigio. Sin embargo, por otra parte, el legislador, y a diferencia de lo anterior, en los apartados 2 y 3 del mismo artículo, no define a los otros dos integrantes del dominio público marítimo-terrestre; así (3), en el apartado 2 del citado artículo 3.º LC, y en relación con el “mar territorial (...) con su lecho y subsuelo” (tercero de los bienes de dominio público marítimo-terrestre), se remite, para su definición y regulación, a “su legislación específica”. Y algo similar lleva a cabo el mismo precepto (4), en su apartado 3, en relación con “los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”.

En consecuencia, desde una perspectiva sistemática del precepto, hemos de señalar que tanto el constituyente (132.2 CE) como el legislador (3 LC) se han querido referir, en todo momento, a cuatro bienes de dominio público marítimo-terrestre: La (1) zona marítimo-terrestre, la (2) playa, el (3) mar territorial y los (4) recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, procediendo a definir los dos primeros bienes de dominio público en la misma LC (por cuanto se trata de conceptos que se incluyen en el ámbito sectorial objeto de la misma ley), y remitiéndose a su legislación específica para definir los dos últimos, ya que los conceptos de mar territorial y de recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental son conceptos que exceden del propio ámbito de la legislación estatal sobre costas.

Por otra parte, igualmente nos interesa destacar que el legislador ordinario ha situado, como integrantes del dominio público marítimo-terrestre, junto al “mar territorial”, y, pese a su ausencia en el precepto constitucional, “las aguas interiores”, remitiéndose –al igual que para el “mar territorial”– a su “legislación específica” para su definición y regulación.

Regap



NOTAS

En consecuencia, no contamos en la vigente LC con una definición del “mar territorial” ni de “aguas interiores”, ni con un concepto de recursos naturales, ni, en fin, con los conceptos de zona económica y la plataforma continental, donde, en principio, y en el ámbito del medio marino, los recursos naturales se encontrarían».

7 Responsabilidad patrimonial

7.1 Por pérdida de aprovechamiento urbanístico del propietario de un solar como consecuencia del hallazgo de restos arqueológicos

En la STS de 28 de octubre de 2016 (ponente: Huerta Garicano, casación 2592/2015), se condenó a la Xunta de Galicia a abonar una indemnización al propietario de un solar por los perjuicios padecidos como consecuencia del descubrimiento de restos arqueológicos en su solar tras el otorgamiento de la licencia de edificación, perjuicios entre los que se incluye la pérdida de aprovechamiento urbanístico, gastos de proyectos, promoción inmobiliaria, etc. Considera el tribunal en esta sentencia que:

«(...) el contenido del derecho de propiedad, como derecho de configuración legal (delimitado, ex artículo 33 CE, por su “función social”), viene determinado por la ley. Tratándose, como aquí acaece, de la propiedad del suelo, y, en concreto, del derecho a edificar, este se materializa con la licencia urbanística, patrimonializándose en ese momento, con las consecuencias indemnizatorias que ello comporta. Antes del otorgamiento de licencia existe una mera expectativa, un simple derecho a solicitarla, pero cualquier cambio normativo o de otra naturaleza que impida su otorgamiento, y, por consiguiente, la materialización del aprovechamiento que hasta ese momento pueda ostentar el suelo, no da derecho a ningún tipo de indemnización. La licencia, sin embargo, incorpora al patrimonio de su titular el derecho a edificarlo en los términos en ella autorizados, dentro del plazo de caducidad con el que, en su caso, se otorga.

En este caso, la recurrente tenía las pertinentes licencias cuando se descubrieron los primeros vestigios arqueológicos con ocasión del movimiento de tierras en el solar contiguo, también de su propiedad; por ello la imposibilidad de ejecutar los proyectos, sin otra solución alternativa (...), comporta la privación de un derecho (el derecho a edificar los dos edificios autorizados por las licencias) que, aunque esté amparada en las normas de protección del patrimonio en beneficio del interés general, la ablación de ese derecho –precisamente porque redundaría en beneficio de la colectividad– no puede ser soportado exclusivamente por su titular, constituyendo una lesión antijurídica y, como tal, indemnizable porque el propietario del suelo no tiene el deber jurídico de soportar el daño que a él en concreto le produce esa protección en interés y beneficio de la colectividad. En este sentido nos hemos pronunciado; a título de ejemplo cabe recordar, además de las sentencias citadas como soporte de este recurso de casación, la Sentencia de 15 de diciembre de 2010 (casación 1336/09).

(...) Hay un dato esencial a tomar en consideración para la determinación de las indemnizaciones, y es que en ningún momento se iniciaron las obras de construcción y el reembolso de los gastos del proyecto de excavación que fue requerida para determinar la posible existencia de restos arqueológicos han sido objeto de otra reclamación. La recurrente reclama, en primer término, el valor del suelo tasado con arreglo al artículo 24 del TRLS 2008, por

el método residual estático, con los parámetros urbanísticos aplicados a los proyectos para los que se otorgaron las licencias y que, precisamente, como consecuencia de la necesidad de mantener in situ los hallazgos arqueológicos, impuesta por la resolución de 27 de junio de 2010, no sólo no pueden ejecutarse, sino que, según los informes técnicos de parte –no contradichos de contrario–, hace inviable cualquier otra alternativa de similares características. Pretensión que, desde luego, ha de rechazarse de plano, pues cuando se impuso tal limitación no se había efectuado ninguna edificación, sin que, por tanto, tuviera consolidado derecho alguno a lo “virtualmente” edificado, único supuesto en el que cabría una indemnización en tal sentido. Además, el hecho de que no puedan construirse los edificios proyectados u otros similares no quiere decir que el solar carezca de todo tipo de aprovechamiento urbanístico, manteniéndose la propiedad del suelo.

La indemnización sólo puede compensar la pérdida de aprovechamiento que se ha producido como consecuencia de la obligación de mantener in situ los hallazgos arqueológicos, circunstancia esencial que no consta y que ha de quedar deferida al trámite de ejecución de sentencia para que un arquitecto designado judicialmente proceda a su determinación, adoptándose una fórmula similar a la empleada en la precitada sentencia de 15 de diciembre de 2010 donde el montante del daño indemnizable –privación del aprovechamiento urbanístico patrimonializado– será el que resulte de restar al precio de adquisición de ambos solares el valor que dicho suelo hubiera tenido en el momento de la adquisición de contar con las limitaciones impuestas por la resolución de 28 de junio de 2010, cantidad que habrá de incrementarse con el interés legal desde la fecha en que se presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial. La segunda partida indemnizatoria que se postula viene referida al lucro cesante o beneficio previsto con la promoción y que cifra en 360.007 € para el solar denominado “FARO II” y de 935.382,37 € para el “FARO III”. Lo que pretende que se indemnice es una mera expectativa, un “sueño de ganancia” respecto de unos proyectos urbanísticos que no llegaron a iniciarse, algo que, desde luego, no puede acogerse. Cuestión distinta es el reembolso de los gastos de los dos proyectos, de las licencias y de publicidad de las promociones –sin que, al no haberse iniciado ningún tipo de obras, conste otro tipo de gastos en ese sentido–, únicos que, al devenir inútiles ante la imposibilidad de ejecutar los proyectos como consecuencia de la obligación de mantener in situ los hallazgos, son indemnizables y cuyo importe deberá ser determinado en el trámite de ejecución de sentencia conforme a lo que, en este sentido, haya quedado documentado en autos».

regap



NOTAS

7.2 Por accidentes de circulación originados en la irrupción de animales salvajes en las carreteras

En el año 2016 se produjeron 3.500 accidentes en las carreteras gallegas por colisiones de vehículos con jabalíes. El TSJG, en su interesante Sentencia de 18 de noviembre de 2015 (ponente: Cibeira Yebra-Pimentel, Rec. 7833/2011) estableció los parámetros básicos para determinar si estos siniestros generan o no responsabilidad patrimonial en la Administración titular de la carretera, en los siguientes términos:

«(...) Como consecuencia do réxime legal e xurisprudencial aplicable, podemos distinguir tres situacións diferenciadas, sobre as que se proxectará a necesidade de proba das partes. Son as seguintes:

Naqueles casos en que non existe TECOR, couto de caza, reserva natural ou algunha figura de relevancia cinexética semellante, non se dan os presupostos habilitantes da esixencia de responsabilidade patrimonial, ao non estar comprendido dentro do deber xeral de dilixencia da Administración pública en garantía do aseguramento do correcto funcionamento do servizo a colocación de sinais de perigo, pois ningunha norma habilita especificamente o deber de advertencia, tal como se desprende a sensu contrario do RD 13/1992 e da Orde de 28/12/1999.

Naqueles casos en que exista durante o tramo en que acaeceu o sinistro algunha figura de protección ou promoción cinexética que sexa atravesada pola estrada, o deber de dilixencia na conservación e mantemento da vía en condicións de asegurar un bo funcionamento do servizo comprende legalmente o de sinalizar a presenza de animais soltos, como prevén o RD 13/1992, a Orde do 28/12/1999 e a STSXG 1309/2010, sen que tal deber acade o da sinalización inmediata do lugar do sinistro, senón a advertencia nalgún punto previo da entrada en zona de perigo.

Finalmente, cando o lugar en que acaeceu o sinistro forma parte dunha paraxe de protección ou promoción cinexética e, dentro desta área, o tramo do accidente é lugar de paso frecuente de animais, o deber da Administración debe extremarse ata o punto de que o seu deber de sinalización comprende as inmediacións do paso concreto de animais (STSXG n. 837/2011). Enténdese que un paso é frecuente cando tal circunstancia se acredita mediante calquera medio de proba válido en dereito e, en todo caso –tendo en conta a finalidade da norma de protección–, cando nas inmediacións do lugar do sinistro se produciu máis dun accidente nos últimos seis anos, abstraendo os criterios xurisprudenciais expostos. Por outra parte, o concepto de inmediacións do lugar do sinistro non pode restrinxirse ao concreto punto quilométrico contado por quilómetro e hectómetro, pois a zona de paso de animais tampouco se atopa delimitada con tal exactitude, agás que se demostre o contrario, entendendo a devandita xurisprudencia que de ningún modo unha sinalización cursada a 3.750 m é axeitada para advertir do perigo do punto de paso frecuente. Por esta razón, o concepto de inmediacións ao lugar de paso debe ser obxecto de interpretación restritiva, sen que caiba entender comprendida a sinalización xenérica ao inicio de vía, senón necesariamente inferior a 3,7 kms ao lugar de reiteración de sinistros ou paso de animais.

Partindo das anteriores consecuencias, que funcionan como premisas xurídicas da aplicación da norma, corresponde ás partes a proba dos distintos elementos fácticos necesarios para despreñar o efecto xurídico pretendido en cadansúa posición procesual, conforme as regras do artigo 217 LAC. (...)

O problema xurídico de autos é determinar se a Administración obrou axeitadamente despregando unha actividade suficiente que rompa o nexo de causalidade entre o dano causado á parte demandante e o funcionamento normal ou anormal do servizo público, mediante un mantemento axeitado da vía ou se, pola contra, esta ausencia puido colocar o recorrente na situación de sufrir o accidente.

En este caso, resulta probado que, cuando a las 0.50 horas del día 17 de mayo de 2008, la actora D.ª conducía el vehículo de su padre –también actor–, (...), circulando por la Autovía AG,54 en sentido ascendente y en dirección a Cabreirós, término municipal de As Pontes, y al llegar al punto kilométrico 32,100 un jabalí irrumpió en la calzada procedente del lado derecho y chocó contra el mencionado vehículo, a consecuencia de lo cual este último

tuvo daños calificados como siniestro total, y la conductora sufrió lesiones cuyo alcance se determinará más adelante cuando se proceda a la cuantificación de los daños y perjuicios indemnizables. Los espacios contiguos a la autovía formaban parte del TECOR Societario de Medio Eume y, a pesar de ello, en ningún espacio de la autovía, ni próximo ni lejano al lugar del accidente, existía señalización alguna que avise del peligro de animales sueltos.

Tal situación, por lo ya explicado en los fundamentos anteriores, es perfectamente subsumible en aquellos supuestos de responsabilidad patrimonial del titular de la vía pública por no haber observado los estándares exigibles de seguridad en cuanto a la señalización y aviso del correspondiente peligro para los usuarios de la vía en su paso por esa zona, en la medida en que se trataba de un tramo en el que existía una figura de protección cinegética, con el riesgo genérico que ello conlleva, necesitada de ser objeto de advertencia, ya que el deber de diligencia en su conservación y mantenimiento para la prevención de un buen servicio comprendía legalmente el de señalar la presencia de posibles animales sueltos, no especialmente en la zona inmediata al lugar del siniestro, sino, por lo menos, en algún punto anterior a la zona de peligro, lo que no se había observado en este supuesto por parte de los responsables de la titularidad de la autovía. Eso justifica que se genere la correspondiente responsabilidad indemnizatoria, a título de responsabilidad patrimonial, por parte del organismo autónomo demandado, a quién, por tanto, procede declarar que asuma el pago de los daños y perjuicios causados en la medida y en los términos que pasan a exponerse».

regap



NOTAS

7.3 Responsabilidad patrimonial del legislador. Desistimiento de la Xunta de Galicia en procedimientos de autorización de parques eólicos

En la STSJG de 21 de marzo de 2017 (Sec. 1.ª, ponente: Seoane Pesqueira, Rec. 321/2015), se condenó a la Xunta de Galicia al pago a la demandante de una indemnización de 840.000 euros (muy inferior a los 15,5 millones de euros reclamados) por los perjuicios derivados de la resolución de la Consellería de Industria de 30 de diciembre de 2009 que, al amparo de la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, reguladora del aprovechamiento eólico en Galicia, dispuso la finalización, por desistimiento, de los procedimientos de autorización de instalación de parques eólicos tramitados al amparo de una Orden de 6 de marzo de 2008 y del Decreto autonómico 242/2007, de 13 de diciembre, regulador del aprovechamiento de la energía eólica. Justificó el Tribunal su condena en estos argumentos:

«(...) Del tenor del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 y de los argumentos anteriormente expuestos se desprende que, cuando se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, como ahora sucede, no está prevista la reparación integral, sino que la indemnización será en los términos que especifiquen los actos legislativos, de modo que sólo son indemnizables los conceptos que se contienen en el apartado 4 de la disposición transitoria 1.ª de la Ley 8/2009, sin que pueda hablarse de que la actora tiene un derecho adquirido a desarrollar los proyectos en las zonas proyectadas, ni tampoco de que ese derecho estuviese dentro de su esfera patrimonial, tal como exige la jurisprudencia. Al tratar de la impugnación contra la resolución de desistimiento de 30/12/2009 ya había tenido ocasión el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de marzo de 2016 (RC 4059/2013), de descartar que se pudiera hablar de un derecho adquirido una vez que una empresa hubiera sido preseleccionada en la primera fase (...). En base a la anterior argumentación ha de quedar excluida la reclamación de 10.842.256,71 euros en concepto de pérdida patrimonial sufrida, pues: 1.º

dicha cifra no es debida a aquellos gastos imprescindibles para la instrumentación de la solicitud, y 2.º no se puede hablar de que, por el hecho de haber sido preseleccionada en la primera fase, la actora haya adquirido derecho alguno, que era la base en que se fundamentaba la pretensión de indemnización de aquel concepto de pérdida patrimonial. Tampoco pueden ser incluidos en dicho concepto de gastos imprescindibles en la instrumentación de la solicitud los 173.030,38 euros por el coste financiero de los avales. Dichos avales fueron otorgados el 31 de marzo de 2009, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 59 bis del Real decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Ventauria en el procedimiento de acceso y conexión a la red de transporte de cada uno de los cuatro PEs. (...) Dado el cambio de modelo eólico y que en los artículos 40 y siguientes de la Ley 8/2009 se regula todo lo relativo a la constitución de las fianzas que habian de presentarse para el nuevo procedimiento a convocar, que no se conecta con el anterior que se tuvo por desistido, en ningún caso tenía justificación el mantenimiento de los avales constituidos por razón del procedimiento anterior, por lo que la actora debió solicitar su cancelación, de modo que, aparte de la deficiente justificación de los costes financieros y comisiones de dichos avales, estos gastos no han de ser incluidos entre los que considera indemnizables el apartado 4 de la disposición transitoria 1.ª de la Ley 8/2009. (...) En consecuencia, por este concepto ha de abonarse la suma de 48.060 euros, que en aquel informe se considera adecuado. Además, han de ser incluidos como indemnizables los gastos de la primera fase, es decir, los 178.016 euros, imprescindibles para instrumentar la solicitud de admisión a trámite de los anteproyectos, de acuerdo con el artículo 9 del Decreto 242/2007 (...). La controversia principal se ha centrado en los gastos de la segunda fase, en cuyo concepto se reclaman 4.214.700 euros, por los derivados de la preparación de la documentación necesaria para la presentación de las autorizaciones administrativas de los cuatro PEs. Para la gestión integral de la tramitación de los cuatro PEs con una potencia total de 160,2 megavatios, con fecha 11 de febrero de 2009 Ventauria y Eolicia firmaron un contrato de prestación de servicios (...). Como documento n. 5 de los aportados a la demanda se acompaña factura de 13 de octubre de 2009, emitida por Eolicia, por importe de 4.214.700, sin IVA, en los que se exponen los trabajos necesarios para la presentación de la solicitud de autorización administrativa de PEs. En este punto conviene significar que Ventauria y Eolicia son empresas vinculadas, (...) Ventauria fue constituida por Eolicia en 2005 (el capital social fue desembolsado íntegramente por Eolicia, único socio fundador), tienen el mismo domicilio social y comparten cargos directivos (...). Es cierto que la recurrente no oculta el dato de esa vinculación entre ambas entidades, pero el mismo permite poner en cuestión la suma que, en concepto de gastos de la fase segunda, tratan de reclamarse como indemnización por responsabilidad patrimonial derivada del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 (hoy, artículo 32.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público). En efecto, una cosa es el contrato de prestación de servicios celebrado entre Ventauria y Eolicia, y otra diferente los gastos debidamente justificados que hayan resultado imprescindibles en la instrumentación de la solicitud, que son los que pueden ser objeto de indemnización, en base al apartado 4 de la disposición transitoria 1.ª de la Ley 8/2009, pues basta que aquellas entidades se hallen vinculadas para que sea conveniente extremar la rigurosidad en la exigencia de que los gastos justificados sean imprescindibles para aquella finalidad de instrumentar la solicitud (...) ha de acreditarse que dichos gastos se adecuan a los precios de mercado. Las dudas que genera el informe pericial de la actora, en lo relativo a la cuantifi-

cación de los trabajos de esta segunda fase, se incrementan si se tiene presente que el contrato de prestación de servicios no se acompaña de una factura o documento fehaciente que acredite que el pago se llegó a realizar a favor de Eolicia. (...) Por ello, en todo caso, para fijar la indemnización correspondiente a los gastos de esta segunda fase resulta indudable que ha de atenderse al valor normal de mercado, para fijar el cual es patente la discrepancia entre los peritos de ambas partes. Tras proceder a la lectura reposada de los informes de una y otra parte y escuchar con atención en el acto de la vista los dictámenes emitidos por uno y otro perito, la intensidad de sus argumentos y la crítica del informe del contrario, se aprecia mayor fuerza de convicción en el de la parte demandada, ya que don ----- se ha mostrado más firme en todo momento en la defensa de su tesis de que el contrato celebrado entre Ventauria y Eolicia es de una cuantía desproporcionadamente elevada, en función de la media de las ingenierías consultadas por el Inega, a lo que se une la poca experiencia de Eolicia en el sector eólico, siendo significativo que la acreditación de su capacidad técnica para acudir al proceso de selección de anteproyectos no lo hiciese Ventauria a través de Eolicia, sino de otras entidades; (...) Por consiguiente, según el informe pericial de la demandada, los costes de ingeniería de las fases primera y segunda, más adecuados al valor de mercado, se estiman en 204.952,02 euros para el PE San Sebastián, 202.997,16 euros para el PE Coto da Lebre, 201.047,71 para el PE Porteliña y 185.664,34 para el PE Outeiro, pero, dado que el grado de avance del expediente de Ventauria sería del 60 %, la valoración conjunta por los cuatro proyectos es de 476.797,04 euros. Sin embargo, esa aminoración por el grado de avance del expediente en un 60 % resulta improcedente, porque, tal como hizo constar el señor -----, perito que ha emitido el informe a instancia de la actora, el pago se refiere al cumplimiento de las solicitudes de autorización administrativa, lo cual está cumplido al 100 %, es decir, los trabajos necesarios para instrumentar la solicitud de las autorizaciones administrativas de los cuatro PEs se habían ejecutado en su totalidad. De ello se desprende que como gastos de la primera (es decir, incluidos los 178.016 euros ya anteriormente consignados) y segunda fase han de abonarse 794.661,23 euros, a los que han de añadirse los 48.060 euros por costes financieros y comisiones de los avales, lo que hace un total de 842.721,23 euros, que es la cantidad total que, en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial, ha de abonar la Administración demandada».

Regap



NOTAS

8 Tributos

8.1 Tasa municipal por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos

En la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (ponente: Martínez de Velasco, casación 947/2016, contiene votos particulares), el TS confirmó la desestimación del recurso promovido por Red Eléctrica de España frente a la ordenanza fiscal del Concello de Arteixo reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos, con los siguientes fundamentos:

«(...) la cuota tributaria de la tasa está contenida en el anexo de tarifas correspondiente al estudio técnico-económico que forma parte de esta ordenanza en el que con la metodología

empleada ha obtenido y recogido la cuota tributaria en cada caso. El anexo, en el grupo I («Electricidad»), establece la tarifa (cuota tributaria) para catorce tipos de instalaciones, que cifra en el 5% del valor del aprovechamiento (base imponible). Ese valor de aprovechamiento está constituido, según se obtiene del anexo y del informe técnico-económico, por el producto de multiplicar el valor del inmueble (V), el coeficiente de relación con el mercado (RM) y la ocupación en metro cuadrado que corresponde a cada metro lineal (C). Por su parte, el valor del inmueble (V) es el resultado de sumar el valor catastral del suelo rústico con construcciones (A) y el valor de las instalaciones (B). De este modo, la fórmula que define el valor del aprovechamiento (base imponible) es la siguiente:

$$\text{Base imponible} = (A + B) \times RM \times C$$

(...) El artículo 24.1.a) TRLHL dispone que, con carácter general, el importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local se fijará tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. Y añade que, a tal fin, las ordenanzas fiscales podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada. Por su parte, el artículo 25, como ya se ha indicado, precisa que tal valor se determinará a la vista de informes técnico-económicos, que se incorporarán al expediente que desemboca en la adopción del correspondiente acuerdo.

(...) la recurrente no achaca al informe técnico-económico ser impreciso o carecer de motivación. Tampoco atribuye a los criterios que discute la condición de arbitrarios o no objetivos, no transparentes o discriminatorios. Tan sólo los reputa inadecuados, puesto que, en su opinión, no responden a la voluntad del legislador de que el importe de la tasa sea equivalente al valor de mercado de la utilidad obtenida por el sujeto pasivo por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, como si los bienes que lo integran no fueran extra commercium, y ello por atribuir a las instalaciones de transporte y distribución de electricidad la condición de construcciones.

Pues bien, ante tal planteamiento se han de sentar las siguientes conclusiones:

1) Al cuantificar la tasa no se trata de alcanzar el valor de mercado del suelo por el que discurren las instalaciones que determinan el aprovechamiento especial o el uso privativo del dominio público local, sino el de la utilidad que esos aprovechamientos o usos reportan. Por ello, son admisibles todos los métodos que, cualquiera que sea el camino seguido, desemboken en un valor que represente la utilidad en el mercado obtenida por el sujeto pasivo. Al controlar esa elección, los tribunales de justicia no podemos sustituir la opción municipal por nuestro subjetivo criterio. Tan sólo nos compete comprobar que la elección conduce al resultado querido por la ley y lo hace aplicando, motivada y razonadamente, criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, determinados con transparencia y publicidad.

2) Siendo así:

2.1) No cabe calificar de inadecuado acudir para determinar el precio que corresponde a esa utilidad al valor catastral del suelo, que tiene siempre como límite el del mercado [artículo 23.2 del texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario, aprobado por Real decreto

legislativo 1/2004, de 5 de marzo (BOE de 8 de marzo) [«TRLCI» en adelante], valor catastral que en el caso de la ordenanza discutida es el rústico con construcciones [el valor catastral es la suma del valor del suelo más el de las construcciones (artículo 22 TRLCI)], por ser de esa naturaleza el suelo por el que discurren las instalaciones cuyo establecimiento es la causa del uso del dominio con exclusión de los demás que provoca la exacción de la tasa. Téngase en cuenta que, a efectos catastrales, se reputan construcciones las instalaciones industriales, considerándose, entre otras, los diques, tanques, cargaderos, etc. [artículo 7.4.b) TRLCI], lista abierta que permite calificar de tales a las líneas aéreas de alta tensión a que se refiere la ordenanza discutida en el anexo I.

2.2.) La toma en consideración de tales infraestructuras para calcular la base imponible de la tasa resulta adecuada a la finalidad perseguida por el legislador: si se trata de valorar la utilidad que proporciona al sujeto pasivo el uso privativo o el aprovechamiento especial del dominio público local por la instalación de los mencionados elementos relativos a la distribución de electricidad, parece de todo punto razonable tomarlas en consideración. Desde luego está fuera de lugar la pretensión de la recurrente de que se consideren exclusivamente valores o parámetros propios del suelo rústico o de su aprovechamiento agropecuario, obviando que el hecho imponible de la tasa viene determinado por el aprovechamiento por su parte del dominio público local para su actividad de transporte y distribución de energía eléctrica.

3) La aplicación del coeficiente RM previsto en la normativa catastral encuentra plena justificación en la medida en que se trata de cumplir el mandato legal de que el valor catastral no supere al de mercado. Como quiera que la base imponible se determina por el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada del aprovechamiento especial o el uso privativo del dominio público local, parece de todo punto ajustada a las exigencias legales la aplicación de un coeficiente que tiene por designio evitar que el valor catastral de los bienes considerados supere al del mercado. No compartimos la perplejidad de la recurrente ante la eventualidad de que el valor de la utilidad pueda ser superior al catastral del suelo por el que discurren las líneas, porque, como ya hemos indicado, no se trata de gravar un suelo rústico de uso agropecuario, sino la utilidad que le reporta al sujeto pasivo la utilización privativa o el aprovechamiento especial del mismo, con exclusión de los demás, para una actividad netamente industrial consistente en transportar y distribuir energía eléctrica.

En un juicio estrictamente técnico, se podrá discutir si otros parámetros distintos de los elegidos hubieran sido más adecuados para determinar el valor de esa utilidad, pero en un juicio estrictamente jurídico, como el que nos incumbe, se debe concluir que el Ayuntamiento de Arteixo ha aplicado para determinar la base imponible y las tarifas de la tasa que regula la ordenanza impugnada unos parámetros objetivos, proporcionados y no discriminatorios que respetan las exigencias del artículo 24.1.a) TRLHL, ejerciendo así su potestad conforme a los criterios que dimanar de la jurisprudencia».

8.2 Validez de las notificaciones electrónicas

La Sentencia del TSJG (Secc. 4.ª) de 26 de octubre de 2016 (ponente: Gómez y Díaz-Castroverde, Rec. 15039/2016) resume la normativa y el último criterio jurisprudencial sobre los requisitos de validez de las notificaciones electrónicas de la Administración tributaria. Concluye desestimando el recurso interpuesto por una entidad mercantil a la que la Agencia

Regap



NOTAS

Tributaria le había inadmitido, por extemporáneo, un recurso de reposición presentado frente a una liquidación de IVA, con estas consideraciones:

«(...) acreditado que la demandante no solicitó la exclusión del sistema de notificación electrónica obligatoria, la cuestión queda reducida a la decisión sobre la imposibilidad material de recibir notificaciones a través del mismo. El artículo 28.3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, dispone que "cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992 de régimen jurídico y del procedimiento administrativo común y normas concordantes, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso".

Entiende la demandante que tal es el caso que concurre, toda vez que el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Caldas de Reis, con fecha 13/2/14, dictó sentencia de desahucio del local de la empresa, lo que, al margen de tener que despedir a los empleados, motivó la imposibilidad de acceso a notificaciones electrónicas. Añadidamente a ello se cursaron bajas ante la AEAT con fecha 30/6/14 en retenciones de IRPF e impuesto sobre el valor añadido. A ello se suman los problemas de salud de su representante legal, dimanantes de atropello sufrido en el año 2012.

Aunque en otras ocasiones hemos examinado la cuestión de la imposibilidad material, bien por problemas personales, bien por defectuoso funcionamiento de los terminales que permiten acceso a la notificación, en el caso que ahora nos ocupa parece razonable efectuar tal examen desde la óptica en la baja en el impuesto sobre el valor añadido que se cursa con efectos de 30/6/14; cuatro meses después del desahucio del local de negocio, baja esta que pone de manifiesto el cese en la actividad y, aunque por supuesto no deja sin efecto las obligaciones fiscales no prescritas y sus obligaciones formales, permite reparar en que la notificación se ha depositado con posterioridad a dicha baja, concretamente el 5 de agosto, lo que, aparentemente, puede conducir a entender que la notificación se realiza por medio inadecuado. Sin embargo, es de insistir en lo antes expuesto en relación con lo dispuesto en el artículo 4.3 del Real decreto 1363/2010, de 29 de octubre, y necesidad de que la exclusión del sistema sea solicitada expresamente. Y, en tal cuestión, también parece razonable concluir que, si la empresa disponía de medios materiales y personales para cursar la baja de referencia, también disponía de ellos para solicitar dicha exclusión, y obtenerla de ser procedente, lo que conduce directamente a la desestimación del recurso en este particular.

Plantea la demanda dos cuestiones conectadas, cuales son la posibilidad de presentar documentación en sede de recurso y el principio de capacidad económica, aspectos que tampoco pueden conducir al éxito del recurso, pues una y otra precisarían de que pudieran analizarse justamente desde la óptica del recurso interpuesto, debiendo recordar que en el presente caso se declaró inadmisibles por extemporáneo y, en consecuencia, no ha lugar al examen de dichos motivos».

8.3 Imputación temporal de la renta procedente de la expropiación forzosa tramitada por el procedimiento de urgencia

El TS (Secc. 2.ª), en su Sentencia de 26 de mayo de 2017 (ponente: Martínez Micó, casación 1137/2016), concluyó que existen dos momentos temporales, diferentes y sucesivos, en los que deben imputarse las rentas derivadas de las expropiaciones forzosas urgentes, a efectos de determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción de la deuda tributaria. Uno primero, en el momento de expedición del acta de ocupación de la finca expropiada, con el correspondiente abono del depósito previo. Y otro posterior, en el de fijación definitiva del justiprecio por el jurado de expropiación o por sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Regap



NOTAS

Regap

Recensiones

3

Responsabilidade patrimonial
do Estado por incumprimento
do Dereito da Unión Europea

Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

Patrimonial liability of the State
for breach of European Union Law

53
Regap

COBREROS MENDAZONA, E.
Iustel, Madrid, 2015, 239 pp.

Regap



RECENSIONES

La responsabilidad patrimonial del Estado por vulneración del derecho de la Unión Europea es un principio de creación jurisprudencial que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo a través de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, acabando de perfilar su régimen jurídico, y que, encontrándose de plena actualidad, interactúa de modo muy intenso con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, dando lugar a una interesante dialéctica jurídica entre ordenamientos, tal como se muestra en este magnífico estudio del profesor Cobreros Mendazona.

La obra recensionada, en la que su autor abunda en el estudio de la responsabilidad patrimonial por vulneración del derecho de la Unión Europea, de la que es buen conocedor, como atestiguan sus numerosas publicaciones sobre diferentes aspectos de la materia, viene a abordar de una manera sistemática y completa el referido principio comunitario, distribuyendo el trabajo en dos partes bien diferenciadas: la primera destinada a la descripción del régimen jurídico construido por el Tribunal de Luxemburgo, y la segunda a dar una respuesta crítica a la aplicación que efectúan los tribunales españoles del mentado principio. Así, esta monografía se encuentra de plena actualidad y se convierte en una importante ayuda para verificar la corrección de la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado por vulneración del derecho de la Unión Europea en las leyes españolas 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre, reguladoras del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y del régimen jurídico del sector público, respectivamente.

La primera parte consta de cinco capítulos, dedicados a explicar el significado del principio de responsabilidad patrimonial y su encuadramiento tanto en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros como su configuración comunitaria, cómo se ha ido construyendo este principio de la Unión Europea y los requisitos necesarios para que el incumplimiento del derecho de la Unión Europea por parte de los diferentes poderes y órganos de un Estado miembro dé lugar a una indemnización a favor del particular al que dicho incumplimiento le ha ocasionado un daño.

En el primero de los capítulos, a modo de introducción, el autor describe el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros en cuanto principio fundamental de la Unión Europea en que patentiza la interacción entre el derecho de la Unión y los ordenamientos estatales de los Estados miembros, como cláusula de cierre de un sistema, el comunitario, que se constituye en garante de derechos para los ciudadanos.

El segundo capítulo aborda la construcción jurisprudencial del principio de responsabilidad patrimonial a través del análisis de tres de las sentencias más significativas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia: la conocida como Sentencia *Francovich*, de 1991, donde se consagra por vez primera el principio de responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del derecho de la UE; la Sentencia *Brasserie*, de 1993, donde se introduce el requisito que más dificultades prácticas observa, el de la «violación suficientemente caracterizada» de la norma comunitaria; y la Sentencia *Köbler*, de 2003, a través de la cual el Tribunal de Luxemburgo clarifica el ámbito de aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial, reconociéndolo sin tapujos respecto de los actos emanados del poder judicial cuando ocasionan un daño a un particular. En este capítulo se perfilan elementos esenciales de la configuración jurisprudencial del principio de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho de la Unión, tales como que la acción de responsabilidad patrimonial es independiente y no requiere de la declaración previa de incumplimiento, así como que los tres requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia, a saber, el incumplimiento de una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación sea suficientemente caracterizada y que entre el incumplimiento y el daño al particular exista una relación de causalidad directa, siendo suficientes y necesarios para que nazca el derecho del particular a la indemnización, no obstan a que a dicho perjudicado se le reconozca el derecho a la indemnización en virtud de requisitos menos restrictivos establecidos por el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro infractor, si este calificativo de menos restrictivos merecen.

El tercer capítulo de esta primera parte se dedica al análisis del requisito más complejo del instituto resarcitorio examinado, el de la «violación suficientemente caracterizada», que, como señala Cobrerros, es un requisito que adolece de una importante indeterminación, por cuanto el Tribunal de Luxemburgo tan sólo ha precisado que se trata de una violación manifiesta y grave, pero sin arrojar unos parámetros ciertos y que se puedan extender a la generalidad de los supuestos, aunque facilita algunos elementos que, de concurrir, podrían delatar la presencia de una violación suficientemente caracterizada, pero que necesariamente habrá que observar el caso concreto, por más que si hay alguna excepción, como es el supuesto del incumplimiento del plazo de transposición de las directivas, en cuyo caso se entenderá cumplido este requisito por el mero transcurso del tiempo señalado sin haber adaptado la norma comunitaria en el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro en cuestión. Se aborda también en este capítulo el caso paradigmático del incumplimiento

de la obligación por parte de los tribunales nacionales que resuelvan en última instancia de plantear la cuestión prejudicial, en el que interviene otro de los elementos de aplicación del derecho de la Unión dados por el Tribunal de Luxemburgo, cual es el relativo a su doctrina sobre el acto claro o aclarado, como excepciones a la obligación de formular la cuestión prejudicial. Otras interesantes disyuntivas formula Cobreros en relación con el requisito de la violación suficientemente caracterizada en atención a la lesión de derechos fundamentales, a los supuestos de inexistencia de responsabilidad por acto ilícito en la Unión Europea o a la referencia al régimen de responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión para con sus funcionarios.

El capítulo cuarto deja ver la complejidad del entramado en que se articula el principio de responsabilidad patrimonial del Estado por vulneración del derecho de la Unión Europea, cuyo régimen jurídico no se agota con el advenimiento de los tres reiterados requisitos sustantivos, y que ya, de por sí, evidencian un camino no exento de dificultades para la obtención de la pretendida indemnización del daño. En este capítulo, el autor muestra la necesidad de conjugar otros elementos fundamentales para la recta aplicación del derecho de la Unión en relación con el instituto de la responsabilidad patrimonial examinada, tales como el principio de autonomía procedimental de que gozan los Estados miembros, a cuyos ordenamientos jurídicos remite la ordenación de las autoridades y procedimiento a seguir para la efectiva obtención de la indemnización por el daño causado, para lo que habrá de tener en cuenta y aplicar, de acuerdo con la interpretación del Tribunal de Justicia, los principios de equivalencia y efectividad, esto es, que no se traten de modo menos favorable los supuestos de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho de la Unión que los casos de responsabilidad patrimonial exclusivamente internos y que los requerimientos de dicho procedimiento no hagan excesivamente difícil o imposible acceder a la indemnización. Asimismo, se abordan cuestiones relativas a la cuantificación y calificación del daño o a la relación de causa a efecto que habrá que observar entre el incumplimiento imputable al Estado, cualquiera que sea el órgano, poder constitucional o Administración territorial a la que se le atribuya, y el daño efectivamente ocasionado al particular. Cierra este capítulo una más que interesante visión sobre la responsabilidad por incumplimiento del derecho de la Unión Europea en materia de política exterior y de seguridad común, que deja entrever la propia configuración de la Unión Europea, en cuanto proyecto político supranacional en constante construcción, para ratificar en el último de los capítulos de la primera parte del trabajo la consolidación del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del derecho de la Unión Europea.

La segunda parte del libro, que consta de seis capítulos, está dedicada a abordar la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial configurado por el Tribunal de Luxemburgo en el ordenamiento jurídico español.

En el sexto capítulo, el autor hace referencia a la forma en la que el Estado Español ha introducido en su ordenamiento el principio de responsabilidad patrimonial. Cobreros alude a una aparente aceptación del principio de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho de la Unión, por cuanto es un principio común al ordenamiento jurídico interno español. No obstante, en la práctica, los tribunales muestran dificultades de aplicación del principio en su configuración por parte del Tribunal de Justicia de la UE, en particular sobre la aplicación al caso concreto de los principios de equivalencia y efectividad, y el polémico requisito de la violación suficientemente caracterizada, basado en un concepto de culpa

Regap



RECENSIONES

manifiesta y grave, a diferencia de la configuración objetiva que en el ordenamiento interno tiene, en general, la responsabilidad patrimonial, lo que plantea la importante cuestión de si las autoridades españolas competentes tienen la obligación de excepcionar este requisito en los casos análogos en que el ordenamiento jurídico interno no exija tal concepto de culpa.

El capítulo séptimo se dedica al análisis de algunas de las sentencias más significativas de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, en que han ido mostrando, sobre el caso concreto, el modo de recepción del principio en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, partiendo del supuesto interno que toman como equivalente de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por ley declarada inconstitucional, donde se pone de manifiesto tanto la dificultad de la ausencia, en el momento de dictarse aquellas resoluciones, de regulación normativa de la responsabilidad patrimonial por inconstitucionalidad de la ley, como la querencia por el requisito de la violación suficientemente caracterizada, cuando en los supuestos internos no existe requisito análogo, en cuanto a la configuración general de la responsabilidad patrimonial.

A continuación, en el capítulo siguiente, el autor se refiere a la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de los tribunales nacionales, padeciéndose de la pérdida de esta oportunidad procesal que habría supuesto, de hacerse uso de ella, garantizar a los perjudicados una recta aplicación de la acción que ejercitan de acuerdo con la interpretación del Tribunal competente, si se quiere, el predeterminado por la ley, esto es, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, formulando incluso la posibilidad de que esta ausencia se constituya no sólo en incumplimiento del derecho de la Unión, sino en incumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido valorado por el Tribunal Constitucional en sentido desfavorable al recurrente en amparo.

En el capítulo noveno se efectúa el análisis de la relevante Sentencia del Tribunal de Luxemburgo *Transportes Urbanos*, que ha supuesto un giro copernicano en el modo de resolver los supuestos de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho de la Unión Europea, puesto que el Tribunal Supremo venía exigiendo que en estos casos se agotasen las vías previas a la reclamación de responsabilidad patrimonial, mientras tal requisito no era exigido por el alto tribunal cuando la responsabilidad patrimonial se ejercitaba basándose en el perjuicio ocasionado por una ley declarada inconstitucional. En esta ocasión, el Tribunal Supremo elevó al Tribunal de Luxemburgo la preceptiva cuestión prejudicial, resolviéndola éste en el sentido de que exigir tal requisito para los supuestos de incumplimiento del derecho de la Unión y no hacerlo en los casos de normas declaradas inconstitucionales atenta contra el principio de equivalencia. Al considerar incumplido dicho principio, el Tribunal de Justicia no entró ya a valorar la infracción del principio de efectividad, lo que habría tenido gran significación de cara a la reforma del procedimiento administrativo y régimen jurídico de las administraciones públicas operado por las leyes 39 y 40/2015, que equiparan estos dos supuestos, exigiendo ahora en ambos casos agotar las vías previas, una opción de dudosa constitucionalidad y contravención del derecho de la Unión Europea, que ya se advierte en el estudio realizado en el capítulo décimo conectándolo con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y sometiendo el régimen interno de responsabilidad por incumplimiento judicial al examen bajo parámetro del principio de efectividad.

Finalmente, en el último capítulo, se hace una reflexión sobre la exigibilidad en nuestro ordenamiento jurídico de uno de los requisitos básicos del principio de responsabilidad patrimonial,

como es el de la violación suficientemente caracterizada, el cual, a su vez, enlaza con el principio de equivalencia, atendiendo a la determinación del Tribunal de Luxemburgo según la cual, siendo los tres requisitos sustantivos por él configurados suficientes y necesarios para hacer nacer la responsabilidad del Estado, no obstante, a la consecuencia indemnizatoria se puede llegar en virtud de requisitos menos restrictivos establecidos por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Sin embargo, y por lo que se refiere al ordenamiento jurídico interno español, una correcta valoración de esta situación dependerá del análisis separado para cada uno de los tres clásicos poderes, según la infracción del derecho de la UE proceda del legislador, de la Administración pública o de la Administración de justicia, como atestigua el examen del profesor Cobreros Mendazona.

En definitiva, nos encontramos ante un estudio exhaustivo del principio de responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del derecho de la Unión Europea, que abarca desde el comienzo de su configuración jurisprudencial, con examen de su evolución, hasta su efectiva recepción en el ordenamiento jurídico español, arrojando importantes claves para un adecuado entendimiento de este principio de aplicación del derecho de la Unión Europea que permitirá no sólo afrontar en la práctica el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, sino también analizar con conocimiento de causa la corrección de la reforma legislativa operada en el ámbito del régimen jurídico y del procedimiento administrativo común por las leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre.

Regap



Ariadna Gómez del Pulgar Ferrero

Máster en Derecho

RECENSIONES

A actualización da
Administración electrónica
**La actualización de la
Administración electrónica**
The update of the electronic
Administration

53
Regap

ALMEIDA CERREDA, M., Y MÍGUEZ MACHO, L. (DIRS.)
Andavira, Santiago de Compostela, 2016, 248 pp.

Regap



RECENSIONES

La obra *La actualización de la Administración electrónica*, Andavira Editora, 2016, tiene por objeto el análisis de las diversas reformas legislativas operadas recientemente por las leyes 39 y 40/2015 de 1 de octubre en el nuevo reto de adaptación de las administraciones públicas a las nuevas tecnologías y medios tecnológicos.

Una primera introducción, rubricada por los profesores don Marcos Almeida Cerredá y don Luis Míguez Macho, contextualiza y repasa los antecedentes normativos de este tránsito de la tradicional Administración analógica hacia la digital.

No obstante, como nos reseñan los distintos autores a lo largo de la obra, lo cierto es que la nueva regulación no viene exenta de importantes dificultades, cuyo análisis se aborda pormenorizadamente en los distintos capítulos, con el fin de congeniar la implantación de la nueva Administración electrónica con el régimen tradicional de garantías legales y procedimentales para los administrados.

Y así, el primer capítulo realiza una introducción general analizando el impacto que la nueva regulación ha supuesto para los derechos de los ciudadanos y el funcionamiento de las administraciones públicas. Su autor, don Isaac Martín Delgado, reflexiona sobre cómo, tras la configuración inicial de un derecho de los ciudadanos a relacionarse con las administraciones públicas por medios electrónicos, se pasó en contrapartida a una conversión *ex lege* del derecho en verdadera obligación para el administrado, hasta configurarse en la nueva regulación un verdadero deber de tramitación exclusivamente electrónica de los expedientes

administrativos. A continuación, nos adentra en los principales elementos que configuran la nueva Administración electrónica: sede electrónica, punto de acceso general electrónico, requisitos de identificación y autenticación por medios electrónicos, y los conceptos de registro y notificación electrónica, documentos, copias y archivos electrónicos.

En un segundo capítulo, escrito por el profesor don Rubén Martínez Gutiérrez, se analizan dos de los aspectos fundamentales de la reforma: la sede y el registro electrónico.

El autor profundiza en primer lugar en la obligación impuesta a las administraciones públicas de habilitar una sede y un registro electrónico, y analiza el interesante aspecto de la posible nulidad de las cláusulas de exención de responsabilidad que muchas de las administraciones públicas han establecido recientemente en sus sedes electrónicas y portales web.

El capítulo tercero, rubricado por don Ignacio Alamillo Domingo, nos acerca hacia otros dos conceptos esenciales en la instauración de la nueva Administración electrónica: la identificación y la autenticación por medios electrónicos. Tras una introducción en la que trata de los conceptos del DNI electrónico y su evolución actual hacia nuevas modalidades desarrolladas por distintos prestadores, nos adentra en las principales problemáticas y carencias de que adolece la reforma, abordando finalmente los supuestos de responsabilidad patrimonial derivada del mal funcionamiento de los servicios públicos electrónicos, particularmente por contenidos en sede y fallido funcionamiento de los registros.

El capítulo cuarto, elaborado por don Julián Valero Torrijos, se centra en los aspectos más relevantes de la nueva regulación en lo tocante a la tramitación del procedimiento administrativo por medios electrónicos. El autor destaca que, pese a los beneficios que la nueva normativa pudiera reportar a la tradicional tramitación del procedimiento, como pudieran ser una mayor celeridad en las actuaciones o la presentación de alegaciones por los interesados, con la consiguiente reducción de los plazos, lo cierto es que tampoco viene exenta de importantes inconvenientes, siendo uno de los más destacables el relativo al intento de simplificación de la carga documental de la nueva Ley 39/2015. Y, así, resalta cómo aun partiendo del ya tan conocido derecho de los ciudadanos a no presentar documentos exigidos por las normas aplicables al procedimiento reconocido por el artículo 35.f de la Ley 30/92, de procedimiento administrativo común, la nueva norma adolece de importantes defectos, puesto que contradictoriamente con este principio establece a su vez un plazo de presentación de 10 días para el interesado cuando se trate de documentos elaborados por órgano distinto del que tramita el procedimiento, así como la exigencia en todo caso a los interesados de presentar los documentos originales cuando así lo estableciere la normativa reguladora aplicable. Analiza el autor cómo esta práctica tan frecuente parece abocar a la nueva regulación a que la excepción pueda convertirse en regla general, llevando a los interesados a presentar directamente y en todo caso los documentos, a fin de no sufrir retrasos innecesarios.

Una segunda parte del capítulo aparece dedicada a la influencia del uso de los medios electrónicos en las distintas fases del procedimiento y la práctica de los medios de prueba. El autor profundiza en las distintas ventajas e inconvenientes del uso de los medios telemáticos en la práctica instructora, la prueba documental y el trámite de información pública, destacando de la nueva regulación la admisibilidad del interrogatorio realizado a través de medios electrónicos, siempre que se practique en iguales condiciones que si fuere presencial a fin de evitar la reducción de las posibilidades que los medios probatorios ofrecen natural-

mente, en especial en cuanto a las garantías de inmediación y contradicción, de suerte que se afiance en todo caso la intermediación directa del instructor para percibir detalles destacables como respuestas de testigos, interesados o peritos de vital trascendencia en la valoración probatoria, todo ello unido a la necesaria identificación directa y fehaciente de éstos por parte del instructor. Consiguientemente, concluye que, conforme con la nueva normativa, tan sólo cabría acudir en este caso a los sistemas de videoconferencia, debiendo rechazarse, por contra, aquellos otros medios de comunicación que únicamente permitan la transmisión de voz. E igual conclusión se extrae en lo que respecta al reconocimiento directo del objeto o actividad sobre la que verse la prueba por parte del órgano instructor, de suerte que no cabría la utilización de medios telemáticos cuando la distancia constituya un impedimento al instructor para verificar de modo fehaciente cualidades o características del bien a reconocer que tan sólo pudieran ser percibidas por medio de una inspección directa o inmediata.

Tampoco la prueba documental viene exenta de importantes críticas, centradas principalmente en la consistencia de los documentos informatizados y su especial vulnerabilidad desde el punto de vista de su integridad y autenticidad. Dada la significativa trascendencia que presenta la prueba documental en el procedimiento administrativo, destaca el autor cómo la problemática del soporte digital se ha resuelto con cierta seguridad en la nueva normativa a través de mecanismos como la firma electrónica que garantizan tanto la imputación de la autoría como la integridad de los documentos. En igual sentido, también se han reforzado legalmente los actos administrativos a través de la presunción sobre la validez de los actos dictados por los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias, que serán observados por el resto de órganos, aun cuando no dependan de éstos jerárquicamente.

Por último, y en cuanto al uso de medios electrónicos en el trámite de información pública, la principal novedad consiste en reconocer expresamente un derecho directo de acceso del ciudadano al expediente a través de la correspondiente sede electrónica, so pena de la invalidez de la actuación administrativa.

Un tercer bloque del capítulo aparece dedicado a la fase de terminación del procedimiento en sus distintas modalidades: resolución, desistimiento, renuncia o declaración de caducidad o imposibilidad material de continuación del procedimiento por causas sobrevenidas y las singularidades operadas por la reforma.

Finalmente, trata sobre la necesidad de conservación de los documentos electrónicos en la nueva normativa, que parte de la creación de un archivo electrónico único como gran novedad a destacar.

El capítulo quinto, redactado por el profesor don Luis Míguez Macho, se centra en el aspecto que considero más relevante y sensible dentro del régimen de garantías del administrado, cual es el de la práctica de la notificación electrónica en los procedimientos administrativos.

Comienza el capítulo refiriéndose a los antecedentes normativos de la notificación por medios electrónicos en el procedimiento administrativo y consiguiente desarrollo del derecho y obligación de relacionarse con las administraciones públicas utilizando medios telemáticos. Destaca el autor que la principal diferencia con la anterior regulación estriba en que ahora la propia ley impone directamente a determinados sujetos la obligación de relacionarse con las administraciones públicas a través de los medios electrónicos: personas jurídicas y entes

regap



RECENSIONES

sin personalidad jurídica para la realización de cualquier trámite del procedimiento administrativo, así como, en determinados supuestos, las personas físicas.

Un segundo bloque del capítulo aborda los supuestos de notificación electrónica partiendo de un análisis conjunto de los artículos 41 y 14 de la Ley 39/2015 y su compleja interpretación, concluyendo que tan sólo en los supuestos de previsión reglamentaria expresa resultará obligatoria la notificación por medios electrónicos.

Un apartado tercero nos acerca ya hacia los distintos supuestos de notificación electrónica por el interesado, partiendo de la potestad que la ley le confiere para decidir sobre la práctica de notificación personal de modo telemático o convencional en papel, y los apartados cuarto y quinto se refieren respectivamente a la notificación electrónica como complemento de la notificación en papel y a las excepciones existentes a la práctica de la notificación por medios electrónicos.

También aborda el autor un análisis de los distintos medios electrónicos de notificación: tras una introducción general, en la que trata de la evolución legislativa que estos han sufrido en nuestro ordenamiento, nos adentra en las principales modalidades de la nueva regulación: notificación por comparecencia en la sede electrónica, dirección electrónica habilitada única y otros medios electrónicos de notificación.

En un cuarto bloque del capítulo, el autor trata la práctica de la notificación por medios electrónicos y la importante novedad que ha supuesto la regulación de un aviso de notificación electrónica.

Finalmente, dedica un quinto y último apartado a realizar una profunda visión crítica de la notificación por medios electrónicos y las garantías del administrado en la nueva regulación, del que destaca especialmente los supuestos de imposición forzosa de notificación electrónica, apuntando la importante falta de garantías que dicha modalidad supone respecto de la tradicional notificación en papel, razón por la que en todo caso requerirá de una interpretación restrictiva, y muy especialmente cuando dicha imposición se lleve a cabo mediante previsión reglamentaria, supuesto en el que aconseja extremar el control de motivación de la norma.

También se refiere a la importante problemática que la nueva regulación ha supuesto para las distintas administraciones del Estado, destacando que aun cuando la ley se refiera a una dirección electrónica habilitada única, su implantación no descansaría sobre la Administración general del Estado, sino sobre las demás administraciones, de suerte que en realidad no existiría una única dirección electrónica habilitada, como pudiera pensarse, sino que la ley obliga a cada Administración a crear la suya o a dotarse de una sede electrónica que permita las notificaciones por comparecencia electrónica, razón por la que los pequeños municipios podrán verse afectados de forma especialmente gravosa habida cuenta de su imposibilidad de ofrecer los medios electrónicos de notificación que la ley prevé, todo ello a la espera de que las diputaciones provinciales o entidades equivalentes se decidan a ejercer la competencia y obligación que les impone el artículo 36, apartado 1, letra g), de la Ley 7/85, de 2 de abril, de bases de régimen local, esto es, la obligatoria prestación de los servicios de administración electrónica en los municipios de población inferior a 20.000 habitantes.

Con ello, podemos concluir cómo la nueva Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, lejos de haber resuelto los problemas que plantea esta nueva mo-

alidad de notificación en nuestro ordenamiento jurídico, incluso habría agravado el régimen de garantías del administrado, hecho que habrá de ser reforzado desde la experiencia práctica, so pena de no llegar a cumplirse el tan ansiado propósito de nuestro legislador de implantar un uso exclusivo de los medios electrónicos en las relaciones ciudadano-Administración.

Diana García Rodríguez
Abogada en López Porto Abogados

regap



RECENSIONES

Manual AELPA do parlamentario

Manual AELPA del parlamentario

AELPA manual of the parliamentarian

53
Regap

SARMIENDO MÉNDEZ, J. A. (COORD.)
Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2016, 363 pp.

Regap



RECENSIONES

La reciente publicación por la editorial Wolters Kluwer del *Manual AELPA del parlamentario* supone una excelente ocasión para reflexionar acerca de la nueva situación que rodea las instituciones parlamentarias en el siglo XXI.

En efecto, esta obra colectiva en la que han participado un total de 34 autores, todos ellos letrados de las Cortes Generales o de los parlamentos autonómicos españoles y profesores universitarios, sirve para poner al día los conocimientos que la doctrina constitucional española tiene en relación con los problemas que rodean el funcionamiento de los legislativos y las vías de potenciación de sus funciones en el sistema político contemporáneo.

De este modo, los letrados de la Asamblea de Madrid Esteban Greciet, Ana del Pino Carazo y Javier Sánchez comienzan el texto del manual analizando la sesión constitutiva del Parlamento, el Estatuto de los diputados y las prerrogativas parlamentarias.

Cabe destacar, en relación con estos temas del capítulo primero, que nos encontramos ante aspectos importantemente debatidos en el debate político actual, como son los derechos retributivos de los representantes públicos y cuál es el alcance de la inviolabilidad, la inmunidad y el aforamiento de los parlamentarios. Las soluciones que apuntan los autores se presentan como afortunadas, pues están en la línea de consolidar los derechos fundamentales de los cargos representativos conforme al artículo 23 de la Constitución, a la vez que acercan a la ciudadanía a sus representantes públicos.

Ángel Luis Sanz Pérez, letrado mayor del Parlamento de Cantabria, se detiene en explicar el proceso de adquisición de la condición de parlamentario y, de forma paralela, las causas de pérdida de la citada condición. Trata también de una forma detallada cuáles son los motivos de suspensión de la condición de parlamentario y el modo en que esta situación afecta al funcionamiento de las cámaras parlamentarias.

En el capítulo correspondiente a los grupos parlamentarios, el profesor Sarmiento Méndez trata la rica problemática que se suscita en relación con los requisitos para constituir grupo parlamentario y de la complicada convivencia que en ocasiones tienen los diputados en el seno de los grupos, lo cual da lugar a eventuales modificaciones a lo largo de la legislatura. Se toma conocimiento también en este capítulo del papel totalmente protagonista que han adquirido los grupos parlamentarios como personación de los partidos políticos en los legislativos contemporáneos.

Los órganos de dirección de los parlamentos son analizados por las letradas de la Asamblea de Murcia, que analizan la elección, las competencias y las funciones del presidente de las cámaras y el papel más complejo de la mesa como órgano colegiado de gobierno, desglosando sus funciones parlamentarias y aquellas otras de carácter administrativo económico presupuestario y patrimonial. Paralelamente, Blanca Belmonte Peláez da cuenta del reparto de funciones que los ordenamientos parlamentarios hacen en relación con la junta de portavoces, su origen histórico y su posición como fuente normativa y órgano de gobierno de las cámaras. La letrada asturiana analiza detenidamente la composición de la junta de portavoces, su funcionamiento, la programación de los trabajos y la actividad de la cámara, y los debates parlamentarios.

El comentario y análisis del parlamento como institución descentralizada a través de las comisiones recae en la responsabilidad de Luis González del Campo y Jesús María Corona Ferrero, que se encargan de analizar los distintos orígenes de las comisiones parlamentarias y su clasificación atendiendo a los criterios temporal y funcional, para concluir con un desglose de los criterios de constitución y composición de las comisiones y la determinación del número de sus miembros y designación de estos, dando una especial relevancia a la presidencia y a la mesa como órganos de gobierno de las comisiones parlamentarias.

El letrado del Parlamento de Cataluña Francesc Pau i Vall analiza las comisiones de investigación parlamentarias, deteniéndose en el aspecto más polémico, consistente en la obligatoriedad de los convocados a comparecer y declarar en el seno de este tipo de comisiones.

Laura Seseña Santos, letrada de las Cortes de Castilla y León, explica pormenorizadamente el papel del pleno y de la diputación permanente tanto en su enfoque histórico como en el régimen jurídico actual y sus problemas de ordenación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la doctrina parlamentaria más reciente.

Las letradas de la Asamblea de Madrid Esther de Alba Bastarrechea, Blanca Cid Villagrasa y Tatiana Recorder Vallina proceden a analizar los medios personales y materiales al servicio del Parlamento, dando cuenta de conceptos clave para la comprensión de los legislativos contemporáneos, como los que hacen referencia a la autonomía normativa, organizativa y de policía y administrativa que están consagrados en nuestro ordenamiento jurídico. A partir de estos conceptos previos, se analiza detalladamente el alcance de los medios personales al

servicio del Parlamento y de los medios materiales desglosados en los aspectos financieros, presupuestarios, de contratación y demaniales.

La letrada de las Cortes de Aragón Carmen Rubio de Val se ocupa en el capítulo X de analizar las disposiciones generales de funcionamiento, las sesiones, el orden del día y los debates. Estos aspectos de gran relevancia en la vida cotidiana de las cámaras son analizados desde una perspectiva incisiva y haciendo hincapié en los problemas que plantean las ordenaciones que han de llevar a cabo las juntas de portavoces en relación con los debates parlamentarios y el papel de las presidencias en relación con el mantenimiento del orden y la evitación del obstruccionismo parlamentario.

Esther Serrano Ruiz, letrada del Parlamento de La Rioja, se ocupa de analizar el tema de la disciplina parlamentaria y más concretamente las sanciones por incumplimiento de los deberes de los diputados, las llamadas a la cuestión y al orden dentro del recinto parlamentario. Su comentario va más allá de una descripción del ordenamiento parlamentario español en la materia, puesto que analiza críticamente los deberes de los parlamentarios y las consecuencias de su incumplimiento.

El letrado de la Asamblea de Extremadura Francisco Javier Ciriero Soletto estudia detalladamente la función tradicionalmente esencial de los parlamentos consistente en la aprobación de las leyes. Siguiendo el esquema clásico, analiza la iniciativa legislativa en sus diversas modalidades y posteriormente la fase nuclear del procedimiento, consistente en la presentación de las enmiendas y los debates plenarios y de comisión. Este capítulo se completa con los trabajos de los letrados del Parlamento de Andalucía Plácido Fernández-Viagas Bartolomé, Carmen Noguero Rodríguez y Vicente Perea Florencio, quienes dan cuenta de los procedimientos especiales referidos a la competencia legislativa plena de las comisiones parlamentarias, el control parlamentario de las disposiciones del Gobierno con fuerza de ley y la tramitación del proyecto de ley en lectura única.

Por su lado, el antiguo letrado mayor del Parlamento de Andalucía José Antonio Víboras Jiménez trata una materia muy propia de su especialidad como profesor de derecho financiero, cual es el proyecto de Ley de presupuestos. Respecto de esta cuestión, se detiene en analizar la jurisprudencia constitucional en relación con las limitaciones en el contenido de la Ley de presupuestos y las especificidades del procedimiento de aprobación del presupuesto. Finalmente y en relación con la materia legislativa, Ángel Marrero García-Rojo trata de las especialidades de las proposiciones de ley, y el actual letrado mayor secretario general del Parlamento de Andalucía, Javier Pardo Falcón, de la retirada de los proyectos y proposiciones de ley.

La letrada del Parlamento vasco Montserrat Auzmendi del Solar explica en el capítulo XIX la materia correspondiente al otorgamiento de autorizaciones y otros actos del Parlamento, así como el otorgamiento y la retirada de la confianza. Otro letrado de la cámara vasca, Josu Osés Abando, da cuenta de las interpelaciones parlamentarias, tanto respecto a sus requisitos procedimentales como al tratamiento de las mociones que derivan de ellas. La actividad rogatoria de las cámaras se ve completada por el estudio de Juan Carlos Areizaga Hernández y Andoni Iturbe Mach, que realizan un análisis pormenorizado de las preguntas parlamentarias. Por otro lado, Alberto Figueroa Laradogoitia, antiguo letrado mayor del Parlamento vasco, trata las proposiciones no de ley tanto en su tramitación como en el importante trámite de calificación y admisión por parte de la mesa de las cámaras.

regap



RECENSIONES

El catedrático de derecho administrativo Martín María Razquin Lizarraga lleva a cabo en el capítulo XXIII del libro un análisis exhaustivo de las comunicaciones del Gobierno, profundizando en el examen de los programas y planes remitidos por el Ejecutivo y las informaciones gubernamentales. Pone colofón al libro el trabajo relativo a las propuestas de nombramiento y designación de personas y los asuntos en trámite a la terminación del mandato del Parlamento que hicieron los letrados del Parlamento vasco Areizaga Hernández e Iturbe Mach.

María Aneiros González

Letrada del Parlamento de Galicia

Las “casaciones administrativas”. Experiencias alemana y francesa

Le “Cassazioni amministrative”. Le
esperienze tedesca e francese

The “Administrative Cassation”.
German and French experiences

53
Regap

MASUCCI, A.

Giuffrè Editore, Milano, 2016, 144 pp.

Regap



RECENSIONES

La profunda y radical reforma del recurso de casación contencioso-administrativo llevada a cabo por la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, que acaba de entrar en vigor en el momento de ser redactadas estas líneas y que tantas dudas e inquietudes suscita, hace conveniente dirigir la mirada al panorama comparado para saber en qué estado de evolución se hallan en este terreno los ordenamientos jurídicos que históricamente más han influido en el nuestro. Por eso no puede resultar más oportuna la aparición en Italia, en la prestigiosa editorial Giuffrè, de esta obra del profesor Alfonso Masucci, ordinario de derecho administrativo en la Universidad L’Orientale de Nápoles, titulada de forma muy significativa *Las “casaciones administrativas”*, pues, en efecto, no hay un único modelo de recurso de casación contencioso-administrativo.

En ella, el profesor Masucci realiza una amplia y circunstanciada exposición de las “casaciones administrativas” alemana y francesa, y hay que resaltar ya desde un primer momento que el autor no se limita a la desnuda paráfrasis de las normas legales que regulan estos instrumentos procesales (y que podemos encontrar reproducidas en versión original y en traducción italiana en un apéndice a la obra), sino que, acudiendo a la mejor doctrina de los dos países, nos ofrece también la visión práctica de cómo los correspondientes tribunales de casación contencioso-administrativos (el *Bundesverwaltungsgericht* alemán y el *Conseil d’Etat* francés) interpretan y aplican en la realidad esos preceptos. Esa visión práctica se combina con un profundo conocimiento del origen histórico y el sentido institucional último del re-

curso de casación, que se utiliza a lo largo de toda la obra como punto de referencia para la valoración de las concreciones de este instrumento procesal en los ordenamientos analizados.

Aunque la publicación del libro haya coincidido en el tiempo con nuestra reforma del recurso de casación contencioso-administrativo (a la cual se hace referencia en la introducción, en concreto en la nota 31, pp. 7 y ss.), es evidente que no es esto lo que ha movido al profesor Masucci a emprender su investigación de derecho procesal administrativo comparado. El motivo declarado del trabajo son las limitaciones que este instrumento procesal presenta en la actualidad en el ordenamiento jurídico italiano y la valoración del autor de que sería necesario introducirlo en él en toda su extensión, por las razones que ahora se dirán.

Resumiendo en pocas palabras la situación, en Italia el *Consiglio di Stato* actúa como tribunal de apelación con respecto a los tribunales administrativos regionales y, en ese papel, se supone que debería garantizar la aplicación uniforme del derecho administrativo por estos. Sin embargo, la realidad es que las orientaciones jurisprudenciales de sus distintas secciones son con frecuencia divergentes (no sólo entre sí, sino incluso dentro de una misma sección), y el único remedio que hay frente a esto es la posibilidad de que el presidente del Consejo de Estado o la propia sección que conoce de una causa remita la decisión de ésta a la *Audanza Plenaria*, es decir, al Pleno del Consejo de Estado. Ahora bien, este expediente no es un recurso que puedan presentar directamente y por sí mismas las partes del proceso, con lo que carece de la finalidad garantista típica de los recursos.

Es verdad que en Italia hay también un recurso de casación propiamente dicho contra decisiones del Consejo de Estado ante la *Corte di Cassazione*, supremo órgano de la jurisdicción ordinaria, pero sólo se puede interponer por motivos relativos al reparto de la jurisdicción entre esta última y la jurisdicción administrativa, tal como prevé el último párrafo del artículo 111 de la Constitución de la República Italiana. No cabe duda de que esta cuestión históricamente ha planteado enormes dificultades en el ordenamiento jurídico italiano, pero restringir el recurso de casación administrativo a ella impide que este pueda cubrir todas las funciones que de ordinario desenvuelve un recurso de casación a la hora de corregir los *errores in procedendo* y los *errores in iudicando*, y que cumpla una finalidad tanto nomofiláctica como de uniformización de la jurisprudencia, en tutela de los principios de legalidad y de igualdad ante la ley de los ciudadanos. De ahí que el profesor Masucci haya querido exponer los ejemplos alemán y francés, haciendo uso del derecho comparado en su auténtica y prístina funcionalidad, con objeto de abrir en su país el debate sobre la necesidad de dotarse de un verdadero recurso de casación contencioso-administrativo, liberado de sus actuales limitaciones.

Los dos grandes capítulos en los que se divide la obra, cada uno dedicado al correspondiente instrumento procesal alemán y francés, empiezan con un breve esbozo histórico sobre los orígenes y la evolución del sistema de control jurisdiccional de la Administración en ambos ordenamientos jurídicos y la manera en que se ha ido insertando en ellos el recurso de casación, conocido como recurso de revisión en Alemania y con la denominación tradicional en Francia. Ya en este punto se observa claramente que hay un desarrollo paralelo, aunque no totalmente sincronizado en el tiempo, de los diversos ordenamientos jurídicos (en Alemania el actual recurso de revisión se creó en 1960, en Francia el recurso de casación contencioso-administrativo apareció en 1987, cuando se relegó el Consejo de Estado a la función principal de tribunal de casación, mientras que en España esta evolución se completó en 1992, cuando

se hizo efectivo un cambio similar en el papel de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo), desarrollo del que, como se ha dicho, de momento sigue excluida Italia.

Después de esta parte introductoria de cada capítulo, el profesor Masucci disecciona los diversos aspectos del recurso (objeto, motivos, presupuestos procesales, interposición, admisión, tramitación, formas de terminación del procedimiento, con especial atención a los posibles contenidos del eventual fallo estimatorio, remedios que proceden contra este). Es aquí donde se comprueba que no hay un único modelo de recurso de casación contencioso-administrativo, sino que este se adapta a las peculiaridades de los distintos ordenamientos jurídicos.

Así, en Alemania su finalidad es esencialmente la de garantizar la uniformidad de la jurisprudencia administrativa, tutelando el principio de igualdad ante la ley de los ciudadanos, en un sistema federal profundamente descentralizado donde los *Länder* disponen de sus propias organizaciones jurisdiccionales. Ello provoca que, como ocurre en nuestro país, adquiera una gran importancia la determinación de cuál sea el “derecho revisable”, es decir, el derecho que puede ser invocado ante el tribunal administrativo federal para fundamentar el recurso de revisión, y que no es sólo el derecho federal propiamente dicho, sino que incluye también otros supuestos equiparados a él a estos efectos. En cambio, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento jurídico español, la admisión del recurso se dilucida ante el tribunal de instancia y no ante el tribunal administrativo federal, aunque bajo el control de este.

Por el contrario, en el recurso de casación administrativo francés prevalece la finalidad nomofiláctica, en tutela del principio de legalidad, como corresponde al carácter centralizado de la organización territorial del país vecino. No obstante, hay un aspecto en que el recurso francés es más similar al nuestro que el alemán: la decisión sobre la admisibilidad del mismo corresponde al Consejo de Estado, que dispone de facultades ampliamente discrecionales para valorar si conoce o no del asunto, no a través del concepto de “interés casacional”, elevado a criterio de admisibilidad prácticamente único en la última reforma de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa española, sino de la posibilidad de inadmitir el recurso si encuentra que no se invoca ningún “motivo serio” para fundamentarlo.

Hay otros aspectos en los que todos estos instrumentos procesales son muy parecidos. Cabe destacar, en particular, la posibilidad de que, bajo determinadas circunstancias, el tribunal de casación no se limite, en caso de estimar el recurso, a casar y anular la sentencia impugnada, y a continuación reenvíe la causa al tribunal de instancia para que dicte una nueva sentencia, sino que resuelva por sí mismo el fondo del asunto. Ésta es una tendencia común a los distintos ordenamientos jurídicos propiciada por el moderno entendimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, que no se compadece bien con las dilaciones y complicaciones que puede conllevar que, estando la causa suficientemente definida en cuanto al fondo, el tribunal de casación no sustituya la sentencia que ha casado y anulado.

De todas formas, a la hora de insertar en este panorama comparado la reciente reforma española del recurso de casación contencioso-administrativo, hay un factor que no emerge a simple vista, pero que no se puede dejar de tomar en consideración si se quiere llevar a cabo una adecuada valoración de las motivaciones y al alcance real de la misma. Ese factor no es otro que el singular sistema de distribución de competencias entre los distintos órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo establecido por la vigente Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, el cual, unido al régimen que esta prevé para

regap



RECENSIONES

el recurso de apelación, hace que todos ellos, sin excepción, puedan actuar como órganos de única instancia. De este modo, nuestro proceso contencioso-administrativo presenta la particularidad de que un altísimo porcentaje de causas no son susceptibles de apelación y, por consiguiente, en muchas ocasiones la única vía que existe para conseguir una nueva revisión judicial del asunto es la del recurso de casación. Esto inevitablemente condena a la casación contencioso-administrativa española a convertirse en un sucedáneo de una apelación y tergiversa notablemente su funcionalidad, haciendo pasar a primer plano de toda reforma la necesidad de dotar a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de armas procesales que le permitan defenderse de una avalancha de recursos con los cuales lo que pretenden los recurrentes no es más que acceder a una segunda instancia.

Así las cosas, el complemento necesario de la última reforma de la casación contencioso-administrativa, que ha elevado fuertemente el número de sentencias que pueden ser objeto del recurso, a cambio de incrementar la discrecionalidad de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para decidir de qué causas conoce, debería ser la transformación, tal como preveía la vigente Ley orgánica del poder judicial en su redacción original, de los juzgados y los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo en órganos con competencia general de primera instancia, para relegar a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia y de la Audiencia Nacional a la función de órganos exclusiva o casi exclusivamente de apelación, con la correlativa eliminación o, al menos, fuerte restricción de las limitaciones que actualmente padece el acceso a esta. Con estos cambios, la nueva configuración del recurso de casación quedaría encajada de una forma mucho más armónica en el conjunto del sistema procesal contencioso-administrativo.

En definitiva, este libro del profesor Masucci, como todos los buenos estudios de derecho comparado, nos ayuda a alzar la mirada más allá de la letra pequeña de nuestro propio derecho, para conocer cómo se resuelven en otros ordenamientos jurídicos problemas similares a los que nos preocupan. Asimismo, la existencia de una cultura jurídica europea común, de la que el autor es profundo conocedor y en la que se insertan instituciones como el recurso de casación, aporta como valor añadido la clarificación, en una perspectiva histórico-dogmática, del sentido último de aquellas, que tan importante resulta a la hora de acertar a darles una adecuada configuración en el derecho positivo.

Luis Míguez Macho

Catedrático de Derecho Administrativo
 Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España)