

A controvertida caracterización do contrato administrativo especial

La controvertida caracterización del contrato administrativo especial

The contested concept of special administrative contract



ESTELA VÁZQUEZ LACUNZA

Técnica Superior de Apoio. Corpo Superior Xurídico
Xunta de Comunidades de Castela-A Mancha
Doutora en dereito pola UCLM
estelavlacunza@gmail.com

Recibido: 19/09/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Os contornos non sempre claros do contrato administrativo especial dependeron no noso dereito do deslinde entre os contratos administrativos e os contratos privados. Pero o seu ámbito viuse reducido na medida en que se foron incorporando as tipoloxías dos contratos públicos do dereito europeo. Isto ocasionou que a súa utilización sexa cada vez máis restritiva e arbitraria, quedando como unha particularidade “especial” dentro do novo texto da lei de contratos que, en definitiva, os relega a representar un papel secundario, condenándoos á súa desaparición, xa que a súa aplicación práctica é cada vez máis limitada.

Palabras clave: Contratos públicos, contrato administrativo, contrato privado, contrato administrativo especial.

Resumen: Los contornos no siempre claros del contrato administrativo especial han dependido en nuestro derecho del deslinde entre los contratos administrativos y los contratos privados. Pero su ámbito se ha visto reducido en la medida que se han ido incorporando las tipologías de los contratos públicos del derecho europeo. Esto ha ocasionado que su utilización sea cada vez más restrictiva y arbitraria, quedando como una particularidad “especial” dentro del nuevo texto de la ley de contratos que, en definitiva, los relega a representar un papel secundario, condenándolos a su desaparición, ya que su aplicación práctica es cada vez más limitada.

Palabras clave: Contratos públicos, contrato administrativo, contrato privado, contrato administrativo especial.

Abstract: The contested notion of special administrative contract in the Spanish Law has depended on the limits between management contracts and private contracts. Nevertheless, the implementation of European Law has caused its reduction. Nowadays, its use is ever more restrictive and arbitrary. It just remains as a very specific “particular” regime within the new text of the contract law. It plays a minor role and its disappearance is to be expected, since its practical application is more and more restricted.

Keywords: Public contracts, administrative contract, private contract, special administrative contract.

Sumario: 1 Introducción. 2 A separación entre contratos administrativos e privados na contratación da Administración pública española. 2.1 Orixe e extensión do contrato administrativo: o nacemento do contrato administrativo especial. 2.2 Reforzo dos contratos administrativos especiais e mellora no seu deslinde dos contratos privados que manteñen o

seu carácter residual. 2.3 A transformación do contrato administrativo especial: o carácter supletorio outorgado pola Lei 30/2007. 3 Influencia do dereito europeo na configuración do contrato administrativo especial. 4 Supostos que en distintos momentos foron cualificados como contratos administrativos especiais. 4.1 Prestacións de carácter patrimonial. 4.2 Prestacións de servizos que non encaixaban nos tipos nominados vixentes. 4.3 Contratos que en atención ao seu obxecto pasaron a cualificarse legalmente como privados. 4.4 A explotación de cafeterías, restaurantes, comedores ou bares en dependencias públicas. 5 Manteñen os contratos administrativos especiais o seu carácter supletorio na nova LCSP? 6 O réxime xurídico dos contratos administrativos especiais. 7 Recapitulación. 8 Bibliografía.

1 Introducción

Para os operadores xurídicos, resultou de gran dificultade tipificar algunhas prestacións, sobre todo cando a súa delimitación foi variando coas distintas regulacións aprobadas en materia de contratos públicos. Proba diso son as numerosas consultas sobre as que se tiveron que pronunciar as xuntas consultivas de contratación administrativa relativas á cualificación dos contratos, e os conflitos que sobre o particular tiveron que resolver os tribunais de recursos contractuais.

Sen dúbida, dentro dos contratos que xeraron maior incerteza na súa cualificación están os contratos administrativos especiais, situación que se debeu, por unha parte, ao paulatino incremento de prestacións para as que a Administración recorreu á contratación, que foron inicialmente cualificadas como contratos administrativos especiais porque o seu obxecto no momento da licitación non tiña encaixe en ningún dos tipos administrativos nominados ou típicos, pero que posteriormente foron incorporados a estes pola súa habitualidade. E, por outra parte, porque os ditos contratos actuaron como fronteira móbil cos contratos privados, pois a súa cualificación como administrativos tiña lugar cando cumprían os distintos presupostos fixados legalmente, que lles atribuían carácter especial.

En efecto, a delimitación dos tipos contractuais foi e é unha constante fonte de polémica, á que contribuíu que o noso dereito da contratación pública desde mediados do século XX se asentase na figura do contrato administrativo, que ten a súa causa no interese público e que precisa da presenza dunha Administración pública, así como na proliferación doutros entes, organismos ou entidades de dereito público que, pola súa personificación, se atopan sometidos ao dereito privado na súa actividade contractual.

Deste xeito, en España produciuse unha dualidade entre contratos administrativos e privados que é descoñecida noutros países da nosa contorna, e cuxa dicotomía aínda hoxe xera dúbidas porque o seu deslinde foi variando no tempo en función da súa determinación legal¹, sobre todo debido a que a categoría de contratos administrativos estivo integrada tanto por contratos cualificados como tales en función de que o seu obxecto estivese incluído nos tipos relacionados de forma explícita na norma vixente como por aqueles outros considerados administrativos especiais por cumpriren determinados criterios que os facían merecedores dese cualificativo porque a súa causa era unha finalidade pública.

A confusión na tipificación das prestacións viuse agravada pola necesidade de adaptar o noso ordenamento xurídico ao dereito da Unión Europea en materia de contratación pública, para

1 Xa advertiu ARIÑO ORTIZ que o contrato administrativo non posúe unha natureza fixa e inmutable, senón que é unha categorización dinámica. A súa cualificación xurídica variará en extensión e co tempo por estar vinculada ao ámbito ideolóxico e político de cada momento, que é o que determina que contrato se cualificará como administrativo pola súa especial importancia para o interese público. Por iso, o seu réxime especial caracterizarase por unha maior elasticidade e capacidade de decisión dunha das partes para a protección do fin público perseguido ("el enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 172, 2007, p. 95).

o que resulta indiferente tanto a personalidade xurídica da entidade contratante como a natureza que lles atribúan os Estados membros ao negocio xurídico celebrado. O relevante é o aseguramento da libre competencia nos procedementos de contratación para a consecución dun mercado único, propósito que motivou que as directivas que se foron aprobando na materia incidisen na fixación común dos ámbitos subxectivo e obxectivo de aplicación. Estes elementos repercutiron na cualificación dos contratos como administrativos ou privados no dereito contractual público español e, polo tanto, nos contratos administrativos especiais.

Non obstante, o contrato administrativo subsiste no noso dereito interno², malia que as sucesivas normas aprobadas para traspor as directivas europeas de contratación pública fosen adaptándose ás acepcións comunitarias, tanto no concepto de poderes adjudicadores³ para delimitar os suxeitos contratantes como na noción dos tipos contractuais, que foron axustándose ás definicións comunitarias, alterando algúns dos nosos conceptos tradicionais⁴.

A consecuencia foi que a conceptualización do contrato administrativo e, en particular, a do contrato administrativo especial se foi modulando a medida que a normativa europea de contratación pública se foi expandindo.

Esta situación fai imprescindible que, para determinar cando un contrato debe ser cualificado como administrativo especial, nos refiramos á evolución que na actividade contractual da Administración pública tivo a dualidade, que aínda persiste, entre contratos administrativos e contratos privados, xa que o cambio no seu deslinde afectou á definición dos contratos administrativos especiais, así como a examinar en que medida a regulación da tipoloxía comunitaria dos contratos públicos foi influíndo na súa extensión.

2 A separación entre contratos administrativos e privados na contratación da Administración pública española

A medida que o Estado se foi transformando, asumindo novas funcións derivadas da prestación de servizos aos cidadáns, a modalidade da actividade contractual experimentou un grande auxe fronte ás actuacións sustentadas en actos unilaterais⁵. Os primeiros contratos foron os que tiñan por obxecto a execución de obras e a xestión de servizos públicos, aos que máis tarde se sumaron os contratos de subministracións. Despois xurdiron outras necesidades, derivadas en parte da propia actividade interna da Administración, como as prestacións de servizos e asistencia técnica, que axiña foron tamén cubertas mediante contratación.

Esta crecente actividade contractual foi desenvolvendo en España un réxime xurídico propio dos contratos das administracións públicas que foi separándose paulatinamente do dereito común. Non obstante, inicialmente o seu réxime só se diferenciaba da contratación privada

2 Cuestionan a súa subsistencia, entre outros, DÍAZ LEMA, J.M., "Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad en la ley de contratos del sector público?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 141, 2009, pp. 5-42.

3 En relación con este concepto, *vid.* GALLEGO CÓRCOLES, I., "El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", I e II, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 77, 2008, pp. 44 e ss., e n. 78, pp. 76 e ss.

4 Tal é o caso das prestacións que hoxe se agrupan no contrato de servizos, cuxa delimitación quedou equiparada ao dereito europeo coa aprobación da Lei de contratos do sector público do ano 2007, ou o contrato de xestión de servizos públicos, cuxa substitución pola concesión de servizos xa foi prevista no anteproxecto de Lei de contratos do sector público de abril de 2015.

5 Sobre as circunstancias históricas que motivaron a elección entre acto ou contrato, *vid.* MEILÁN GIL, J.L., "Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos", *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, n. 8, 2005, pp. 510-514.

pola atribución do coñecemento dos seus conflitos á xurisdición contencioso-administrativa⁶, pola existencia de prerrogativas a favor da Administración, xustificadas pola necesidade de asegurar o interese xeral, polo establecemento de regras comúns para a selección dos contratistas, así como pola fixación de controis financeiros na súa actividade⁷.

2.1 Orixe e extensión do contrato administrativo: o nacemento do contrato administrativo especial

O recoñecemento da individualidade do contrato administrativo non ten lugar ata que se aproba a Lei 198/1963, do 28 de decembro, de bases de contratos do Estado⁸, que no apartado I da súa exposición de motivos sostén que:

“A submisión preferente ao dereito administrativo é a característica normativa que lles outorga aos contratos do Estado regulados pola lei o seu perfil institucional, e configúraos como unha categoría independente con afastadas raíces no dereito privado de obrigas que seguirá achegando, mañá como onte, o valor secular do esquema xurídico: contrato e dereito administrativo únense para dar vida a un ente orixinal. Aceptado este axioma, non é difícil discernir o concepto de contrato administrativo de que parte esta lei de bases; basta acudir ao fundamento do dereito administrativo para descubrir a causa do negocio, para comprender a razón das súas peculiaridades normativas e para sentir a necesidade duns procedementos especiais de elaboración do contrato e de axuizamento da relación xurídica cando o restablecemento do dereito exige a intervención do poder xurisdiccional [...]”⁹.

Posteriormente, o Decreto 923/1965, do 8 de abril, polo que se aproba o texto articulado da Lei de contratos do Estado (en diante, LCE), consagrou a substantividade dos contratos administrativos. Esta norma precisaba que os contratos que tivesen por obxecto directo a execución de obras, a xestión de servizos ou a prestación de subministracións estaban suxeitos ao dereito administrativo e peculiaridades da dita lei, mentres que o resto de contratos con obxecto distinto se debían rexer polas súas normas privativas¹⁰. Dentro dos segundos, enumeraba os contratos de compravenda de inmobles, mobles que non teñan a consideración de subministracións, préstamo, depósito, transporte, arrendamento, explotación patrimonial ou calquera outros¹¹. Non obstante, ao dispor nos artigos 18 e 19 o seu réxime xurídico

6 Aínda que na súa orixe a atribución dos contratos á xurisdición contencioso-administrativa se debía a unha simple razón subxectiva. Todos os contratos que asinase a Administración eran competencia dos tribunais contencioso-administrativos por puras razóns prácticas, pois non existía distinción entre contratos administrativos e contratos privados, algo que era inconcibible, xa que todos os contratos se suxeitaban ao dereito civil. Así o sinalou GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 41, 1963, pp. 101-103.

7 Sobre a evolución e regulación da actividade contractual da Administración pública en España, *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo II, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2009, pp. 165-172.

8 Esta norma limitouse a regular unicamente os contratos que tivesen por obxecto obras, xestión dos servizos públicos e subministracións, aínda que tamén é preciso apuntar que xa recolle na súa base II que os contratos que realice o Estado con obxecto diferente, como os de compra e venda de inmobles, préstamo, depósito, arrendamento, explotación patrimonial, laborais ou calquera outros, se rexerán polas súas normas especiais, aplicándose supletoriamente as disposicións da lei para os referidos contratos.

9 CORRAL GARCÍA, E., “Evolución de la legislación de contratos de la administración”, *Contratación del Sector Público Local*, tomo I, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), Madrid, 2008, pp. 128 y 129.

10 Capítulos primeiro e segundo do título preliminar.

11 En defecto de normas privativas, debían observarse as seguintes regras: se se trataba de contratos que pola súa natureza debían someterse ao ordenamento xurídico-administrativo, este debía actuar como dereito supletorio, sendo peculiarmente aplicables as contidas con tal carácter na dita lei; se a natureza do contrato excluía a aplicación do ordenamento xurídico-administrativo, observaríanse os principios sobre competencia e procedemento.

supletorio, fai unha distinción en función de se os ditos contratos tiñan ou non natureza administrativa.

En consecuencia, a regulación da LCE céntrase en establecer tanto normas xerais como específicas, pero unicamente para os contratos declarados administrativos polo seu obxecto. Para o resto mantívose o criterio tradicional de preferencia do dereito civil.

Polo tanto, a LCE na súa redacción inicial non incluía ningunha delimitación dos contratos administrativos de carácter especial. A primeira conceptualización dos ditos contratos, aínda que de forma tenue, prodúcese coa modificación operada na LCE coa aprobación da Lei 5/1973, do 17 de marzo.

Na súa exposición de motivos desvela que un dos seus propósitos é fixar tanto o réxime xurídico dos contratos administrativos como o dos que non revisten tal condición. Así, no texto da norma, no capítulo primeiro do título preliminar, concréntanse as disposicións xerais a que deberán axustarse os contratos que formalice a Administración do Estado. En primeiro lugar, no artigo 2 relaciónanse os negocios xurídicos que quedan fóra do ámbito da lei. Pero o máis relevante atopámolo no artigo 4, que establece unha serie de regras en relación co réxime xurídico dos contratos, distinguindo tres supostos:

1) Os contratos que teñan por obxecto directo obras, xestión de servizos públicos e subministracións¹², que teñen carácter administrativo¹³.

2) Os contratos distintos dos anteriores, como os de contido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamento, sociedade ou calquera outros, que teñan carácter administrativo, *"por declaralo así unha lei, pola súa directa vinculación ao desenvolvemento regular dun servizo público ou por revestiren características intrínsecas que fagan precisa unha especial tutela do interese público para o desenvolvemento do contrato"*¹⁴.

3) Os contratos distintos dos anteriores que non teñan carácter administrativo, ao non estaren incluídos entre os supostos previstos.

Das regras expostas extraemos que se produce a primeira separación entre os contratos administrativos e os privados. A categoría de contratos administrativos é a máis ampla, xa que comprende os contratos que figuran nas dúas primeiras regras. Na primeira atópanse os que revisten tal condición polo seu obxecto: obras, xestión de servizos públicos e subministracións. E na segunda, aqueles cuxa pertenza vén determinada polo cumprimento dalgún dos supostos previstos na propia lei.

Para o Tribunal Supremo, esta importante innovación da lexislación contractual que permitiu atribuírlles carácter administrativo non só aos contratos polo seu obxecto, senón aos que

12 Aínda que non figuren neste precepto os contratos de servizos, declarouse subsistente a regulación do Decreto 916/1968, do 4 de abril, polo que se regula a contratación de estudos e servizos técnicos con sociedades e empresas consultoras polos departamentos ministeriais, que foi adaptada ás normas da LCE mediante o Decreto 1005/1974, do 4 de abril, polo que se regulan os contratos de asistencia que realice a Administración do Estado e os seus organismos autónomos con empresas consultoras ou de servizos.

13 Estes contratos réxense na súa preparación, adxudicación, efectos e extinción pola LCE e disposicións regulamentarias, supletoriamente polas restantes normas do dereito administrativo e, no seu defecto, polas normas do dereito privado.

14 Na súa preparación, adxudicación, efectos e extinción, rexeranse polas súas normas administrativas especiais; no seu defecto, polas normas relativas aos contratos anteriores; finalmente, polas demais normas do dereito administrativo e, no seu defecto, polas normas do dereito privado.

tivesen tal carácter por declaración legal ou pola súa directa vinculación ao desenvolvemento regular dun servizo público ou por revestiren características intrínsecas que fixesen precisa unha especial tutela de interese público para o seu desenvolvemento tivo un importante efecto ao substituír o tradicional criterio de supletoriedade (preferencia do civil) polo principio de autointegración do ordenamento administrativo, como dereito obxectivo autónomo establecido¹⁵.

Con esta delimitación preséntansenos dous tipos de contratos administrativos. Os contratos que a doutrina denominou “*típicos*”, que son administrativos polo seu obxecto e que foron variando ao longo do tempo¹⁶. E os que son considerados “*de natureza administrativa especial*” porque así o dispuxese unha lei ou porque concorran algún dos requisitos fixados na norma.

Con posterioridade, ao ser aprobado mediante o Decreto 3410/1975, do 25 de novembro, o Regulamento xeral de contratación do Estado, tras clasificar no seu artigo 7 os tres tipos de contratos: administrativos de obras, xestión de servizos públicos e subministracións (nomina-dos), administrativos especiais e privados, determina cales son os contratos administrativos especiais. Dentro destes, distingue catro grupos. Un primeiro grupo, que son os de contido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamento, sociedade ou calquera outros en que concorran as circunstancias seguintes: que o declare expresamente unha lei, que estea directamente vinculado ao desenvolvemento regular dun servizo público ou que revista características intrínsecas que fagan precisa unha especial tutela do interese público para o desenvolvemento do contrato, requisitos que son os establecidos na regra segunda da LCE, na redacción dada pola Lei 5/1973, do 17 de marzo (artigo 4.2). E despois inclúense tres grupos máis: os de asistencia con empresas consultoras ou de servizos referidos no Decreto 1005/1974, do 4 de abril; os forestais regulados pola lexislación de montes con tal carácter; e os de transporte de correos, persoal, material, artigos ou efectos militares ou outros bens e valores do Estado.

É importante destacar que entre os contratos que se relacionan de xeito indicativo como os que poderán ser cualificados como administrativos especiais, se se cumpre a segunda regra da lei, se atopan os de contido patrimonial ou os arrendamentos. Non obstante, debido á dicción do precepto, está claro que non se trata de *numerus clausus*, senón que a lista queda aberta. Desta forma, calquera outro contrato de dereito privado podería ser cualificado de contrato administrativo especial cando cumprise calquera dos criterios expostos na lei, aínda que a súa interpretación debía efectuarse de forma estrita, pois unicamente se se daban as características especiais definidas polo lexislador: declaralo unha lei, vinculación directa ao desenvolvemento regular dun servizo público ou que as súas características intrínsecas requirisen que a tutela do interese público fose especial, podían ser cualificados como administrativos especiais.

15 Así o expresou na Sentenza n. 583/2001, do 8 de xuño (Sala do Civil), na cal recolle a alocución da Sentenza da mesma sala do 7 de novembro de 1983. Baseándose no cambio producido, o tribunal considerou administrativo o contrato de redacción dun proxecto de construción dun edificio destinado a biblioteca porque o contrato revestía características que facían precisa unha especial tutela do interese público para o seu desenvolvemento (RX 2001, 5540).

16 Pois a tipificación responde en boa medida do uso reiterado que fai a Administración pública de determinados contratos para o cumprimento das súas atribucións.

Por último, de forma residual estarían os contratos privados, ao establecer a LCE que neste grupo se atopaban os contratos que non tiñan carácter administrativo por non estaren incluídos dentro dos supostos previstos na segunda regra.

A principal consecuencia desta nova regulación foi o incremento na cualificación como contratos administrativos dos que coa lexislación anterior terían sido cualificados como contratos privados cando respondían a un fin público, sobre todo nos de carácter patrimonial e nos enumerados a xeito de exemplo na lei.

Esta expansión do carácter administrativo dos contratos, que atende á finalidade pública que persegue a Administración que realiza o contrato, está presente no razoamento empregado, entre outras, por exemplo, na Sentenza do Tribunal Supremo, Sala do Civil, do 30 de outubro de 1983 (RX 1983, 5846), en que cualificou de administrativo un contrato de compravenda de terreos de pertenza municipal que tiña como fin favorecer a creación de industrias e o conseguinte aumento de postos de traballo. Nela o tribunal subliña que:

“Ao enfrontarse co tema da distinción entre os contratos privados e os administrativos, a doutrina científica e a xurisprudencial prescinden do tradicional criterio das cláusulas exorbitantes ou derogatorias do dereito común para aterse primordialmente ao obxecto e finalidade do negocio, de tal sorte que a materia do contrato administrativo versará sobre un servizo público, entendida a expresión no máis amplo sentido para comprender as actividades da Administración que tendan a satisfacer un interese xeral propio da súa competencia, e por conseguinte estará incluído no concepto todo o que non sexa xestión mercantil ou actuación relacionada co dominio privado, o que permite concluír que polo xeral se estará ante un negocio do dito carácter sempre que o órgano da Administración interveña no campo específico do seu labor, lata acepción que así mesmo se obtén do artigo 4.º da Lei de contratos do Estado segundo a modificación do 17 de marzo de 1973, cuxa regra segunda abarca a actividade típica que o órgano administrativo desenvolve no ámbito da súa concreta competencia funcional, razóns polas cales esta sala, que xa propugnou «o sentido amplo» na interpretación do que debe entenderse por servizo público –S. do 22 de novembro de 1967–, lle nega carácter civil ao contrato de alleamento de soar para a edificación de vivendas destinadas a satisfacer un interese xeral –S. do 16 de decembro de 1970– e ao celebrado pola Administración e un particular para a elaboración dun proxecto de construción dun edificio público –S. do 11 de maio de 1982–, orientación tamén seguida pola Sala Cuarta, que lle atribuíu natureza administrativa ao contrato polo cal un concello alleou bens propios coa obriga de construír en determinado prazo, precisando o tipo e as particularidades do inmovible –S. do 2 de marzo de 1973–”.

Así mesmo, pódese constatar que o carácter administrativo dun contrato derivado desta visión finalista, dada a amplitude do concepto de servizos públicos, deberá sustentarse na definición negativa ou excluínte do servizo público, tal como se precisa na Sentenza do Tribunal Supremo, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, do 30 de outubro de 1990 (RX 1990, 8400), que sostén que:

“Teñen carácter administrativo tanto os contratos cuxo obxecto directo sexa a execución de obras e a xestión de servizos públicos a cargo das entidades locais como os distintos das de obras e servizos, de contido patrimonial (préstamos, depósitos, transportes, arrendamentos, compravendas, sociedades ou calquera outro) que pola súa vinculación directa ao desenvolvemento regular dun servizo público teñen carácter administrativo, sinalando con

claridade a Sentenza da Sala 1.ª deste tribunal do 30 de abril de 1986 que, dada a amplitude do concepto de servizos públicos, o concepto de contrato administrativo vén determinado doutrinalmente pola definición negativa ou excluínte do servizo público; é dicir, cando o contrato non ten por obxecto a xestión do dominio privado, patrimonial ou mercantil da Administración, o contrato será administrativo”¹⁷.

Polo tanto, é importante ter en conta que gran parte da xurisprudencia que cualificou contratos patrimoniais como contratos administrativos deriva desta concepción teleolóxica, de maneira que, baseándose nesta visión finalista, os contratos privados ocupan neste momento un lugar residual.

2.2 Reforzo dos contratos administrativos especiais e mellora no seu deslinde dos contratos privados que manteñen o seu carácter residual

Coa aprobación da Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas (en diante, LCAP), promúlgase por primeira vez unha norma básica en materia de contratación pública para todas as administracións públicas, o que motiva o cambio de denominación. A súa principal pretensión é someter a esta lei toda a actividade contractual das administracións públicas, agás os negocios expresamente excluídos¹⁸, de forma que se establece tanto o réxime xurídico dos contratos administrativos como o dos contratos privados.

No artigo 5 da LCAP delimitase o carácter administrativo e privado dos contratos do seguinte xeito:

“2. Son contratos administrativos:

a) Aqueles cuxo obxecto directo, conxunta ou separadamente, sexa a execución de obras, a xestión de servizos públicos e a realización de subministracións, os de consultoría e asistencia ou de servizos e os que se asinen excepcionalmente con persoas físicas para a realización de traballos específicos e concretos non habituais.

b) Os de obxecto distinto dos anteriormente expresados, pero que teñan natureza administrativa especial por resultaren vinculados ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante, por satisfaceren de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da competencia específica daquela ou por declaralo así unha lei.

3. Os restantes contratos efectuados pola Administración terán a consideración de contratos privados e, en particular, os contratos de compravenda, doazón, permuta, arrendamento e demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmobles, propiedades incorpórais e valores negociables”.

17 A aplicación deste concepto de servizo público é realizada por esta mesma sala do TS, na súa Sentenza do 13 de febreiro de 1990 (RX 1990, 1430), cando cualifica de administrativo o arrendamento de instalacións da súa propiedade destinadas á proxección cinematográfica e realización de actos de natureza cultural e artística en xeral, debido a que a dita prestación do servizo público era competencia da corporación cando se formalizou o contrato e podía prestala mediante xestión indirecta.

18 Entre os contratos que quedan fóra da lei, xa hai unha referencia aos contratos financeiros, na letra k) do artigo 3.1: *“Os contratos relacionados coa compravenda e transferencia de valores negociables ou doutros instrumentos financeiros e os servizos prestados polo Banco de España”.*

Nesta delimitación dos contratos, observamos que se produciron algunhas variacións. En primeiro lugar, perséguese consolidar a división dos contratos da Administración en dous grandes grupos: administrativos e privados. E, aínda que os contratos privados seguen tendo un carácter residual, algúns dos que se enumeraban a xeito de exemplo na LCE, como os que poderían ter carácter administrativo especial polo cumprimento dos criterios fixados, agora figuran relacionados no grupo dos contratos privados, o que denota un cambio de tendencia.

En segundo lugar, dentro dos contratos administrativos están os que o son pola súa tipoloxía, e os que o son por declaralo unha lei ou porque cumpren cos criterios descritos, que variaron respecto á LCE. Recordemos que a LCE establecía como requisitos alternativos *“a súa directa vinculación ao desenvolvemento regular dun servizo público”* ou *“revestir características intrínsecas que fagan precisa unha especial tutela do interese público para o desenvolvemento do contrato”*.

A Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado (en diante, XCCAE), ao comparar a nova caracterización dos contratos administrativos especiais recollida na LCAP, en relación coa regulación precedente, estimou que, de existir algunha diferenza, sería para *“ampliar o campo dos contratos administrativos especiais, pois a ‘vinculación’ ao xiro ou tráfico da Administración contratante, ao tratarse dunha mera vinculación e non dunha pertenza estrita, permite incluír nesta categoría os contratos que afectan ao interese público concreto perseguido pola Administración de que se trate”* (Informe 5/96, do 7 de marzo de 1996).

En canto ao réxime xurídico dos contratos, ademais de establecer normas concretas para os contratos administrativos típicos, como facía a LCE, incorpóranse disposicións xerais para todos os contratos que formalicen as administracións públicas e, xunto a elas, inclúense normas específicas para os contratos de natureza administrativa especial. Nesta mención expresa ao réxime xurídico dos contratos administrativos especiais, dispónse que se rexerán con carácter preferente polas súas propias normas e que a orde xurisdiccional competente é a contencioso-administrativa (artigo 7). Tamén se exige no artigo 8 que nos seus pregos de cláusulas administrativas particulares se faga constar:

- “a) O seu carácter de contratos administrativos especiais.*
- b) As garantías que o contratista debe prestar para asegurar o cumprimento da súa obriga.*
- c) As prerrogativas da Administración para interpretar o contrato, resolver as dúbidas que ofrezca o seu cumprimento, modificalo por razóns de interese público, acordar a súa resolución e determinar os seus efectos.*
- d) A competencia da orde xurisdiccional contencioso-administrativa para coñecer das cuestións que poidan suscitarse en relación con estes”*.

Polo que se refire aos contratos privados, reiteramos que a lei inclúe expresamente os de compravenda, doazón, permuta, arrendamento e demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmoables, propiedades incorporais e valores negociables, e dispónse que se rexerán pola lexislación patrimonial das administracións públicas (artigo 9.1 LCAP), o que, como xa apuntamos, non obsta para que, en caso de que concorrese algunha das circunstancias especiais especificadas no artigo 5.2.b) da LCAP, os ditos contratos puidesen ser cualificados

como administrativos especiais, razón que nos leva a manter que os contratos privados seguen sendo a categoría subsidiaria.

Non obstante, debemos convir con FUERTES LÓPEZ¹⁹ en que, coa nova redacción na cualificación dos contratos patrimoniais, o lexislador parece inclinarse por atribuírles carácter privado, polo que consideramos que a súa pretensión foi clarificar a finalidade pública que debe ser exixida para que un contrato patrimonial poida ser cualificado como administrativo especial, pois por imperativo constitucional compéttelle á Administración a satisfacción do interese público. Polo tanto, a fórmula seleccionada exige que a dita finalidade sexa da competencia específica da Administración contratante e que estea vinculada a satisfacer de forma directa ou inmediata esa finalidade pública. Así, o que impón é que exista unha clara e esencial relación entre o contrato e a finalidade pública perseguida pola Administración pública.

Aínda que, como veremos, non se pode negar que, ao mesmo tempo que se vai fixando o contido dos contratos administrativos nominados, tamén se vai producindo para o resto de contratos unha paulatina atracción cara ao dereito privado.

Unha das modificacións máis importantes da LCAP foi a realizada pola Lei 53/1999, do 28 de decembro, que, en relación co tema que nos ocupa, suprime de entre os contratos típicos o de traballos específicos e concretos non habituais²⁰. Así mesmo, pretende clarificar o réxime xurídico de determinados contratos. Destaca neste sentido que a propia lei fixa o carácter privado dalgúns contratos e se incrementan as disposicións específicas para os contratos de natureza administrativa especial (artigo 8).

En canto á dicotomía entre contratos administrativos e privados, a redacción do artigo 5 é a seguinte:

1. Os contratos que asine a Administración terán carácter administrativo ou carácter privado.

"2. Son contratos administrativos:

a) Aqueles cuxo obxecto directo, conxunta ou separadamente, sexa a execución de obras, a xestión de servizos públicos e a realización de subministracións, os de consultoría e asistencia ou de servizos, agás os contratos comprendidos na categoría 6 do artigo 206 referente a contratos de seguros e bancarios e de investimentos, dos comprendidos na categoría 26 do mesmo artigo, os contratos que teñan por obxecto a creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos.

b) Os de obxecto distinto dos anteriormente expresados, pero que teñan natureza administrativa especial por resultaren vinculados ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante, por satisfaceren de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da competencia específica daquela ou por declaralo así unha lei.

3. Os restantes contratos celebrados pola Administración terán a consideración de contratos privados e, en particular, os contratos de compravenda, doazón, permuta, arrendamento e

19 FUERTES LÓPEZ, M., "Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n. 6, 2000.

20 Segundo a súa exposición de motivos, a supresión desta figura débese ás dúbidas e dificultades que o seu carácter residual e a súa definición negativa suscitaran na práctica. Ademais, estímase que o seu obxecto pode atenderse perfectamente a través dos contratos de consultoría e asistencia.

demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmobles, propiedades incorporais e valores negociables, así como os contratos comprendidos na categoría 6 do artigo 206 referente a contratos de seguros e bancarios e de investimentos e, dos comprendidos na categoría 26 do mesmo artigo, os contratos que teñan por obxecto a creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos”.

Entre as disposicións específicas que se inclúen para os contratos administrativos especiais, destaca o aumento dos aspectos que deben precisarse nos pregos de cláusulas administrativas particulares, de forma que aos exixidos na redacción inicial da LCAP, algúns dos cales modifican a súa redacción, se engade que constará o alcance das prórrogas, que non poderán producirse por consentimento tácito, e as causas específicas de resolución do contrato que se establezan expresamente.

Tras esta modificación, no prego de cláusulas administrativas particulares dos contratos administrativos especiais farase constar, segundo o artigo 8.2:

- “a) O seu carácter de contratos administrativos especiais.*
- b) As garantías provisionais e definitivas.*
- c) As prerrogativas da Administración a que se refire o artigo 60.1.*
- d) O alcance das prórrogas, sen que poidan producirse estas por mutuo consentimento tácito.*
- e) As causas específicas de resolución que se establezan expresamente.*
- f) A competencia da orde xurisdiccional contencioso-administrativa para coñecer das cuestións que poidan suscitarse en relación con estes”.*

Así mesmo, a Lei 53/1999, do 28 de decembro, establece causas específicas de resolución para os contratos administrativos especiais²¹.

A consecuencia da precisión realizada en canto ao réxime xurídico dos contratos administrativos e privados que asinen as administracións públicas é que terán a consideración de contratos privados, debido a que é a propia lei a que o establece, os servizos referentes a contratos de seguros, bancarios e de investimentos (categoría 6 do artigo 206). Tamén serán contratos privados os servizos que teñan por obxecto a creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos (categoría 26 do artigo 206).

As sucesivas modificacións realizadas na LCAP motivaron a aprobación do Real decreto legislativo 2/2000, do 16 de xuño, polo que se aprobou o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas (en diante, TRLCAP). Neste persiste a dicotomía entre contratos administrativos e privados. Ademais, mantén as disposicións xerais aplicables a todos os contratos das administracións públicas, as disposicións precisas para os contratos

21 No artigo 8.3 establécese que “Serán causa de resolución, ademais das establecidas no artigo 112, as seguintes:

- a) A suspensión por causa imputable á Administración da iniciación do contrato por prazo superior a seis meses a partir da data sinalada neste para o seu comezo, salvo que no prego se sinala outro menor.
- b) A desistencia ou a suspensión do contrato por prazo superior a un ano acordada pola Administración, salvo que no prego se sinala outro menor.
- c) As modificacións do contrato, aínda que fosen sucesivas, que impliquen, illada ou conxuntamente, alteracións do prezo do contrato en contía superior, en máis ou en menos, ao 20 por 100 do prezo primitivo do contrato, imposto sobre o valor engadido excluído, ou representen unha alteración substancial deste”.

administrativos típicos e as específicas para os contratos de natureza administrativa especial. En canto aos contratos típicos, cómpre destacar a incorporación do contrato de concesión de obras públicas que se produce posteriormente, mediante a modificación realizada pola Lei 13/2003, do 23 de maio, reguladora do contrato de concesión de obra pública.

Tamén hai que salientar que o continuo interese por precisar o réxime xurídico dos contratos administrativos especiais motivou que o Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas, aprobado polo Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro (en diante, RXLCAP), impuxese que o prego de cláusulas administrativas particulares contivese as especificacións que pola natureza e o obxecto do contrato fosen necesarias para definir os pactos e as condicións deste, ademais de incluír aqueles datos establecidos no artigo 8 da lei e os exixidos con carácter xeral para todos os contratos no artigo 67.2 do regulamento (artigo 3), ao mesmo tempo que dispuxo que os ditos datos específicos deberían figurar no documento de formalización do contrato (artigo 71.8).

Como se expuxo, a tendencia na cualificación do carácter administrativo especial dos contratos permite apreciar un abandono das posicións baseadas nun concepto amplo de servizo público, para atender ao ámbito específico de actuación da Administración pública, exixindo unha relación máis directa entre o obxecto do contrato e a finalidade pública. Esta delimitación foi perfeccionándose ata fixar mediante enumeración os contratos que debían ser cualificados en todo caso como privados, ao seren referenciados pola súa categoría e artigo para evitar calquera xénero de dúbida. Como se indicou, este foi o caso dos contratos que tiñan por obxecto a creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos²², así como os financeiros.

2.3 A transformación do contrato administrativo especial: o carácter supletorio outorgado pola Lei 30/2007

Na regulación vixente, contida no texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro (en diante, TRLCSP), que se mantivo en termos similares á Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público [en diante, LCSP (2007)]; para os contratos realizados por unha Administración pública persiste a diferenciación dos contratos entre administrativos e privados. Non obstante, hai que recordar que a LCSP (2007) pretende dar un novo enfoque á lexislación dos contratos públicos²³. O seu enfoque é substituír o noso tradicional modelo de regulación, sustentado nos contratos administrativos efectuados polas administracións públicas, por unha nova norma cuxo ámbito sexa máis amplo, tanto no aspecto subxectivo como obxectivo na incorporación das prescricións provenientes do dereito europeo²⁴.

22 Vid. a Sentenza n. 18/2007, do 24 de xaneiro, do Tribunal Supremo (Sala do Civil, Sección 1.^a), que cualificou como privado un contrato de execución de interpretación artística, celebrado por un concello con ocasión das festas patronais, partindo do exame da evolución legislativa da figura do contrato administrativo especial e atendendo á realidade social do tempo en que debía ser aplicada (RX 2007, 710).

23 MORENO MOLINA, J.A., e PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 101-103 3.

24 De xeito que, dentro da lei, se identifican os contratos que están sometidos ás disposicións do dereito europeo, que se recollen baixo a denominación "*contratos suxeitos a regulación harmonizada*". Para a súa delimitación aténdese á entidade contratante, á tipoloxía do contrato e á súa contía.

Seguindo esta orientación, a LCSP (2007) introduciu unha nova configuración das categorías contractuais²⁵. A diferenza do que acontecía no TRLCAP, os contratos típicos xa non teñen relación cos contratos administrativos, senón que se parte dunha definición destes contratos²⁶, para despois determinar que contratos terán carácter administrativo e cales carácter privado. Coa nova regulación, os contratos administrativos resérvanse para as administracións públicas, que tamén poden subscribir contratos privados en determinados casos, mentres que todos os contratos formalizados polos entes, organismos e entidades do sector público que non teñan a condición de Administración pública terán a consideración de contratos privados (artigo 20.1 TRLCSP).

A primeira consecuencia desta nova regulación, que foi advertida pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón (en diante, XCCAAR), é que prima a tipificación, á marxe do réxime xurídico, o que supón que o contrato administrativo especial ten carácter residual²⁷.

Así mesmo, en canto á categoría dos contratos privados, hai que destacar que se precisa a súa definición e que esta se amplía.

Centrándonos nos contratos subscritos polas administracións públicas, segundo dispón o artigo 19 do TRLCSP, terán carácter administrativo os contratos seguintes:

"a) Os contratos de obra, concesión de obra pública, xestión de servizos públicos, subministración, e servizos, así como os contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado. Non obstante, os contratos de servizos comprendidos na categoría 6 do anexo II e os que teñan por obxecto a creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos comprendidos na categoría 26 do mesmo anexo non terán carácter administrativo".

Antes de examinar que contratos administrativos terán natureza administrativa especial, convén facer un inciso sobre os contratos típicos. En primeiro lugar, cómpre destacar a supresión dos contratos de consultoría e asistencia, cuxa nota definitoria principal foi o seu carácter intelectual, aínda que a súa delimitación cos contratos de servizos foi en determinados casos complexa²⁸.

Tamén é conveniente precisar como a figura do contrato de servizos amplía o seu obxecto, ao ser definido por exclusión dos contratos de obras e subministracións, o que non deixa lugar a dúbidas sobre a súa expansión e a atracción das prestacións que eran definidas no TRLCAP como contratos de consultoría e asistencia. Ademais, no anexo II da lei enuméranse as actividades que poden ser o seu obxecto. O dito anexo divídese en 27 categorías, das cales a última ten carácter residual, pois incorpora o resto de servizos que se adaptan á definición destes contratos, de xeito que se pode concluír que inclúen practicamente todas

25 A necesidade de aclarar esta nova configuración para evitar confusións na utilización dos réximes xurídicos foi advertida por MORENO MOLINA, J.A., e PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 185.

26 Como analizaremos no apartado seguinte, a delimitación dos tipos contractuais responde ás definicións contidas na Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo de 2004, sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos.

27 Informe 19/2008, do 4 de setembro, en que manifesta que *"da actual regulación se desprende o carácter residual da categoría do contrato administrativo especial, primando a tipificación, á marxe do réxime xurídico, que contén a Directiva 2004/18, do 31 de marzo, de contratos públicos"*. A afirmación do carácter residual dos contratos administrativos especiais respecto dos contratos típicos é tamén compartida pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña (Informe 13/2014, do 22 de xullo).

28 *Vid.* Informe 36/98, do 16 de decembro de 1998, da XCCAAR, no que se examina a delimitación entre ambos os dous contratos.

as prestacións de servizos posibles²⁹, aínda que haberá que ter en conta que algúns son expresamente cualificados como contratos privados pola propia lei.

Segundo dispón o artigo 19 do TRLCSP, ademais dos contratos típicos, tamén terán carácter administrativo:

“ b) Os contratos de obxecto distinto dos anteriormente expresados, pero que teñan natureza administrativa especial por estaren vinculados ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante ou por satisfaceren de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da competencia específica daquela, sempre que non teñan expresamente atribuído o carácter de contratos privados conforme o parágrafo segundo do artigo 20.1, ou por declaralo así unha lei”.

Coa redacción deste precepto, os contratos administrativos especiais quedan constringidos. Tanto é así, que a XCCAva, no antedito Informe 9/2009, do 14 de decembro, manifestou que a súa aplicación se vira enormemente minimizada e posiblemente reducida aos casos en que unha lei así o establecece.

Esta situación deriva, en primeiro lugar, porque se impón que o seu obxecto debe ser distinto do dos contratos típicos³⁰, que como xa indicamos acrecentaron o seu ámbito debido sobre todo á nova delimitación do contrato de servizos que o converte en caixón de xastre³¹. Para a XCCAAr, a amplitude da configuración do contrato de servizos exige que moitos dos contratos que eran cualificados baseándose na lexislación anterior como administrativos especiais deban ser recualificados como contratos de servizos³².

E, en segundo lugar, porque un contrato non poderá ser cualificado como administrativo especial se a lei lle atribúe expresamente o carácter de contrato privado, a diferenza do que acontecía na regulación precedente, en que era habitual que un contrato que en principio se definía como privado se cualificase como administrativo especial cando existía unha vinculación do contrato ao servizo público ou ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante.

A consecuencia é que, coa nova regulación dos tipos contractuais, os contratos administrativos especiais pasan a ser a categoría residual, colocándose no lugar que ocupaban os contratos privados no TRLCAP³³.

29 Informe 9/2009, do 14 de decembro, da Xunta Superior de Contratación Administrativa da Generalitat de Valencia (en diante, XCCAva).

30 Neste sentido, o Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público afirmou que *“ a cualificación dos contratos como administrativos especiais ten carácter particularmente residual, deixándoa reservada a contratos que claramente non encaixen con ningún dos tipos contractuais regulados no TRLCSP”* (Resolución 92/2014, do 27 de xuño).

31 Como sinalaron, entre outros, GIMENO FELIÚ, J.M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 2010, e GALLEGO CÓRCOLES, I., *“Contratos administrativos especiales (I)”*, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 100, 2010, pp. 60-67.

32 Recomendación 1/2011, do 6 de abril.

33 BERNAL BLAY, M.A., *“Contrato administrativo especial”*, Bermejo Vera, J. (dir.) *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 157-159. Este autor describe de forma moi clara cales eran os pasos a seguir á hora de cualificar un contrato, aplicando as regras contidas no TRLCAP, e como cambiaron coa aprobación da LCSP (2007). Cando estaba en vigor o TRLCAP, se unha Administración tiña que realizar un contrato, o primeiro que facía para cualificalo era examinar se o seu obxecto encaixaba dentro dos contratos típicos. En caso negativo, comprobaba se se daba algún dos supostos para cualificalo como contrato administrativo especial, empezando por comprobar se así o declaraba algunha lei. Só cando non concorria ningunha das circunstancias anteriores podía cualificarse como contrato privado, en especial os negocios xurídicos sobre bens inmobles, contratos de seguros, bancario, de creación artística e literaria ou os de espectáculos, aínda que os ditos contratos privados podían ser cualificados como administrativos especiais se tiñan encaixe dentro do xiro ou tráfico da

En relación coa posibilidade de que unha lei declare a natureza especial dun contrato, debemos mencionar que o propio TRLCSP, no seu artigo 24, cualifica como tales os contratos para a execución de obras, fabricación de bens mobles ou prestación de servizos que se asinen con empresarios particulares e que se efectúen en colaboración coa Administración, sempre que concorran determinadas circunstancias e cos límites que se establecen para cada tipo.

Os colaboradores serán seleccionados mediante os procedementos de adjudicación establecidos con carácter xeral na lei, salvo en caso de emerxencia. Trátase, polo tanto, de supostos que permiten, aínda que con carácter excepcional e en ocasións específicas, que a Administración realice a prestación contando con colaboradores externos cualificando os contratos que celebren con eles como administrativos especiais.

Considerouse que o establecemento de contratos administrativos especiais mediante lei tería que respectar necesariamente os criterios de cualificación consagrados no TRLCSP. Utilizáranse para evitar dúbidas na práctica, para tratar contratos con novos obxectos ou para os de especial transcendencia³⁴.

Non obstante, isto parece que non sucedeu coa cualificación dos contratos de aproveitamentos forestais baixo a figura do contrato administrativo especial, realizada pola Lei 21/2015, do 20 de xullo, que modifica a Lei 43/2003, do 21 de novembro, de montes, xa que esta norma xerou dúbidas en canto á súa extensión.

Tradicionalmente distinguírase entre os concertados para o aproveitamento forestal, que eran considerados administrativos especiais, e os relativos ao mantemento e conservación de montes ou de obras forestais, que se cualificaban como contratos administrativos típicos. Non obstante, a lei non deixa claro se todas estas prestacións deben ser cualificadas como contratos administrativos especiais³⁵.

Por outra banda, de conformidade co artigo 20 do TRLCSP, os contratos asinados por unha Administración pública serán privados cando teñan por obxecto:

“Servizos comprendidos na categoría 6 do anexo II, a creación e interpretación artística e literaria ou espectáculos comprendidos na categoría 26 do mesmo anexo, e a subscrición a revistas, publicacións periódicas e bases de datos, así como calquera outros contratos distintos dos contemplados no apartado 1 do artigo anterior”.

Como podemos comprobar, na relación de contratos que serán considerados como privados destaca como novidade con respecto ao TRLCAP a inclusión da subscrición a revistas, publicacións periódicas e bases de datos, que xa figuraban na redacción orixinal da LCSP (2007).

Por último, tamén resulta necesario facer unha breve mención a algúns dos contratos que quedan exceptuados da aplicación da lei. Referímonos aos de compravenda, doazón, permuta,

Administración que os realizaba ou se mediante a súa concertación esta actuaba no ámbito das súas competencias. Precisamente, este era o método seguido polos tribunais para decidir sobre o carácter administrativo ou privado dun contrato, como se pode comprobar no fundamento segundo da STS 781/2007, 25/06/2007 (Sala do Civil, Sección 2.ª). Mediante a regulación dos tipos realizada pola LCSP (2007), o proceso invértese, pois se ao contrato se lle atribuíu o carácter de privado non poderá cualificarse de contrato administrativo especial, salvo que veña determinado pola lei.

34 BERNAL BLAY, M.A., “Contrato administrativo especial”, cit., p. 157.

35 Vid. SANMARTÍN MORA, M.A., “Novidades en materia de contratos de aproveitamentos forestales”, <http://obcp.es>, 14 de setembro de 2015 (último acceso: 21/05/2017).

arrendamento e demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmobles, valores negociables e propiedades incorporais (salvo que recaian sobre programas de ordenadores e deban cualificarse como contratos de subministración ou servizos). Estes contratos no TRLCAP recollíanse dentro dos contratos privados (artigo 5.3), mentres que agora se inclúen dentro dos negocios xurídicos excluídos, aínda que seguen tendo carácter de contratos privados e estarán regulados pola lexislación patrimonial [artigo 4.p) TRLCSP]³⁶, contratos que nalgúns supostos, baseándose na súa finalidade pública, foron considerados pola xurisprudencia como administrativos en aplicación da normativa anterior, e que deberán ser considerados en todo caso como privados³⁷.

En consecuencia, debemos concluír que a aprobación da LCSP (2007) reduciu os contratos que podían ser cualificados como administrativos especiais. Por un lado, pola amplitude da definición que establece dos contratos típicos, en especial os de servizos. Por outro lado, porque os contratos patrimoniais xa non poden ser reconducidos a este tipo, porque pasaron a regularse pola súa lexislación específica. E, finalmente, a causa de que xa non poderían cualificarse como administrativos especiais os que tivesen expresamente atribuído o carácter de privados na propia lei.

3 Influencia do dereito europeo na configuración do contrato administrativo especial

Aínda que a transformación que se produciu na regulación da contratación pública no ordenamento xurídico español resulta obvia, non deixa de ser relevante analizar os seus motivos, pois estes incidiron na constitución do contrato administrativo especial.

Parte deste cambio trae a súa orixe do incremento de entes e organismos que sen seren Administración pública se converteron en suxeitos contratantes³⁸, así como da variedade de prestacións que polo seu uso recorrente se foron constituíndo en tipos nominados. Pero, de entre todas as causas, destaca a obriga de adaptar o noso dereito ao da Unión Europea, que, no seu empeño por lograr un mercado interior único, foi ampliando o seu marco regulatorio no ámbito da contratación pública para aproximar os ordenamentos xurídicos dos Estados membros que a integran.

Así, o dereito europeo pasou de establecer un réxime común para a contratación pública, iniciado coa delimitación dos suxeitos e a tipificación dos contratos de obras, servizos e subministracións, e que se centraba nos aspectos que afectaban á adxudicación, a estender o seu obxecto regulatorio á fase relativa á execución dos contratos. Este marco xurídico, coa aprobación do novo paquete lexislativo europeo, estendeuse tamén ás concesións de

36 Estes contratos rexeranse pola Lei 33/2003, do 3 de novembro, de patrimonio das administracións públicas, aínda que cómpre ter en conta as constantes remisións desta norma á lexislación de contratos, que rebaixa a súa vinculación ao dereito privado. Nos ditos contratos non poderán incluírse prestacións que sexan obxecto dos contratos típicos se o seu valor é superior ao 50 por 100 do importe do negocio xurídico ou se non teñen coa prestación do contrato patrimonial o vínculo e a complementariedade exixida aos contratos mixtos. En ambos os dous supostos, as ditas prestacións deberán contratarse de forma independente conforme as disposicións do TRLCSP.

37 *Vid.*, a este respecto, o pronunciamento da XCCAAr contido no xa citado Informe 25/2008, do 3 de novembro.

38 Sobre a problemática no dereito administrativo español en relación con determinadas entidades de dereito privado que, realizando funcións administrativas, non se suxeitaban ao sistema contractual público, *vid.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo IV, 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 80-82.

servizos, mediante a Directiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adxudicación de contratos de concesión³⁹.

Neste sentido, hai que resaltar os esforzos realizados polo lexislador español na última década para superar a inadecuada transposición das directivas sobre contratación pública. Principalmente destaca a aproximación dos dous ámbitos fundamentais para a cualificación no noso dereito dun contrato como administrativo, sexa nominado ou de natureza administrativa especial, o subxectivo e o obxectivo.

Recordemos brevemente como a aprobación da LCSP (2007) supuxo unha aproximación ao contido das normas comunitarias nesta materia. Construíuse unha lei reguladora da contratación pública en sentido amplo, pois fronte ao enfoque tradicional no noso ordenamento xurídico, que se limitaba á contratación das administracións públicas, a nova norma estendeuse a todas as entidades que conforman o sector público, aínda que distinguindo os réximes xurídicos de aplicación, atendendo a cal fose o poder adxudicador.

Tamén supuxo un avance na delimitación dos tipos contractuais, xa que se produciu un achegamento aos fixados polo dereito europeo. Desapareceron os contratos de consultoría e asistencia, que quedaron integrados nos contratos de servizos, e incorporáronse os contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado. Non obstante, mantívose o contrato de xestión de servizos públicos, dividido, como é sabido, nas modalidades de concesión, xestión interesada, concerto e sociedade de economía mixta.

Non obstante, recordemos que o réxime aplicable aos contratos do sector público se configura en función do poder adxudicador. Para os contratos asinados polas administracións públicas, persiste a tradicional categorización dos contratos en administrativos e privados, segundo se aplique o dereito administrativo ou o dereito privado, diferenciación allea ao dereito europeo⁴⁰, mentres que para o resto de entes que conforman o sector público que non teñan a consideración de Administración pública os contratos subscritos serán sempre contratos privados.

Nesta mesma liña avanza a nova Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE⁴¹, do 26 de febreiro de 2014 (en diante, LCSP). Mantense o enfoque do ámbito subxectivo, sustentado no concepto comunitario de poder adxudicador. E, na delimitación dos tipos contractuais, apóstase decididamente pola tipoloxía comunitaria, suprimindo o contrato de xestión de servizos públicos, que é desprazado pola figura da concesión de servizos. Así mesmo, mantense a distinción entre contratos administrativos e privados, reservando os primeiros só para as administracións públicas en determinados supostos. Os contratos que asinen o resto de entidades públicas serán sempre privados.

39 Despois de varios intentos e malia valoracións críticas doutras institucións comunitarias e das posicións contrarias dalgúns Estados membros, en especial Francia, impúxose o criterio da Comisión Europea de regular o mercado concesional. Sobre o debate suscitado acerca da necesidade de levar a cabo esta regulación e os obxectivos que persegue, *vid.* LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional en Europa”, *Revista CEFLEGAL*, n. 154, 2013, pp. 146-151.

40 Como é sabido, ao dereito europeo resúltalle indiferente a natureza xurídica que os ordenamentos dos Estados membros lles atribúan aos contratos públicos, sempre que se respecten os principios da contratación pública.

41 Directiva sobre contratación pública, pola que se derroga a Directiva 2004/18/CE.

A adopción no noso dereito da definición dos tipos contractuais conforme o dereito europeo tivo gran relevancia na cualificación dos contratos administrativos especiais, pois, como xa se apuntou ao longo deste traballo, actualmente a súa existencia depende de que o seu obxecto non se atope incluído en ningún dos contratos típicos. Polo tanto, examinaremos brevemente cales foron estes cambios e a súa repercusión sobre eles.

Previamente, tamén pola súa incidencia na extensión dos contratos de natureza administrativa especial, sinalaremos que a exclusión dos contratos patrimoniais recollida no TRLCSP provén da existencia establecida na Directiva 2004/18/CE, que dispón que esta non será aplicable, debido ás súas características especiais, aos contratos relativos aos contratos de servizos de adquisición ou arrendamento de terreos, edificios ou outros bens inmobles, ou relativos a dereitos sobre os ditos bens (considerando 24 e artigo 16)⁴², exclusión que a Directiva 2014/24/UE mantén nos mesmos termos [artigo 10.a)].

A delimitación dos contratos típicos de servizos e de xestión de servizos públicos, conforme as definicións das directivas comunitarias, é a que maior repercusión tivo e vai ter nos contratos de natureza administrativa especial, pois a súa expansión reduce a marxe de subsistencia destes contratos.

A configuración do actual contrato de servizos débese a que a LCSP (2007) adoptou o concepto de servizos da Directiva 2004/18/CE, definíndoo como o que ten por obxecto prestacións de facer que se delimitan por exclusión doutros contratos e por referencia á listaxe que se recolle no anexo II da lei⁴³. Xa sinalamos que esta definición converte este contrato en residual respecto ao resto de contratos típicos, o que, unido a que se suprimiu da súa definición a existencia de que a prestación teña como destinatario directo a entidade contratante, deixa unha estreita marxe para apreciar que os contratos teñan natureza administrativa especial, pois esta falta era un dos elementos que determinaban a súa cualificación⁴⁴.

Tamén é preciso destacar a importancia que tivo o recurso á nomenclatura CPV⁴⁵ para a identificación das prestacións e, en consecuencia, para a súa correcta cualificación⁴⁶. Precisamente, a definición eminentemente negativa do contrato de servizos, que consiste nunha obriga de facer vinculada a que o obxecto sexa o desenvolvemento dalgunha das actividades do anexo II do TRLCSP, en referencia aos códigos CPV, motivou que o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (en diante, TACRC) considerase como contratos de servizos prestacións que foran cualificadas como contratos administrativos especiais polo órgano de

42 Hai que salientar que esta exclusión non é nova, pois xa figuraba entre os contratos que debían ser excluídos da Directiva 92/50/CEE do Consello, do 18 de xuño, sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos de servizos [artigo 1.a).iii)].

43 A súa definición atópase actualmente no artigo 10 do TRLCSP, que establece que *"son contratos de servizos aqueles cuxo obxecto son prestacións de facer consistentes no desenvolvemento dunha actividade ou dirixidas á obtención dun resultado distinto dunha obra ou unha subministración. Para os efectos de aplicación desta lei, os contratos de servizos divídense nas categorías enumeradas no anexo II"*.

44 Sobre os criterios utilizados para distinguir os contratos administrativos especiais, *vid.* BATET JIMÉNEZ, P., "Diferenciación entre los contratos de servicios, los contratos de gestión de servicios públicos y los contratos administrativos especiales", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 82, 2009, pp. 64-70.

45 O Vocabulario común de contratos públicos (CPV) foi aprobado polo Regulamento (CE) 2195/2002 do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de novembro de 2002 (DOCE n. L340, de 16-12-02), modificado polo Regulamento (CE) 213/2008, da Comisión, do 28 de novembro de 2007 (DOUE n. L74, do 15-03-08).

46 Ao mesmo tempo que favoreceu a concorrencia nos procedementos de contratación, xa que os contratistas poden identificar de forma clara as prestacións e así seleccionar os procesos aos que lles interesa concorrer. Tamén permite coñecer os datos relevantes dos distintos contratos para os efectos estatísticos, o que lles será de grande axuda tanto aos licitadores como aos poderes adjudicadores. A estes beneficios refírese, entre outros, o traballo de RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., "La nomenclatura CPV en la contratación", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 109, 2011, pp. 30-33.

contratación. A xuízo deste tribunal, a cualificación como administrativo especial unicamente debe empregarse para os contratos que non encaixen en ningunha das categorías do citado anexo. Así o entendeu, por exemplo, ao examinar un contrato que tiña por obxecto a execución de campañas de publicidade e comunicación institucional en prensa escrita que fora cualificado como contrato administrativo especial. Para o tribunal, a prestación encaixaba dentro da categoría 13 do anexo II, “Servizos de publicidade”, polo que estimou que se trataba dun contrato de servizos⁴⁷.

En consideración a ambas as dúas precisións, o Órgano Administrativo de Recursos Contractuais da Comunidade Autónoma de Euskadi (en diante, OARC) estimou que un contrato de servizo de axuda a domicilio, que fora tipificado como administrativo especial, era un contrato de servizos. Foi a concorrencia de prestacións que na súa totalidade podían “*incardinarse sen dificultade na amplísima e residual definición deste tipo*”, cuxa delimitación proviña das directivas europeas en materia de contratación pública, e que o anexo II do TRLCSP recollía como categoría 25 “Servizos sociais e saúde”, o que o levou a determinar que se trataba dun contrato de servizos⁴⁸.

O Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade de Madrid tampouco mantivo a cualificación como contrato administrativo especial atribuída a unha prestación de servizos de atención domiciliaria, porque entendeu que encaixaba dentro da mesma categoría 25 do anexo II do TRLCSP⁴⁹.

Polo tanto, debe quedar atrás o razoamento de que as prestacións de servizos que non tivesen como destinatario directo á propia Administración, senón os cidadáns, usuarios ou terceiros, non poidan ser cualificadas como contratos de servizos⁵⁰, pois, como xa sinalou BLANCO LÓPEZ, seguir este criterio incrementaba artificialmente a categoría do contrato administrativo especial, incluíndo dentro dela prestacións que non reunían as características establecidas na lei⁵¹.

Así mesmo, dada a extensión e a variedade das actividades incluídas nos contratos de servizos, referenciadas polos códigos CPV, tampouco cabe cualificar como contratos administrativos especiais os categorizados en consideración ao carácter heteroxéneo do contido das súas prestacións⁵². Como sinalou o TACRC en relación cun contrato de asistencia técnica e colaboración na xestión recadadora municipal, xestión administrativa e de recadación de multas de tráfico, e xestión doutras notificacións municipais, a circunstancia de que o contrato

47 Resolución 237/2013, do 20 de xuño (Recurso 267/2013).

48 Resolución 32/2014, do 19 de marzo de 2014.

49 Resolución 197/2015, do 26 de novembro (Recurso 193/2015).

50 Este criterio foi un dos utilizados pola XCCAE no seu informe 47/01, do 30 de xaneiro de 2002. Neste sentido, estimou que as actividades deportivas que ían ser prestadas (senderismo, patinaxe, ximnasia, baloncesto, etc.), que tiñan como destinatarios os alumnos de centros públicos docentes, adultos e veciños do municipio, non podían ser cualificadas como contratos de servizos porque as actividades non se prestaban á Administración. Tampouco se consideraron subsumibles no contrato de xestión de servizos públicos debido a que as ditas prestacións non estaban incluídas entre os servizos mínimos de competencia municipal.

51 BLANCO LÓPEZ, F., “Contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 26, 2003, p. 46.

52 Este criterio foi utilizado pola XCCAE no seu Informe 47/99, do 21 de decembro de 1999, en relación cun contrato que tiña por obxecto a organización e o desenvolvemento de cursos de idiomas no estranxeiro para bolseiros, no que conveu que debía configurarse como contrato administrativo especial porque legalmente non tiña limitado o seu obxecto.

conteña unha pluralidade de prestacións non lle outorga a un contrato a cualificación de administrativo especial, senón a de contrato mixto⁵³.

En consecuencia, débese concluír que moitos dos contratos cualificados como administrativos especiais foron absorbidos polo contrato de servizos⁵⁴, ao que contribuíu en boa medida a supresión dos contratos de consultoría e asistencia, cuxo deslinde co contrato de servizos era complexo e xeraba moitas dúbidas. E, como examinaremos a continuación, pola incorporación da concepción comunitaria de contratos de servizos por contraposición á concesión de servizos, que inclúe algunhas prestacións que o noso dereito interno cualificaba como contrato de xestión de servizos públicos.

Tradicionalmente, no ordenamento xurídico español a nota distintiva e esencial do contrato de xestión de servizos públicos foi que a prestación obxecto do contrato fose un servizo público que se lles prestaba aos cidadáns⁵⁵. Precisamente a falta de consideración da actividade como servizo público motivou que algúns contratos fosen cualificados como administrativos especiais. Pola contra, para o dereito europeo resulta irrelevante que a actividade que sexa obxecto da concesión de servizos teña a consideración ou non de servizo público.

Non obstante, a medida que se foi construíndo a noción comunitaria de concesión de servizos, no contrato de xestión de servizos públicos foise producindo paulatinamente unha depuración na súa tipoloxía para achegalo á dita noción. Nos seus inicios foi o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (en diante, TXUE) o que foi extraendo as características que diferenciaban as concesións do resto de contratos⁵⁶, ata fixar como elemento esencial a translación do risco operacional ao contratista⁵⁷. Polo tanto, o concepto de concesión de servizos do dereito europeo recollido nas directivas comunitarias conformouse a través da xurisprudencia do TXUE.

A Directiva 2004/18/CE é a primeira que inclúe unha definición da concesión de servizos, positivizando o concepto emanado do TXUE, aínda que esta figura estivese excluída do seu ámbito de aplicación. Segundo a súa definición, presenta as mesmas características que o contrato público de servizos, coa excepción de que a contrapartida da prestación consiste ou ben unicamente no dereito a explotar o servizo ou ben neste dereito acompañado dun prezo.

En España, a concepción da concesión de servizos do dereito europeo foi asumida a través da doutrina das xuntas consultivas de contratación administrativa e dos tribunais de recursos contractuais⁵⁸. Esta aceptación tivo como consecuencia que as consultas ou conflitos

53 Resolución 777/2014, do 15 de outubro (Recurso 713/2014).

54 GIMENO FELIÚ, J.M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, cit., pp. 139 e 140.

55 Numerosos informes da XCCAE recollen os dous trazos caracterizadores; por exemplo, o Informe 37/95, do 24 de outubro de 1995, que cualificou como contrato de xestión de servizos públicos os celebrados polo Instituto Nacional da Saúde para prestacións sanitarias aos beneficiarios da Seguridade Social.

56 Para un exame dos principais criterios delimitadores recollidos pola xurisprudencia do TXUE, *vid.* VÁZQUEZ LACUNZA, E. “El impacto del concepto europeo de concesión en el derecho español”, Almeida Cerredá, M., e Martín Delgado, I. (dirs.), *La nueva contratación pública* (Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo), Campus na nube, Santiago de Compostela, 2015, pp. 293-296.

57 Xurisprudencia que se recolle tanto en sentenzas previas á aprobación da Directiva 2004/18/CE como posteriores. Entre outras, por exemplo, a STXUE do 27 de outubro de 2005, *Conste e outros*, asunto C-234/03; a STXUE do 10 de setembro de 2009, *Eurawasser*, asunto C-206/08; ou a STXUE do 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, asunto C-274/09.

58 En aplicación da xurisprudencia comunitaria que establece que a cualificación xurídica dos contratos lle compete ao dereito da Unión Europea, sendo indiferente a cualificación que lle atribúa o dereito interno dos Estados membros (STXUE do 18 de xaneiro de 2007, *Jean*

xurdidos en relación con prestacións de servizos se examinasen á luz dos elementos distintivos dos contratos públicos e concesións de servizos configurados pola xurisprudencia do TXUE⁵⁹. Deste xeito, púxose de manifesto que a delimitación dos contratos de servizos e as concesións de servizos conforme a noción comunitaria limitaba a existencia dos contratos administrativos especiais.

Así, por exemplo, o TACRC, na súa Resolución 203/2011, do 7 de setembro (Recurso 172/2011), cualificou como concesión de servizos un contrato que tiña por obxecto a prestación de actividades xuvenís para un centro deportivo e sociocultural militar do Exército de Terra que fora cualificado como contrato administrativo especial. A súa xustificación foi que do exame das actividades que eran o seu obxecto e a súa configuración implicaba a asunción do risco por parte do contratista. Nesta resolución recóllese a delimitación comunitaria entre contratos públicos de servizos e concesións de servizos cando expresa que:

“O contrato de xestión de servizos públicos, especialmente na súa modalidade concesional (...) vincúlase tamén á prestación de servizos, sen máis diferenza, inicial, co contrato de servizos que a forma de establecer a contrapartida para o contratista. Así, mentres na concesión de servizos o concesionario asume o seu risco de explotación, de tal forma que a súa maior ou menor retribución dependerá en todo caso do maior ou menor uso que do servizo fagan os destinatarios, no contrato de servizos a retribución do empresario fíxase no contrato e non depende de ningunha circunstancia vinculada á utilización do servizo”.

Tamén o OARC na súa Resolución 76/2014, do 31 de xullo, considerou que non era correcta a cualificación como administrativo especial dun contrato que tiña por obxecto os servizos de limpeza viaria, recollida e transporte de residuos sólidos urbanos, renovación e explotación do complexo ambiental municipal e outros servizos afíns. Para determinar cal era a súa cualificación correcta, analiza a transferencia do risco de explotación. Baseándose na falta da dita transferencia, descártase que se trate dun contrato de xestión de servizos públicos e conclúe que concorren as notas propias do contrato de servizos, pois, a xuízo do tribunal, no contrato de servizos segundo a súa *“definición caben sen ningún problema conceptual os contratos en que a Administración lle solicita a un terceiro prestacións de facer para xestionar directamente (é dicir, sen transferencia do risco de explotación) un servizo da súa propia competencia”.*

Non obstante, a Directiva 2014/23/UE, ademais de establecer por primeira vez unha regulación específica e común para todas as concesións⁶⁰, xa non define as concesións de servizos por referencia aos contratos de servizos, senón que utiliza unha definición residual, esta vez

Auroux e outros contra Commune de Roanne, asunto C-220/05, apartado 40; e STXUE do 18 de xullo de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, apartado 30; entre outras.

59 En particular, hai que destacar que os tribunais de recursos contractuais, para comprobar a súa competencia, valoraban a cualificación do contrato efectuada polo órgano de contratación, á que non estaban vinculados, xa que os contratos administrativos especiais non estaban incluídos entre os que eran obxecto de recurso especial en materia de contratación.

60 Hai que recordar que unifica a regulación das concesións tanto de servizos como de obras cando estas últimas estiveron incluídas na Directiva 2004/18/CE, que dedicaba á súa regulación o título III. Esta posición denota a vontade do lexislador comunitario de diferenciar as concesións dos contratos públicos, tanto conceptual como procedementalmente, aínda que o seu marco xurídico non logre a extensión alcanzada polo dos contratos públicos, senón que se trate dunha regulación de mínimos, *vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 170-178.*

con respecto ás concesións de obras⁶¹, aínda que a súa caracterización segue sendo a mesma, xa que, como contraprestación á xestión dos servizos que se encomenden, o concesionario terá dereito á explotación dos servizos que son o seu obxecto, podendo ademais sumarse un pagamento. Así mesmo, require que se lle transfira ao concesionario o risco operacional, abranguendo o risco de demanda ou o de subministración, ou ambos os dous⁶².

Pero o máis importante é que, como xa acontecía na anterior definición das concesións, as prestacións que poden ser o seu obxecto non precisan ter a consideración de servizos públicos, o que supón que subsiste o choque coa nosa tradicional concepción dos contratos de xestión de servizos públicos, cuxo elemento básico era precisamente que a actividade fose un servizo público. Esta concepción do dereito europeo implica que calquera servizo susceptible de explotación pode cualificarse como concesión de servizos, co que se mantén a limitación do marco dos contratos administrativos especiais, xa que algunhas contratacións relativas a prestacións de servizos que non se consideraban servizos públicos eran tipificadas como contratos administrativos especiais.

4 Supostos que en distintos momentos foron cualificados como contratos administrativos especiais

Se examinamos tanto a doutrina como a xurisprudencia, podemos constatar que as prestacións que provocaron maior confusión en canto á súa posible cualificación como contratos administrativos especiais foron as de carácter patrimonial e as que tiñan por obxecto prestacións de servizos. Estas últimas ben porque as súas actividades debían estar comprendidas dentro dos distintos tipos que actualmente se integran no contrato de servizos, ben porque non podían incluírse dentro dos contratos de xestión de servizos públicos⁶³. Non obstante, as causas que motivaron a dificultade na súa tipificación non foron as mesmas.

4.1 Prestacións de carácter patrimonial

O problema de cualificación dos contratos de carácter patrimonial debeuse a que, cando na súa evolución atravesaron fases en que puideron ser considerados administrativos, a dita apreciación non se baseou no seu obxecto, senón na súa finalidade, polo que sempre estivo latente a súa concepción como contrato privado. Lembremos que, ao faceren a súa aparición expresa na LCE e seren identificados polo seu obxecto, figuraban asociados ao dereito privado.

61 Concretamente, o artigo 5.1.b) define a concesión de servizos como "un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtude do cal un ou máis poderes ou entidades adjudicadores confían a prestación e a xestión de servizos distintos da execución das obras contempladas na letra a) a un ou máis operadores económicos, cuxa contrapartida é ben o dereito a explotar os servizos obxecto do contrato unicamente, ou este mesmo dereito en conxunción cun pagamento".

62 Tal como prosegue o citado artigo 5.1: "A adjudicación das concesións de obras ou servizos implicará a transferencia ao concesionario dun risco operacional na explotación das ditas obras ou servizos abranguendo o risco de demanda ou o de subministración, ou ambos os dous. Considerarase que o concesionario asume un risco operacional cando non estea garantido que, en condicións normais de funcionamento, vaia recuperar os investimentos realizados nin a cubrir os custos que contraese para explotar as obras ou os servizos que sexan obxecto da concesión. A parte dos riscos transferidos ao concesionario suporá unha exposición real ás incertezas do mercado que implique que calquera perda potencial estimada en que incorra o concesionario non é meramente nominal ou desdixneable".

63 Sobre a confusión que se xerou entre os contratos de xestión de servizos públicos, os contratos de servizos e os contratos administrativos especiais, e as diferenzas existentes entre eles, *vid.* PÉREZ LÓPEZ, R. M.ª, e GARCÍA RESCALVO, M., "Caracterización conceptual del contrato de gestión de servicios públicos, de servicios, administrativo especial y su adecuación a la realidad social. Contrato administrativo especial versus concesión de dominio público", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 92, 2009, pp. 33-41.

Foi cando se incorporou como criterio identificador do carácter administrativo dun contrato a satisfacción dunha finalidade pública, integrada como causa do contrato, cando en atención ao seu cumprimento se produciu a cualificación dalgúns deles como administrativos⁶⁴.

Foron numerosos os pronunciamentos dos tribunais en que os contratos que tiñan por obxecto prestacións de carácter patrimonial foron considerados como administrativos especiais. E sempre o foron en atención á aplicación dun criterio finalista ou teleolóxico soportado na finalidade de interese público perseguida polo contrato, segundo a normativa que fose aplicable, ben pola súa relación directa co desenvolvemento regular dun servizo público ou revestir características intrínsecas que fixesen precisa a tutela do interese público para o seu desenvolvemento, ben, con posterioridade, pola súa vinculación ao xiro ou tráfico específico da Administración ou satisfacer de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da súa competencia.

Como exemplo, citaremos a xa referenciada Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Civil), do 13 de febreiro de 1990 (RX 1990, 1430), na cal precisamente, en atención á finalidade pública perseguida por un contrato de arrendamento dun centro cultural, o tribunal estimou que pertencía á esfera do dereito público. No entanto, os contratos de carácter patrimonial foron considerados civís cando os tribunais entenderon que non existía ningunha finalidade pública no contrato suscrito. Por exemplo, o Tribunal Supremo, Sala do Contencioso-Administrativo, na súa Sentenza do 19 de outubro de 1981 (RX 1981, 4484), considerou que a natureza dun contrato era privada debido a que tiña por obxecto a venda en poxa pública dun edificio dun concello con fins privados⁶⁵.

Agora ben, como xa se precisou, coa aprobación da LCSP (2007), os contratos de carácter patrimonial son en todo caso contratos privados e quedaron excluídos desta. Tal como precisou a XCCAAR: *"non é posible afirmar xa, como viña facendo a nosa xurisprudencia, o ámbito expansivo da categoría dos contratos administrativos, e menos de contratos como os de compravenda, doazón, permuta, arrendamento e demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmobles, que, conforme o artigo 4.1 p) LCSP, teñen sempre o carácter de privados e réxense pola lexislación patrimonial"* (Informe 25/2008, do 3 de novembro).

Por iso, na actualidade os contratos de carácter patrimonial non poden ser cualificados como contratos administrativos especiais. Desaparece así a polémica suscitada na cualificación destes contratos, que en aplicación da normativa anterior foron obxecto de numerosos litixios. Tales contratos serán en todo caso contratos privados.

4.2 Prestacións de servizos que non encaixaban nos tipos nominados vixentes

En relación cos contratos que tiñan por obxecto a realización de servizos, a problemática principal suscitouse con motivo da dificultade de encadrar as prestacións nos distintos tipos existentes. Recordemos que na LCAP estes contratos comprendían os de consultoría

64 Para examinar algunhas das controversias xurdidas na cualificación dos contratos inmobiliarios e a súa evolución, *vid.* CONTRERAS ORTIZ, M.M.^a, "La distinción entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la Administración en la Ley de contratos del sector público. El caso de los contratos inmobiliarios", *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 10, 2008, pp. 21-32.

65 Pode consultarse un amplo repertorio de xurisprudencia no traballo de FUERTES LÓPEZ, M., "Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas", *cit.*, que comprende pronunciamentos en ambos os dous sentidos. Tamén poden consultarse algunhas sentenzas que cualifican como contratos administrativos especiais contratos de carácter patrimonial en BALLESTEROS ARRIBAS, S., "Contratos administrativos especiales", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 22, 2005, pp. 3661-3666.

e asistencia, os traballos específicos e concretos non habituais da Administración e os denominados propiamente servizos. A dúbida derivaba de que para a definición dos dous últimos tipos se recorría á técnica descritiva e ao uso de exemplos, mentres que para os primeiros se empregaba a exclusión⁶⁶, aínda que con carácter xeral se chegou á conclusión de que nos contratos de consultoría e asistencia predominaban as actividades de carácter intelectual, mentres que os contratos de servizos comprendían, ademais dos non incluídos nos anteriores, os de servizos complementarios para o funcionamento da Administración⁶⁷. En canto aos contratos para a realización de traballos específicos e concretos non habituais da Administración, a súa definición residual e negativa levou a que a XCCAE afirmase que un dos supostos ou quizais o único que podía incluírse dentro do dito tipo eran as actividades docentes ou relacionadas coa docencia⁶⁸.

Esta delimitación producía que, se algunha das actividades a realizar non encaixaba na configuración dos ditos tipos, pero mediante a súa realización se satisfacía unha finalidade pública, algúns deles acabasen cualificándose como contratos administrativos especiais⁶⁹.

O argumento principal que foi empregado para rexeitar a cualificación do contrato como servizos foi que se consideraba que era necesario que o destinatario directo da prestación fose o órgano contratante e non un particular ou un grupo de particulares. Esta foi a apreciación da XCCAE, no seu Informe 57/07, do 24 de xaneiro de 2008, en que cualificou como contrato administrativo especial un contrato que tiña por obxecto a organización de mercados temáticos na vía pública⁷⁰.

Así mesmo, cando o contido das prestacións tiña un carácter heteroxéneo, acudíase ao contrato administrativo especial debido a que se estimaba que este, a diferenza do que sucedía cos contratos de servizos, non tiña limitado o seu obxecto⁷¹. Así o manifestou a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade de Madrid, no seu Informe 6/2003, do 21 de outubro, en que cualificou como contrato administrativo especial a xestión integral dun centro de innovación do sector turístico pola diversidade de prestacións que constituían o seu obxecto.

A unificación de todos os tipos no contrato de servizos realizada coa aprobación da LCSP (2007) acabou tamén con estes problemas. Aínda que moi demandada⁷², a súa concisa

66 Sobre a delimitación destes contratos, *vid.* MORENO MOLINA, J.A., “Los contratos de consultoría, asistencia y servicios”, Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2004, pp. 1063-1067.

67 *Vid.*, neste sentido, a delimitación entre os contratos de servizos e os contratos de consultoría e asistencia que realiza a XCCAE, no seu Informe 36/98, do 16 de decembro de 1998.

68 Informe 68/96, do 18 de decembro de 1996.

69 Este é o razoamento seguido pola XCCAE, no Informe 47/99, do 21 de decembro de 1999, xa citado, ao examinar cal era a natureza xurídica dun contrato que tiña por obxecto a organización e realización de cursos de idiomas no estranxeiro para alumnos boiseiros do Ministerio de Educación e Cultura.

70 O mesmo razoamento empregou a XCCAVa, no xa citado Informe 9/2009, do 14 de decembro. Ao ser preguntada sobre a aplicación dos contratos administrativos especiais tras a aprobación da LCSP (2007), manifestou que, en atención á nova regulación dada ao contrato de servizos, xa non podía subsistir como elemento caracterizador dos ditos contratos que o destino da prestación fosen terceiros alleos á Administración, como era o caso dos servizos sociais.

71 Ambos os dous criterios foron precisamente os utilizados pola XCCAE, no Informe 47/99, do 21 de decembro de 1999, citado *up supra*.

72 Pronunciáranse sobre a súa pertinencia, entre outros, BLANCO LÓPEZ, F., “Contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios”, *cit.*, p. 50.

definición, realizada por exclusión con outros contratos e por referencia á enumeración do anexo II da lei, foi tamén obxecto de crítica⁷³.

Por outra banda, como xa se apuntou, as prestacións de servizos tamén poderían ser cualificadas como contratos de xestión de servizos públicos. Pero para iso resultaba imprescindible que a prestación tivese sido cualificada como servizo público de titularidade da Administración, que fose susceptible de explotación polos particulares⁷⁴ e que se tivese establecido con carácter previo o seu réxime xurídico básico, así como que a prestación se efectuase aos cidadáns e non á Administración⁷⁵, engadindo ademais que non podían supor exercicio de autoridade.

A falta de calquera dos elementos especificados, en particular que a prestación non fose cualificada como servizo público (ou, se o fose, non se lle trasladase ao contratista a explotación) ou que este non tivese como destinatarios directos os cidadáns⁷⁶, fixo que algúns contratos fosen cualificados como contratos administrativos especiais.

Non obstante, como xa analizamos na epígrafe precedente, por aplicación do dereito europeo, o relevante para cualificar a prestación de servizos como concesión é a asunción do risco de explotación por parte do contratista. Polo tanto, calquera contrato que poida encadrarse como contrato de servizos ou concesión de servizos desde a perspectiva do dereito europeo non pode ser cualificado como contrato administrativo especial, salvo que así o dispuxese expresamente unha lei.

4.3 Contratos que en atención ao seu obxecto pasaron a cualificarse legalmente como privados

Do mesmo xeito que existen contratos que polo seu obxecto foron cualificados como contratos administrativos típicos, tamén outros contratos foron cualificados legalmente como privados, atendendo ao seu obxecto.

Examinamos como as distintas reformas da lexislación de contratación pública variaron a cualificación dos contratos, polo que nos centraremos en cales son os contratos que teñen carácter privado por establecelo expresamente a lei reguladora da contratación pública. Algúns deles tamén atravesaron momentos de incerteza, xa que previamente foron considerados tanto contratos privados como administrativos.

Ademais dos contratos patrimoniais, que, como indicamos, quedaron expresamente excluídos do TRLCSP (artigo 4.1.p)⁷⁷, tamén son contratos privados os que teñan por obxecto servizos

73 Tal é o caso, entre outros, de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.^o, *Los contratos de servicios del Sector Público. Prestaciones intelectuales, asistenciales y consultorías*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 113-116.

74 Ata que foi aprobada a LCSP de 2007, a exigencia era que a prestación tivese un contido económico que a fixese susceptible de explotación por empresarios particulares (artigo 155.1 TRLCAP).

75 Considerouse que eran contratos administrativos especiais o contrato dun minitrén turístico, porque non existía norma que lle atribuíse ao concello unha prestación de servizo público que tivese tal obxecto (XCCAE, Informe 28/07, do 5 de xullo de 2007).

76 A XCCAE considerou que, tanto na LCAP como na lexislación precedente, o contrato de xestión de servizos públicos se diferenciaba nitidamente dos contratos de servizos porque nos primeiros un servizo público titularidade da Administración se lle trasladaba ao contratista para que o xestionase para a súa utilización polos particulares. Pola contra, no contrato de servizos o contratista prestáballe o servizo á Administración e non aos particulares (Informe 41/95, do 21 de decembro de 1995).

77 Este precepto inclúe “os contratos de compravenda, doazón, permuta, arrendamento e demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmobles, valores negociables e propiedades incorpórais, a non ser que recaian sobre programas de ordenador e deban ser cualificados

comprendidos na categoría 6 do anexo II [servizos financeiros: a) servizos de seguros, b) servizos bancarios e de investimento], os de creación e interpretación artística e literaria ou espectáculos, comprendidos na categoría 26 do mesmo anexo; e a subscrición a revistas, publicacións periódicas e bases de datos.

A cualificación como contratos privados dos contratos financeiros e os de creación artística e literaria deriva da modificación efectuada na LCAP pola Lei 53/1999, do 28 de decembro.

En canto aos contratos de subscrición a revistas, publicacións periódicas e bases de datos, a súa incorporación como contratos privados é unha novidade introducida pola LCSP (2007).

Non obstante, algúns contratos, como o de patrocinio, que foron cualificados indistintamente como contratos privados e como contratos administrativos especiais, non foron incorporados de forma nominal como contratos privados, polo que podería manterse a controversia⁷⁸, de aí que xurdisen voces que reclamen unha regulación específica deste contrato⁷⁹, aínda que a súa cualificación maioritaria nos últimos tempos foi a de contrato privado⁸⁰.

4.4 A explotación de cafeterías, restaurantes, comedores ou bares en dependencias públicas

Non existe dúbida de que o contrato para a explotación de cafeterías, comedores ou establecementos similares foi o contrato administrativo especial por antonomasia.

A doutrina reiterada da XCCAIE mantivo que, cando a prestación dos servizos de restauración se realizaba á propia Administración coa contraprestación por parte desta do pagamento dun prezo, o contrato debía ser cualificado como contrato de servizos. Pero cando a prestación destes servizos se realizaba a usuarios distintos da Administración, como por exemplo a favor de estudantes, funcionarios ou público en xeral, ao non poder ser cualificados como xestión de servizos públicos, por non se tratar de prestacións que puidesen ser consideradas servizos públicos, os contratos debían ser tipificados como contratos administrativos especiais.

Este foi o criterio da XCCAIE cando tivo que cualificar a explotación de servizos de cafetería e restauración dunha universidade (Informe 5/96, do 7 de marzo de 1996), os de cafetería e comedor para o persoal e o público en xeral de hospitais da Seguridade Social (Informe 67/99, do 6 de xullo de 2000), de bares e cafeterías situados nos acuartelamentos da Garda Civil (Informe 3/00, do 11 de abril de 2000), ou a explotación dun bar situado nun edificio destinado a persoas maiores (Informe 28/07, do 5 de xullo de 2007).

como contratos de subministración ou servizos, que terán sempre o carácter de contratos privados e se rexerán pola lexislación patrimonial (...).

78 En relación coa diversa cualificación destes contratos, *vid.* GALLEGO CÓRCOLES, I., "Contratos administrativos especiales (III)", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 101, 2010, pp. 52-61.

79 Entre outros, BAUZÁ MARTORELL, F.J., "La necesaria regulación del contrato de patrocinio institucional", <http://www.obcp.es>, 31 de xullo de 2017 (último acceso: 17/08/2017), que considera que se perdeu unha magnífica oportunidade ao non o incluír no proxecto de LCSP.

80 *Vid.*, por exemplo, o Informe 13/2012, do 11 de xullo, da XCCAAr, sobre os pregos tipo relativos a estes contratos.

Porén, tamén houbo algúns pronunciamentos en que as ditas prestacións foron cualificadas como contratos privados, probablemente porque a redacción inicial da LCE non consideraba a categoría de contrato administrativo especial⁸¹.

A cualificación dos ditos contratos como administrativos especiais tamén foi sostida polo Tribunal Supremo. Citaremos como exemplo a Sentenza do 16 de setembro de 2004⁸², da Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, en que confirmou o criterio do tribunal *a quo*⁸³, que considerou que o contrato de explotación de cafeterías do persoal e público nun hospital universitario, xestionado polo Instituto Nacional de Saúde, debeu cualificarse como un contrato administrativo especial e non como un contrato de xestión de servizo público, por non o ser a actividade de mantemento de cafeterías.

Non obstante, como xa se indicou, para a XCCAAr, coa aprobación da LCSP (2007), a categoría do contrato administrativo especial ten carácter residual e, baseándose no novo concepto dos contratos de servizos, que se axusta á normativa comunitaria, e cuxas categorías se enumeran no anexo II da lei, as prestacións de servizos de bar, cafetería e comedor deben ser cualificadas como contratos de servizos, incluídos na categoría 17 “Servizos de hostalaría e restaurante”⁸⁴.

Pola contra, a XCCAE seguiu considerando que a explotación dos servizos de bar, cafetería e comedor debía ser cualificada como contratos administrativos especiais por estaren vinculados ao xiro ou tráfico da Administración contratante. Así o sostivo, por exemplo, no seu Informe 25/12, do 20 de decembro de 2012, no cal afirma que, segundo os principais aspectos dos seus informes precedentes sobre o particular, os servizos de cafetería e comedor non poden cualificarse como servizos públicos, polo que non lles resultan de aplicación as regras do contrato de xestión de servizos públicos.

Esta doutrina da XCCAE foi acollida de xeito xeneralizado polo resto de xuntas consultivas de contratación das comunidades autónomas⁸⁵ e polos tribunais de recursos contractuais; por exemplo, pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma das Illas Baleares, no seu Informe 3/2000, do 4 de febreiro, no cal estimou que os contratos de explotación de bares, cafeterías e restauración dos centros de ensino secundario tiñan axeitado encaixe na figura dos contratos administrativos especiais. Se analizamos algúns dos pronunciamentos realizados polo TACRC relativos a prestacións de servizos de cafeterías

81 Por exemplo, no Informe 79/64, do 25 de setembro de 1964, a XCCAE cualifica un contrato de explotación de cafetería instalado no edificio dun ministerio como contrato privado, malia soste-lo que o servizo de cafetería non ten a consideración de servizo público, polo que non pode falarse dun contrato de xestión de servizo público.

82 Recurso de casación 6721/2001.

83 A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Murcia, que ditou a Sentenza do 23 de xuño de 2001, contra a que vai dirixido o recurso de casación.

84 Informe 19/2008, do 4 de setembro.

85 Tanto é así, que a Comisión Consultiva de Contratación Pública da Junta de Andalucía, ao ser consultada sobre a posibilidade de cualificar as prestacións de cafetería, bar ou comedor en instalacións da Administración pública como contratos de servizos pola amplitude do seu obxecto na LCSP (2007), como foran considerados pola XCCAAr, no seu Informe 19/2008, non o estima argumento suficiente para apartarse do criterio consolidado da XCCAE (Informe 10/2010, do 15 de outubro).

e comedores, resulta que as ditas prestacións son cualificadas ou ben como contratos de servizos⁸⁶ ou ben como contratos administrativos especiais⁸⁷.

Non obstante, para o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, os contratos de explotación de bares e cafeterías deben ser cualificados como contratos de servizos da categoría 17 do anexo II do TRLCSP (servizos de cafetería)⁸⁸.

O razoamento que segue o TACRC para distinguir entre contratos de servizos e administrativos especiais é similar ao realizado pola XCCAE. Cando as prestacións son aboadas pola Administración, cualifícaaas como contratos de servizos, mentres que cando son aboadas polos usuarios aduce que se trata de servizos que non deben ser prestados necesariamente pola Administración contratante (como proporcionar servizos de almorzos ou comidas aos seus empregados), aínda que considera que, ao tratarse dun servizo vinculado ao xiro ou tráfico da dita Administración, complementario ou auxiliar para a consecución dos seus fins, deberán ser cualificados como contratos administrativos especiais⁸⁹.

O dito argumento atopámolo, por exemplo, na Resolución 336/2016, do 29 de abril (Recurso 262/2016), relativo á contratación de servizos de comedor escolar. Neste rexeita que a prestación poida ser cualificada como contratos de servizos, ao non implicar pagamento ou contraprestación económica ningunha con cargo aos orzamentos, senón que os servizos son aboados polos usuarios⁹⁰.

Non obstante, consideramos que, atendendo á delimitación dos tipos contractuais segundo as directivas comunitarias, cando a explotación das cafeterías ou comedores leve consigo a translación do risco ao contratista, a prestación deba cualificarse como concesión de servizos e, no caso contrario, como contrato de servizos. Este razoamento coincide coa manifestación realizada pola XCCAE para xustificar que a forma de contraprestación dun contrato administrativo especial poida ser a explotación do servizo polo contratista, que se atopa no xa citado Informe 25/12, do 20 de decembro de 2012. A xunta afirma que:

“Esta modalidade contractual encaixaría no que o dereito da UE cualifica como concesións de servizos en sentido amplo, previstos nas directivas de contratación pública, pero excluídos do seu ámbito de aplicación. O elemento diferenciador respecto dos contratos de servizos

86 Por exemplo, servizos de comedor para escolas infantís municipais (Resolución 498/2015, do 29 de maio; Recurso 418/2015), prestación do servizo de cafetería e comedor nas dependencias do Ministerio de Emprego e Seguridade Social (Resolución 308/2012, do 28 de decembro; Recurso 281/2012).

87 Entre outros, servizo de cafetería e restaurante de traballadores do centro e familiares de internos dun centro penitenciario (Resolución 239/2015, do 13 de marzo; Recurso 183/2015); o servizo de restauración do Palacio de Congresos de Madrid (Resolución 18/2013, do 17 de xaneiro; Recurso 320/2012) ou os servizos de cafetería e restauración do persoal e público en xeral dun hospital (Resolución 200/2014, do 7 de marzo; Recurso 111/2014).

88 Así o sostivo, por exemplo, no seu Acordo 34/2014, do 20 de xuño, en relación coa explotación do bar e cafetería do Palacio de Congresos de Zaragoza. Para o Tribunal non se trataría dun contrato de xestión de servizo público pola asunción da organización do servizo e do risco derivado deste, nin dun contrato administrativo especial por ser unha categoría residual que só procede cando non se poida derivar a outro tipo contractual. *Vid.* tamén o Acordo 59/2016, do 14 de xuño, deste mesmo tribunal, que considerou que a tipificación como administrativo especial dun contrato de xestión do bar e piscinas municipais non era correcta por ser este tipo residual, polo que o cualificou como contrato de servizos.

89 Resolución 29/2014, do 17 de xaneiro (Recurso 705 e 1003/2013), en que declara que o exemplo prototipo de contrato administrativo especial sería a explotación dun servizo de cafetería e comedor nun edificio administrativo.

90 E faíno por referencia á Resolución 203/2011, do 7 de setembro (Recurso 172/2011) en que o Tribunal sinala que “*debe considerarse que haberá contrato de servizos alí onde exista unha relación xurídica de carácter oneroso en que interveña unha Administración pública e que teña por obxecto algunha das actividades enumeradas no anexo II da Lei de contratos do sector público*”.

é precisamente este peculiar sistema de retribución, consistente no dereito a explotar o servizo ou no dito dereito acompañado dun pagamento, unido á asunción polo contratista do risco na explotación”.

Esta declaración, posta en relación coa xurisprudencia do TXUE, que non precisa que o obxecto das concesións sexan servizos públicos, lévanos a reafirmarnos sobre a cualificación dos contratos de explotación de cafeterías, restaurantes ou bares en dependencias públicas como concesións de servizos se se lle traslada o risco ao contratista⁹¹, debendo determinar o valor estimado dos ditos contratos segundo o previsible volume de negocio durante o prazo total de execución⁹².

5 Manteñen os contratos administrativos especiais o seu carácter supletorio na nova LCSP?

Na LCSP seguen figurando entre os negocios e contratos excluídos do seu ámbito⁹³ tanto os de carácter patrimonial (artigo 9), cuxo contido é similar ao do TRLCSP⁹⁴, como os servizos financeiros (artigo 10), clarificando nestes últimos o alcance dos que son excluídos.

Os tipos contractuais que poderán formalizar as entidades pertencentes ao sector público, segundo establece o artigo 12.1, son os seguintes:

“Os contratos de obras, concesión de obras, concesión de servizos, subministración e servizos”.

En relación con esta delimitación, que se atopa na sección 1.^a do capítulo II do título preliminar, a principal novidade que resulta relevante en relación coa delimitación do contrato administrativo especial que nos ocupa é que desaparece o contrato de xestión de servizos públicos⁹⁵, xurdindo no seu lugar a concesión de servizos, que responde á necesidade de traspor a Directiva 2014/23/UE. Respecto á definición dos contratos de servizos, cómpre

91 Precisamente, a opción da Directiva 2014/23/UE por un concepto amplo de contrato de concesión de servizos, que non se vincula á natureza pública do servizo, leva o TACRC a revisar a cualificación destes contratos como administrativos especiais. Así, na súa Resolución 411/2017, do 5 de maio, nun contrato de arrendamento de locais de negocio para actividades de restauración no aeroporto de El Prat de Barcelona, sostén que, aínda que a restauración a favor dos viaxeiros e do público en xeral non é en puridade un servizo público que a Administración estea obrigada a prestar, senón un servizo opcional, de carácter complementario ou auxiliar aos servizos aeroportuarios que lle competen, encaixa na concepción de concesión de servizos da nova directiva se se transfire o risco operacional na explotación dos ditos servizos (Recurso 251/2017). Tamén o OARC, na súa Resolución 102/2017, do 20 de setembro, en aplicación dos tipos contractuais das novas directivas, cualifica un contrato de explotación de cafetería e máquinas expendedoras para un hospital como unha concesión de servizos. Sustenta a súa decisión en que o relevante para o poder adjudicador, segundo os pregos, é asegurar o servizo de cafetería para o persoal do hospital e o público en xeral, establecendo unha serie de condicións para a súa prestación, polo que non pode considerarse un contrato de contido patrimonial. A prestación debe cualificarse como concesión de servizos por concorreren as súas notas características, pois a remuneración íntegra do contratista a percibe dos usuarios do servizo, sen que se lle asegure nos pregos nin un beneficio mínimo nin a recuperación do gasto en que tivese podido incurrir.

92 *Vid.* o Informe 13/2014, do 7 de maio, da XCCAA, sobre o valor calculado dos servizos de xestión de bares, restaurantes, barras de festas ou similares. Acordo 34/2014, do 20 de xuño.

93 Atópanse na sección 2.^a do capítulo I do título preliminar, cuxa redacción resulta máis clara que a que figuraba na regulación precedente, ao terse agrupado por conceptos.

94 Para que nestes contratos poidan incluírse prestacións propias dos contratos típicos, impónse o cumprimento de dous requisitos, que no TRLCSP tiñan carácter alternativo. Así, dispónse que só poderán incluírse prestacións propias dos contratos típicos cando o seu valor non sexa superior ao 50 por 100 do valor do negocio e, á súa vez, manteñan coa prestación característica do contrato patrimonial relacións de vinculación e complementariedade que exixan a súa consideración e tratamento como unha unidade funcional.

95 Tamén se suprime o contrato de colaboración público-privada.

destacar que desaparece o anexo II de categorización de actividades que establecía o TRLCSP. Só se identifican no anexo IV os contratos que teñen por obxecto servizos sociais e outros servizos específicos.

Por outra banda, a nova configuración dos contratos de servizos e das concesións de servizos reafirma que xa non se poden manter como elementos de diferenciación entre ambos os dous tipos cal sexa o destinatario da prestación ou que se trate dun servizo público. Para os contratos de servizos, que se caracterizaran porque a prestación se realizaba a favor da Administración, expresamente especificase que algúns levan consigo prestacións directas a favor da cidadanía, establecendo para tales contratos que deberán cumprir determinadas prescricións (artigo 312 LCSP)⁹⁶. En canto ás concesións de servizos, non están limitadas á prestación de servizos públicos, como sucedía nos contratos de xestión de servizos públicos, xa que na súa delimitación se establecen unha serie de exixencias e características para os casos en que as concesións se refiran a servizos públicos (artigos 284.2, 285.1 e 287.2 LCSP).

A nova norma continúa coa regulación integral de toda a actividade contractual do sector público, mantendo o cambio de enfoque realizado coa LCSP (2007), que distingue os réximes xurídicos dos contratos públicos, en función das entidades contratantes e tipos contractuais, aínda que a parte troncal segue a ser a regulación dos contratos das administracións públicas.

En relación coa determinación do réxime xurídico dos contratos das administracións públicas, séguese a regulación do TRLCSP. Estas poderán formalizar contratos sometidos ao dereito administrativo ou ao dereito privado.

De conformidade co disposto no artigo 25, terán carácter administrativo, sempre que os realice unha Administración pública, os seguintes contratos:

“1.a) Os contratos de obra, concesión de obra, concesión de servizos, subministración e servizos. Non obstante, terán carácter privado os seguintes contratos:

1.º Os contratos de servizos que teñan por obxecto servizos financeiros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 e os que teñan por obxecto a creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, e de 92000000-1 a 92700000-8, agás 92230000-2, 92231000-9 e 92232000-6.

2.º Aqueles cuxo obxecto sexa a subscripción a revistas, publicacións periódicas e bases de datos.

b) Os contratos declarados así expresamente por unha lei, e aqueloutros de obxecto distinto dos expresados na letra anterior, pero que teñan natureza administrativa especial por estaren vinculados ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante ou por satisfaceren de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da específica competencia daquela”.

En relación cos contratos que eran cualificados expresamente como administrativos especiais polo TRLCSP, que eran os asinados con empresarios particulares que actuaban como colaboradores na execución de obras, fabricación de bens mobles ou realización de servizos, a execución dos cales estaba a cargo da Administración pública, produciuse un importante

96 Aínda que nestes casos se impón que os contratos cumpran unha serie de prescricións.

cambio. Mentres no TRLCSP se establecía que estes contratos que se efectuaban cos empresarios particulares tiñan carácter administrativo especial, *“sen constituíren contratos de obras, subministracións e servizos, por estar a súa execución a cargo do órgano xestor da Administración”* (artigo 24.4), na LCSP os ditos contratos deixan de ter carácter especial.

Para estas colaboracións, o artigo 30.3 da LCSP establece que as prestacións de servizos debe realizalas normalmente a propia Administración cos seus propios medios e que, en caso de carecer de medios suficientes, e logo de xustificación no expediente de contratación, poderán contratarse de acordo coa tipificación dos contratos das administracións públicas establecida na propia lei⁹⁷. Así mesmo, respecto á execución das obras ou á fabricación de bens mobles que se efectúen en colaboración con empresarios particulares, dispónse que o réxime xurídico aplicable aos contratos que se formalicen con estes será o previsto para os contratos de obras ou de subministración na lei (artigo 30.4).

En canto aos contratos privados, para determinar que contratos da Administración merecen tal cualificación, haberá que atender ao artigo 26.1.a) da LCSP, que establece que terán tal consideración:

“Os que celebren as administracións públicas cuxo obxecto sexa distinto dos referidos nas letras a) e b) do apartado primeiro do artigo anterior”.

No precepto que regula os contratos administrativos séguense distinguindo os contratos típicos dos administrativos especiais. Os criterios empregados polo TRLCSP para determinar a natureza administrativa especial persisten, aínda que se introduce algún matiz e se altera a súa orde. En primeiro lugar, poderán selo os declarados expresamente por unha lei, aínda que, como advertimos, a LCSP xa non tipifica como contrato administrativo especial o negocio xurídico celebrado con empresarios particulares que colaboran en prestacións executadas pola Administración pública. En segundo lugar, os de obxecto distinto dos que figuran na letra a), por estaren vinculados ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante ou por satisfaceren de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da competencia específica daquela. E, en terceiro e último lugar, suprimíuse o inciso *“sempre que non teñan expresamente atribuído o carácter de contratos privados conforme o parágrafo segundo do artigo 20.1”*.

Desta nova redacción despréndese que unha lei poderá cualificar expresamente un contrato como administrativo especial, calquera que sexa o seu obxecto. Non obstante, cando os requisitos que o determinen sexan alternativamente estar vinculado ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante ou satisfacer de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da competencia específica daquela, imponse que teñan un obxecto distinto do dos contratos nominados e do dos contratos privados, aos que expresamente se lles recoñece tal carácter na letra a). Debido á supresión do inciso que se refería á totalidade de contratos privados que efectuasen as administracións públicas e a que na LCSP se definen os contratos privados por exclusión, o contrato administrativo especial deixa de ser a categoría residual, posición que volve ser ocupada polos contratos privados.

Non obstante, malia esta alteración, a categoría dos contratos administrativos especiais segue sendo moi limitada, como xa expuxemos, principalmente pola amplitude dos contratos típicos

97 Segundo o establecido no capítulo V do título II do libro II.

que levan consigo prestacións de servizos, ben sexa contratos ou concesións de servizos. Non obstante, reaparece a posibilidade de que prestacións non cualificadas expresamente pola lei como contratos privados, de acreditarse a súa conexión coa satisfacción dun interese público perseguido pola Administración contratante, poidan ser cualificadas como contratos administrativos especiais.

En consecuencia, a categoría dos contratos privados restrínxese. Serano, porque así o establece expresamente a lei, os servizos financeiros e de creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos, que están referenciados polo seu código CPV, e os de subscripción a revistas, publicacións periódicas e bases de datos. Tamén serán contratos privados os relativos aos ámbitos do dominio público, do patrimonial e financeiro, que seguen sendo contratos excluídos (artigo 9 LCSP). Non obstante, para que o resto de contratos poidan ser cualificados como privados, será preciso que carezan de vinculación ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante ou que non satisfagan de xeito directo ou inmediato unha finalidade pública da súa competencia.

6 O réxime xurídico dos contratos administrativos especiais

O réxime xurídico dos contratos administrativos especiais segue as previsións do réxime anterior. De acordo co disposto no artigo 25.2 da LCSP, os contratos administrativos que teñan natureza administrativa especial rexeranse, en canto á súa preparación, adxudicación, efectos, modificación e extinción, en primeiro termo, polas súas normas específicas, aplicándose así mesmo as disposicións da LCSP e as súas disposicións de desenvolvemento. Supletoriamente, seranlle de aplicación as normas de dereito administrativo, e, no seu defecto, as normas de dereito privado.

Igualmente, mantense que parte das normas que determinan o seu réxime xurídico se establecerán no prego de cláusulas administrativas particulares. Segundo dispón o artigo 3.1 do RXLCAP, nos contratos administrativos especiais o dito prego, ademais de incluír os datos que con carácter xeral se establecen para todos os contratos no artigo 67.2 do RXLCAP, conterá as especificacións que pola natureza e obxecto do contrato sexan necesarias para definir os pactos e condicións deste. Tales datos deberán figurar no documento de formalización do contrato (artigo 71.8 RXLCAP).

A competencia para coñecer as controversias que se susciten nos contratos administrativos especiais correspóndelle á orde xurisdiccional contencioso-administrativa, pois todas as cuestións relativas á preparación, adxudicación, efectos, modificación e extinción dos contratos administrativos fóronlle atribuídas polo artigo 27.1.a) da LCSP.

En canto á posibilidade de incluír os contratos menores na categoría dos contratos administrativos especiais, cómpre sinalar que o artigo 118 da LCSP dispón que se estiman contratos menores os de valor considerado inferior a 40.000 euros cando se trate de obras, ou a 15.000 euros cando se trate de subministración ou de servizos. En consecuencia, debido a que os contratos menores veñen cualificados polo seu obxecto e contía, débese vulgar que, como xa entendeu no pasado a XCCA⁹⁸, ao non teren sido incluídos expresamente, a figura dos contratos menores non resulta aplicable aos contratos administrativos especiais.

98 Vid. Informe 38/05, do 26 de outubro de 2005. "Posibilidade de utilización da figura e réxime xurídico dos contratos menores nos contratos administrativos especiais".

Por último, hai que salientar que os contratos administrativos especiais foron incluídos expresamente na relación de contratos que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Os ditos contratos serán recorribles cando polas súas características non sexa posible fixar o seu prezo de licitación ou cando o seu valor estimado sexa superior ao establecido para os contratos de servizos (artigo 44.1 LCSP⁹⁹).

7 Recapitulación

Do exame realizado das normas aprobadas en materia de contratación pública, así como da xurisprudencia e doutrina analizadas, dedúcese que a delimitación do contrato administrativo especial foi variando. En todo caso, a súa caracterización estivo vinculada á existencia no noso dereito da contratación pública da figura do contrato administrativo, que precisa da presenza dunha Administración pública. Así mesmo, na súa delimitación incidiu a configuración dos contratos administrativos típicos e dos contratos cualificados como privados, pois con frecuencia actuaron como fronteira entre eles.

Inicialmente, a configuración do contrato administrativo foi construíndose no noso dereito sobre a necesidade da Administración pública de tutelar o interese público. Para a súa consecución, o ordenamento xurídico outorgoulle unha serie de prerrogativas e atribuíu o coñecemento das súas controversias á xurisdición contencioso-administrativa.

A medida que a actividade contractual da Administración se foi ampliando, os contratos que se reiteraban foron tipificados en atención ao seu obxecto como contratos administrativos. Non obstante, houbo unha serie de contratos que mantiveron o influxo do dereito privado, cuxa cualificación foi oscilando nas diversas regulacións. Ante a presenza dunha finalidade pública, incorporada á causa dos ditos contratos, foron cualificados como contratos administrativos especiais para a protección do interese público. Así mesmo, consideráronse contratos administrativos especiais os que non encaixaban nos contratos nominados. Este dobre réxime xurídico, xerador de confusión pola falta de claridade no seu deslinde, foi potenciado polo incremento de entidades integrantes do sector público suxeitas nas súas actividades contractuais ao dereito privado.

A dificultade na delimitación dos contratos administrativos especiais viuse agravada coa adaptación da nosa lexislación de contratación pública ao dereito da Unión Europea. Por un lado, porque motivou un progresivo achegamento aos tipos contractuais fixados nas directivas comunitarias de contratación pública que non responden nalgúns casos ás nosas concepcións tradicionais. E, por outro lado, porque para o dereito europeo resulta indiferente que o réxime xurídico dos contratos sexa de dereito público ou privado, e porque non asumiu a noción de servizo público.

Agora ben, incorporadas ao noso dereito interno as previsións do dereito europeo da contratación pública sobre os contratos excluídos do seu ámbito, así como os tipos contractuais, e establecida a súa extensión, a delimitación do contrato administrativo especial debe axustarse a esas previsións. Examinamos a transcendencia que tivo na LCSP de 2007 o papel relevante outorgado a nivel europeo aos contratos de servizos, e como a súa delimitación, ampliando

⁹⁹ No texto vixente, os contratos de servizos son susceptibles de recurso especial en materia de contratación cando teñan un valor considerado superior a cen mil euros [letra a) do apartado 1 do artigo 44 LCSP].

a súa extensión, afectou aos contratos administrativos especiais. Tamén a exclusión dalgúns contratos de carácter patrimonial que deixou resolta a posibilidade de que estes contratos fosen atraídos ao dereito administrativo mediante a súa cualificación como contratos administrativos especiais.

Atopámonos en proceso de incorporación das concesións de servizos como contratos típicos, desde a concepción do dereito europeo, que, como examinamos, se resolveu na LCSP cunha nova extensión dos contratos de servizos e a supresión dos contratos de xestión de servizos públicos, o que a noso entender vai supor unha nova restrición do contrato administrativo especial.

Ante a nova tipificación dos dous tipos contractuais, non parece posible manter a cualificación de contrato administrativo especial para algunhas prestacións de servizos. Por exemplo, contratos como os de cafetería, comedor e, en xeral, os de restauración, ou a instalación de televisións en hospitais públicos, que entrarían dentro dos contratos típicos de servizos ou de concesión de servizos, atendendo a como fosen configurados. Ademais, a súa cualificación como contratos administrativos especiais non ten en si mesma ningunha transcendencia, xa que o seu réxime xurídico sería similar ao establecido para os contratos típicos, pois, igual que estes, os ditos contratos encádranse dentro dos contratos administrativos. A única excepción é que, de existiren normas específicas que os regulasen, serían aplicables en primeiro lugar, aínda que en xeral a súa especialidade deriva na práctica das estipulacións contidas nos pregos de cláusulas administrativas particulares. O relevante é que en todo caso se garante a súa especial protección mediante as prerrogativas atribuídas á Administración e o seu control a través da xurisdición contencioso-administrativa.

8 Bibliografía

- ARIÑO ORTIZ, G., "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 172, 2007.
- BALLESTEROS ARRIBAS, S., "Contratos administrativos especiales", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 22, 2005.
- BATET JIMÉNEZ, P., "Diferenciación entre los contratos de servicios, los contratos de gestión de servicios públicos y los contratos administrativos especiales", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 82, 2009.
- BAUZÁ MARTORELL, F.J., "La necesaria regulación del contrato de patrocinio institucional", <http://www.obcp.es>, 31 de xullo de 2017 (último acceso: 17/08/2017).
- BERNAL BLAY, M. A., "Contrato administrativo especial", Bermejo Vera, J. (dir.) *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009.
- BLANCO LÓPEZ, F., "Contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 26, 2003.
- CONTRERAS ORTIZ, M. M.^a, "La distinción entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la Administración en la Ley de Contratos del Sector Público. El caso de los contratos inmobiliarios", *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 10, 2008.

- CORRAL GARCÍA, E., "Evolución de la legislación de contratos de la administración", *Contratación del Sector Público Local*, tomo I, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), Madrid, 2008.
- DÍAZ LEMA, J. M., "Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad en la ley de contratos del sector público?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 141, 2009.
- FUERTES LÓPEZ, M., "Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n. 6, 2000.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I)", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 77, 2008.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (II)", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 78, 2008.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Contratos administrativos especiales (I)", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 100, 2010.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Contratos administrativos especiales (II)", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 101, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La figura del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 41, 1963.
- GIMENO FELIÚ, J. M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo IV, 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2012.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., "La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado", *Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- LAZO VITORIA, X., "El futuro del mercado concesional en Europa", *Revista CEFLEGAL*, n. 154, 2013.
- MEILÁN GIL, J. L., "Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos", *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, n. 8, 2005.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.ª, *Los contratos de servicios del Sector Público. Prestaciones intelectuales, asistenciales y consultorías*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

Regap



ESTUDIOS

MORENO MOLINA, J. A., "Los contratos de consultoría, asistencia y servicios", Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2004.

MORENO MOLINA, J. A., e PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2008.

PÉREZ LÓPEZ, R. M.^a, e GARCÍA RESCALVO, M., "Caracterización conceptual del contrato de gestión de servicios públicos, de servicios, administrativo especial y su adecuación a la realidad social. Contrato administrativo especial versus concesión de dominio público", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 92, 2009.

RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., "La nomenclatura CPV en la contratación", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 109, 2011.

SANMARTÍN MORA, M. A., "Novedades en materia de contratos de aprovechamientos forestales", <http://obcp.es>, 14 de septiembre de 2015 (último acceso: 21/05/2017).

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo II, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2009.

VÁZQUEZ LACUNZA, E. "El impacto del concepto europeo de concesión en el derecho español", Almeida Cerredá, M., e Martín Delgado, I. (dirs.), *La nueva contratación pública* (Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo), Campus na nube, Santiago de Compostela, 2015.

Instrumentos e perspectivas para un modelo integrado de intervención pública na economía. Os fondos europeos de investimento e os *long-term investors* nacionais*

Instrumentos y perspectivas para un modelo integrado de intervención pública en la economía. Los fondos europeos de inversión y los *long-term investors* nacionales

Tools and outlook of an integrated model of public intervention in the economy. European Investment Funds and National long-term investors

54 Regap

Regap



ESTUDIOS

GIOVANNI MARIA CARUSO

Profesor agregado
Universidade de Calabria
giovannimaria.caruso@unical.it

OMAR HAGI KASSIM

Doutor en Filosofía
Universidade Roma Tre
omar.hagi.k@gmail.com

Recibido: 04/12/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Resumo: O ordenamento europeo dotouse hai tempo de instrumentos financeiros que, ao teren capacidade para canalizar unha cantidade inxente de recursos que dean apoio ás políticas industriais, poden ser utilizados tanto con fins instrumentais, cunha mera misión de financiamento, como con fins dun alcance máis amplo. Trátase do Fondo Europeo de Investimentos (FEI) e do Fondo Europeo de Investimentos Estratéxicos (FEIE), que son examinados neste estudo coa finalidade de descubrir as súas potencialidades concretas. Estes organismos parecen conducir a unha nova fase do proceso de integración, onde sinerxías máis intensas entre operadores de distinta extracción permitan unha compenetración efectiva entre o interese europeo e os intereses nacionais, potencialmente sensible ás demandas dos particulares.

Palabras clave: Bancos nacionais de promoción, fondos de investimentos estratéxicos, intervención pública na economía, axudas estatais, dereito económico.

* Este texto é froito dunha reflexión común; a redacción dos §§ 1, 2, 3 e 4 é de G.M. Caruso e a dos §§ 5 e 6 é de O. Hagi Kassim. A redacción do § 7 é dos dous autores

Resumen: El ordenamiento europeo se ha dotado hace tiempo de instrumentos financieros que, al tener capacidad para canalizar una cantidad ingente de recursos que den apoyo a las políticas industriales, pueden ser utilizados tanto con fines instrumentales, con una mera misión de financiación, como con fines de un alcance más amplio. Se trata del Fondo Europeo de Inversiones (FEI) y del Fondo Europeo de Inversiones Estratégicas (FEIE), que son examinados en este estudio con la finalidad de averiguar sus potencialidades concretas. Estos organismos parecen conducir a una nueva fase del proceso de integración, donde sinergias más intensas entre operadores de distinta extracción permitan una compenetración efectiva entre el interés europeo y los intereses nacionales, potencialmente sensible a las demandas de los particulares.

Palabras clave: Bancos nacionales de promoción, fondos de inversiones estratégicas, intervención pública en la economía, ayudas estatales, derecho económico.

Abstract: Only recently does the UE seem to have gained awareness about the relevance of its intervention in the economy, through the institution of long-term intervention programs, which are also transversal among the industrial contests, as the European Investment Fund (EIF) and the European Fund for Strategic Investment (EFSI). The present work aims to study these figures, in order to examine their innovative profiles and to evaluate their potential. The solutions set up by the European legal system seem to reveal the beginning of a new stage of the integration process, in which more intense synergies among operators from different backgrounds would be able to allow an effective cohesion among European and national interests, potentially sensitive to private issues.

Keywords: National promotional banks, strategic investment funds, public intervention in the economy, state aids, public law of economics.

Sumario: 1 Instrumentos financeiros de interese xeral europeo. 2 O potencial non aproveitado do Fondo Europeo de Investimentos (FEI). 3 O chamado criterio de «adicionalidade» e o Fondo Europeo para Investimentos Estratégicos (FEIE). 4 O papel dos bancos nacionais de fomento. 5 A posible superación do criterio do investidor de mercado e o novo paradigma de “deficiencia de mercado”: a evolución das características da intervención pública na economía. 6 Os distintos modelos de intervención pública na economía como factor de desequilibrio entre as economías nacionais. 7 Conclusións: financiamento dos modelos de intervención pública da economía e xestión centralizada das participacións europeas. 8 Bibliografía.

1 Instrumentos financeiros de interese xeral europeo

O proceso de integración europea condicionou de forma notable o papel económico dos poderes públicos, porque despoxo os Estados membros das competencias que lles foran outorgadas, pero ao mesmo tempo non permitiu que a Unión asumise as ditas funcións. Ata hoxe, non se puido constatar plenamente que as institucións europeas non dispoñan de instrumentos eficaces para intervir na economía e que, polo tanto, se mostrasen impotentes ante a Gran Recesión¹.

Non obstante, aínda que de forma fragmentaria e, en calquera caso, mediante fórmulas pouco claras, o ordenamento europeo dotouse hai tempo de instrumentos financeiros que, polo menos de forma abstracta, parece poder encher este baleiro de poder. Trátase de instrumentos aparentemente neutros que, ao teren capacidade para canalizar unha cantidade inxente de recursos que dean apoio ás políticas industriais, poden ser utilizados tanto con fins instrumentais, cunha mera misión de financiamento, como con fins dun alcance máis amplo.

Algúns deles inscríbense dentro do ámbito de programas concretos dirixidos a apoiar proxectos dedicados ao ambiente, o desenvolvemento das infraestruturas ou a enerxía e, en consecuencia, están aínda baseados nunha lóxica sectorial². Outros, en cambio, son de

1 Sobre este punto, véxase ROSSI, G., “Pubblico e privato nello squilibrio fra economia ed istituzioni”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2, 2015, segundo o cal «l'Europa no fait et no fait faire».

2 Neste sentido destacan, por exemplo, o fondo Marguerite - European Fund for Energy, Climate Change and Infrastrutture, o Fondo Infra-med e a European Energy Efficiency Fund (EEEF).

maior envergadura, porque, ademais de seren transversais e cubrir unha gran diversidade de contextos industriais, permiten unha intervención directa no conxunto de accionistas das empresas e situáronse de forma notoria en organismos como o Fondo Europeo de Investimentos (FEI) e o Fondo Europeo de Investimentos Estratéxicos (FEIE).

Os antecedentes históricos destes modelos cómpre buscalos na experiencia alemá, onde o papel económico dos poderes públicos, malia presentar interferencias significativas co sistema bancario, tradicionalmente ofreceu solucións institucionais dirixidas a apoiar a economía a través de operacións de carácter financeiro. Tanto o Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), instituto público de nivel federal, como o *Landesbank* e as *Sparkassen*, dependentes dos *Länder* e os concellos respectivamente, impuxéronse progresivamente como centros financeiros encargados da xestión de participacións sociais públicas, segundo un modelo que foi despois copiado tamén en Francia, coa Banque Publique d'Investissement e a Caisse des Dépôts et Consignations e en Italia coa Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.

Aínda que algunhas das prerrogativas de que gozan estes organismos poden suscitar lexitimas dúbidas sobre a efectiva compatibilidade do modelo que describimos coa normativa europea, o dito modelo ata agora non só se tolerou, senón que tamén foi incentivado polas propias institucións europeas, ata o punto de que na normativa dedicada ao FEIE –que reproduce as súas liñas esenciais– a Comisión clasificou o papel institucional destes investidores públicos na categoría dos chamados bancos nacionais de fomento³.

Malia que o potencial do modelo foi explotado, os instrumentos de capital que estes organismos empregaron, máis que responder a obxectivos de puro financiamento, serviron para garantir a presenza pública na estrutura accionarial de determinadas empresas.

Agora que existen instrumentos análogos que teñen un claro referente institucional nas institucións europeas, cabe esperar que evolucionen cara a formas máis estruturadas capaces de transmitir o interese europeo a determinados contextos industriais.

2 O potencial non aproveitado do Fondo Europeo de Investimentos (FEI)

O FEI foi instituído en virtude do documento de modificación do protocolo sobre o Estatuto do Banco Europeo de Investimentos asinado en Bruxelas o 25 de marzo de 1993 co fin de dotar as institucións europeas de instrumentos financeiros axeitados para a consolidación do mercado interno, a cohesión económica e social, así como para garantir a recuperación económica da zona europea⁴.

Aínda que a súa estrutura se basea en mecanismos de carácter asociativo, o Banco Europeo de Investimentos (BEI), titular do 61,2 % das participacións, ten asignado un papel especial, funcionando como un *holding* de control dotado de prerrogativas especiais. No entanto, non podemos concibir este organismo como unha mera articulación organizativa do BEI, xa que está expresamente previsto que poidan asumir a calidade de socio tanto as institucións

³ Sobre este punto, véxase *infra* § 4.

⁴ Sobre este punto, véxase o *Atto che modifica il protocollo sullo Statuto della Banca europea per gli investimenti per conferire al Consiglio dei governatori il potere d'istituire un Fondo europeo per gli investimenti*, do 25 de marzo de 1993, en GU L 173 do 7 de xullo de 1994.

financeiras dos Estados membros⁵ como a propia Unión Europea, posuidora actualmente do 26,5 % das participacións sociais, que formalizou a súa participación mediante a Decisión do Consello 94/375/CE, do 6 de xuño de 1994, coa que se lle outorgan á Comisión os correspondentes poderes de representación.

A estrutura organizativa do fondo reproduce algunhas características do modelo societario, non só polos mecanismos que rexen a gobernanza interna, na cal se distribúen as tarefas entre a asemblea xeral (arts. 10 e 11), o consello de administración (art. 15) e un administrador único (art. 20), senón, sobre todo, polos procesos a que está sometida a asemblea da organización.

De feito, o fondo está dotado de personalidade xurídica autónoma, de maneira que as relacións entre os socios se poden considerar, para todos os efectos, relacións entre suxeitos distintos. Deste xeito, créanse mecanismos para garantir unha autonomía patrimonial completa, totalmente análoga á societaria, xa que está expresamente contemplado que *«i soci non rispondono, in quanto tali, delle obbligazioni del Fondo»*, senón que responden dentro dos límites da súa participación no capital subscrito e non desembolsado (art. 5, § 4).

Esta configuración reflíctese tamén no grao de autonomía recoñecido ao organismo, que garante que as decisións económicas se sometan exclusivamente aos órganos sociais correspondentes, sen impor o cumprimento de requisitos de procedemento nin o control directivo por parte de organismos dependentes das institucións europeas. O único control de carácter público é o do Tribunal de Contas Europeo, que exerce as súas funcións segundo modalidades atípicas, definidas dentro do ámbito dun acordo trilateral entre a Comisión, o Tribunal de Contas e o BEI⁶.

Outras características especiais son as relativas ao tratamento fiscal reservado ao organismo, que está substancialmente exento de calquera forma de taxación, e ao status recoñecido aos membros dos órganos e ao persoal, que está suxeito ao protocolo sobre privilexios e inmunidades da Unión Europea (art. 30, § 5).

Non obstante, analizando o papel asignado ao FEI, pódese constatar que o estatuto recoñece expresamente a posibilidade de desempeñar a súa misión institucional a través da adquisición de participacións sociais. O artigo 2 do estatuto considera, de feito, que o fondo persegue *«la sua missione mediante attività che consistono (...) nell'assumere, detenere, gestire e cedere partecipazioni in qualsivoglia impresa, alle condizioni di cui all'articolo 12, paragrafo 2, punto i), dello statuto»*, que remite á xunta xeral todas as decisións para autorizar o fondo a efectuar este tipo de operacións.

Polo tanto, malia que este tipo de actividades non cobren totalmente as funcións que lle foron encomendadas, pódese considerar que a xestión das participacións sociais está institucionalizada no ente e que presenta todas as características que corresponden á súa misión, dada a súa heterodeterminación en virtude da normativa de carácter público que define os seus obxectivos, pero tamén indica os seus límites.

5 Neste sentido, véxase o artigo 4 do Estatuto do FEI. Entre as institucións financeiras propietarias de participacións sociais, ademais dos institutos bancarios privados, figuran tamén a Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., KfW Bankengruppe, BPIFrance Participations e o Instituto de Crédito Oficial. Sobre as características comúns destes organismos, véxase *infra* § 4.

6 Sobre este punto, véxase o chamado *Accord tripartite conclu entre la Banque européenne d'investissement, la Commission européenne et la Cour des comptes*, ao que remite o artigo 287, § 3, do TFUE.

Os límites relacionados coa xestión das participacións sociais non están recollidos na normativa sobre a repartición de poderes entre o consello de administración e a xunta xeral (arts. 16 e 13). Deste xeito, aínda que o primeiro ten formalmente competencia para determinar as condicións xerais para a adquisición de participacións, o estatuto prevé que este tipo de actividades deben respectar os límites inherentes aos compromisos financeiros establecidos pola xunta, tanto para cada unha das operacións como en termos xerais (arts. 25 e 26).

Máis alá destes casos, non existen prescricións significativas que poidan condicionar a realización de operacións concretas, pero os criterios xerais que inspiran a actividade do fondo parecen indicar que a súa actividade ten que aterse a criterios estritamente económicos. Neste sentido maniféstase, por exemplo, o artigo 2 do estatuto, que recolle «*per le sue attività, il Fondo si attiene a sani principi bancari o, secondo i casi, ad altri sani principi e prassi commerciali*». Pero esta mesma lóxica debe rexer a normativa sobre o destino e a distribución de beneficios (art. 27), a determinación dos criterios de rendibilidade (letra v.) do art. 16) e a remuneración do fondo (art. 24).

As únicas limitacións que afectan ao ente substáncianse así na imposición de obxectivos baseados en criterios de rendibilidade análogos aos dos investidores particulares; de feito, o propio artigo 2 do estatuto, cunha fórmula bastante ampla, afirma que a súa misión institucional en termos xenéricos é «*contribuire al perseguimento degli obiettivi dell'Unione europea*».

A normativa específica sobre o organismo dá, polo tanto, a entender que o FEI é un instrumento extremadamente dúctil. Dada a amplitude dos seus fins institucionais e a ausencia de límites estritos á actividade de adquisición e xestión das participacións sociais, o organismo, polo menos de forma abstracta, parece dispor de todas as características necesarias para transmitir ao ámbito de empresas concretas un interese xeral de carácter europeo, a través do exercicio das facultades ordinarias do socio, reproducindo nunha dimensión europea as funcións anteriormente desempeñadas polos entes de xestión que caracterizaron a experiencia italiana do século pasado.

3 O chamado criterio de «adicionalidade» e o Fondo Europeo para Investimentos Estratéxicos (FEIE)

Máis limitadas, pero moi relevantes, son as funcións asignadas ao Fondo Europeo para Investimentos Estratéxicos, que é o piar central dun proxecto máis amplo de reformas que considera entre os seus obxectivos a superación do tratamento por sectores que caracterizou o enfoque europeo da crise⁷.

⁷ Unha síntese das distintas medidas figura na Comunicación da Comisión *Un plan de investimentos para Europa*, Bruxelas, 26/11/2014, COM (2014) 903 final, chamado *Plan Juncker*. Trátase, por outra parte, de medidas que non se basean unicamente no financiamento de carácter público, senón que tratan de estimular os investimentos a longo prazo tamén a través da definición dun marco normativo máis funcional para proxectos privados. Neste sentido, véxase o Regulamento (UE) 2015/760, do 29 de abril de 2015, relativo aos fondos europeos a longo prazo (chamado Regulamento ELTIF), onde se recolle unha normativa específica para determinados fondos de investimento privados dirixidos a dar apoio á economía real a través de canles de financiamento alternativas ás bancarias. Para aprofundar nas medidas previstas no Plan Juncker, véxase BASSANINI, F., e REVIGLIO, E., "Gli investimenti di lungo periodo in Europa dalla crisi finanziaria al Piano Juncker", *Astrid Rassegna*, n. 11, 2015, p. 4.

A súa institución formalizouse co Regulamento UE 2015/1017, do 25 de xuño de 2015, baseándose na articulada reflexión desenvolvida sobre os investimentos a longo prazo⁸, co fin de ofrecer un financiamento de risco axeitado para apoiar os investimentos de determinadas empresas (art. 3).

Dadas estas características, a actividade do fondo parece estar naturalmente dirixida á utilización de instrumentos que comportan a adquisición de participacións sociais, que, por outra parte, están expresamente recollidos no propio regulamento [art. 10, § 2, letras a) e b)].

O instrumento debería permitir mover polo menos trescentos quince mil millóns de euros en investimentos, que poderían aumentar significativamente en virtude das contribucións voluntarias achegadas por cada un dos Estados membros, sobre todo a través dos propios investidores públicos de longo prazo, ou de terceiros (art. 7, § 4)⁹.

Polo menos desde o punto de vista funcional, o FEIE segue unha lóxica que vén completar as solucións propostas por Francia e Italia¹⁰, inspiradas no modelo alemán do KfW, que, malia retomar aspectos significativos das súas estruturas organizativas, presenta algunhas características novas respecto ás ditas experiencias de ámbito nacional.

Gran parte dos requisitos que ten que cumprir a organización e as súas operacións tenden a confundirse coas condicións exixidas para o acceso á garantía ofrecida polas institucións europeas, que é un elemento esencial para a propia operatividade do fondo¹¹.

O modelo organizativo adoptado é, polo tanto, extremadamente complexo, xa que, ademais de sufrir a interferencia das principais institucións da Unión, padece unha serie de elementos engadidos necesarios para a concesión da garantía¹².

A súa gobernanza interna gravita arredor das funcións asignadas ao comité de dirección, que é un órgano composto por catro membros, dos cales tres son nomeados pola Comisión Europea e un é nomeado pola BEI. O órgano é o encargado de definir a orientación estratéxica do FEIE, as políticas e os procedementos necesarios para o seu funcionamento, a normativa sobre relacións coa banca ou os institutos nacionais de promoción e os riscos relacionados coas operacións do fondo. O comité de dirección desempeña, por outra parte, funcións significativas tamén no proceso selectivo do director xeral, encargado da xestión corrente do fondo, e do comité de investimentos¹³.

8 Sobre este punto, véxase o informe de DE LAROSIÈRE, J., *Report: the high level group on financial supervision in the EU*, Bruxelas, 2009, e o de MONTI, M., *Report to the President of the European Commission: a new strategy for the single market. At the service of European economy and society*, 2010. A estes documentos seguíronlles o *Libro verde: il finanziamento a lungo termine dell'economia europea*, Bruxelas, 25 de marzo de 2013, COM (2013) e a *Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo sul finanziamento a lungo termine dell'economia europea*, Bruxelas, 27/03/2014, COM (2014).

9 BASSANINI, F., e REVIGLIO, E., "Gli investimenti di lungo periodo in Europa dalla crisi finanziaria al Piano Juncker", cit., p. 18, achega datos significativos nos que se sinala que «KfW, CDC, CDP, BGK si sono impegnate con 8 miliardi di euro a testa da investire, non direttamente nel Fondo, ma nei progetti e nelle piattaforme del Piano, la spagnola ICO con 1,2 miliardi di euro».

10 Neste sentido, véxase GARONNA, P., e REVIGLIO, E., "Introduction", Garonna, P., e Reviglio, E. (dirs.), *Investing in Long-Term Europe Re-launching fixed, network and social infrastructure*, Luiss University Press, Roma, 2015, os cales sinalan como principio importante das ditas medias do chamado Plan Juncker «the "complementarity" of National Promotional Banks with respect to the market, and the recognition of their institutional role as pillars of the European Fund for Strategic Investment (FEIS) alongside the EIB».

11 Sobre as condicións de acceso á garantía, véxase a normativa contida no capítulo III, *Garanzia dell'Unione e Fondi di garanzia dell'Unione*, do Regulamento UE 2015/1017, artigos 8 e ss.

12 Sobre este punto, véxanse os artigos 12 e 14 do Regulamento UE 2015/1017.

13 Véxanse, respectivamente, o § 6 do artigo 7 e o § 8 do artigo 7 do regulamento.

Este último é o órgano responsable da análise dos posibles proxectos, a concesión da garantía e a aprobación das operacións con plataformas de investimento e bancos ou institucións nacionais de promoción, de conformidade coas orientacións en materia de investimentos contidas no anexo II do dito regulamento. Dada a delicadeza das funcións desempeñadas, está expresamente previsto que os membros correspondentes «*esercitano le loro funzioni in completa imparzialità e negli interessi del FEIS*» e que «*no chiedono o accettano istruzioni dalla BEI, dalle istituzioni dell'Unione, dagli Stati membri o da altri organismo pubblici o privati*» (art. 7, § 9, reg.).

Non obstante, os aspectos principais que caracterizan o FEIE son os que se refiren ás operacións, xa que os seus investimentos deben respectar necesariamente o criterio da chamada adicionalidade. Segundo o disposto polo artigo 5 do regulamento, as intervencións do fondo, de feito, teñen que traducirse en investimentos que fagan «*fronte ai fallimenti del mercato o a situazioni di investimento subottimali e che la BEI, el FEI o gli strumenti finanziari esistenti dell'Unione non avrebbero potuto effettuare, o non avrebbero potuto effettuare in equal misura*».

Trátase de aspectos que afloran en razón do grao de risco de cada unha das operacións, pois o propio artigo 5 aclara que «*i progetti sostenuti dal FEIS hanno tipicamente un profilo di rischio più elevato di quello dei progetti sostenuti tramite operazioni ordinarie della BEI e il portafoglio del FEIS ha, complessivamente, un profilo di rischio più elevato di quello del portafoglio di investimenti sostenuto dalla BEI, nel quadro delle sue ordinarie politiche di investimento*». É unha solución que pode parecer substancialmente coherente, xa que o FEIE nace para facer aquilo que non podería facer a BEI, tanto debido ás prohibicións expresas relacionadas coa adquisición de participacións sociais como co nivel de risco implícito de cada operación.

Xustamente estas características permiten apreciar as especificidades do FEIE, que desempeña unha función complementaria respecto á misión do FEI, para o que, como vimos, as eventuais intervencións na estrutura do conxunto de accionistas das empresas responden sobre todo a unha lóxica económica. O FEIE pode, non obstante, implicarse con máis facilidade en operacións de *turnaround*¹⁴ propiamente ditas, que se realizan a través dun ingreso previo no capital das empresas, unha fase de reestruturación propiamente dita e a eventual restitución ao mercado a través da cesión das participacións sociais.

A normativa introducida polo dito Regulamento UE 2015/1017 parece, por outra banda, sustentar unha colaboración natural entre o FEIE e os investidores públicos dependentes dos poderes nacionais; de feito, o artigo 2, apartado 3, prevé que cada Estado membro poida definir o seu “instituto nacional de promoción” encargado de pór en marcha programas de investimento específicos. Deste xeito, os suxeitos que, partindo do modelo alemán, se afirmaron no sector dos investimentos públicos convértense en destinatarios dunha misión de interese xeral de inspiración europea que lexítima o seu papel e, ao mesmo tempo, contribúe a alimentar as súas funcións¹⁵.

14 Sobre as operacións de *turnaround* e, máis en xeral, sobre o tema das adquisicións realizadas segundo as técnicas do *equity*, existe unha abundantísima literatura, tanto xurídica como económica. Para enmarcar de forma xeral o fenómeno, remitimos ás achegas principalmente da literatura económica; entre outras, véxase: SCHENDEL, D., PATTON, G., e RIGGS, J., “Corporate turnaround strategies”, *Journal of General Management*, n. 3, 1976 (...).

15 No ordenamento italiano, ese papel institucional foi asignado á Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. en virtude da Lei do 28 de decembro de 2015 n. 208, artigo 1, apartado 826 e ss.

4 O papel dos bancos nacionais de fomento

En consonancia co obxectivo de levar a cabo unha integración máis clara entre as políticas de investimento europeas e as de carácter nacional, a Comisión, tras a institución do FEIE, pronunciouse de forma expresa sobre o papel dos chamados bancos nacionais de promoción, é dicir, de investidores de longo prazo vinculados de distintas maneiras ao ámbito público¹⁶.

As indicacións ao respecto, reproducindo o marco definido polo KfW, non se limitan a ofrecer unha síntese dalgúns dos aspectos que caracterizan en maior medida a dita figura, senón que se centran na elaboración de directrices propiamente ditas que deberían rexer o proceso de institución. Deste xeito, o fenómeno parece ser unha clara manifestación dun proceso máis profundo de financiarización das técnicas de intervención pública na economía que, inspirándose no modelo alemán, se estendeu posteriormente ao resto da área europea¹⁷.

Da análise positiva dos respectivos ordenamentos nacionais, é posible extraer algúns trazos comúns que dan a entender que estamos en presenza dunha nova categoría de operadores económicos públicos que, en función das especificidades da organización e a actividade, teñen a misión de cubrir as necesidades financeiras dos distintos ordenamentos de pertenza: cada un deles é titular dunha misión pública específica de carácter promocional; foi instituído mediante unha intervención lexislativa concreta; dispón dunha organización especial e está sometido a mecanismos de control público; goza dunha aplicación selectiva da normativa bancaria; apóiase, tamén baseándose en disposicións de lei explícitas, de estruturas societarias e fondos de investimento axeitados; e, por último, goza dunha garantía do Estado axeitada, pero, ao mesmo tempo, está excluído do grupo de suxeitos que concorren na definición da Conta de Resultados Consolidada elaborada polos Estados para o Sistema Europeo de Contas (SEC 2010)¹⁸.

Para gran parte destes organismos, a xestión das participacións sociais, a pesar de non cubrir toda a actividade necesaria, ten unha función específica que, sendo asignada e regulada mediante as disposicións lexislativas axeitadas, se institucionaliza no ente¹⁹.

16 Sobre este punto, véxase en profundidade a Comunicación da Comisión *Traballar xuntos polo crecemento e o emprego: papel dos bancos nacionais de fomento (BNF) no apoio do Plan de Investimentos para Europa* 361 final, do 22 de xullo de 2015. A intervención é o desenvolvemento natural da Comunicación da Comisión *Un Plan de Investimentos para Europa*, COM (2014) 903 final, do 26 de novembro de 2014, e co *financiamento a longo prazo da economía europea* do 27 de marzo de 2014; de feito, as indicacións recollidas, integrándose coa normativa introducida polo Regulamento FEIE, parecen ser adecuadas para garantir o desenvolvemento de modelos de cooperación institucional co BEI, tanto a través da participación no FEIE como mediante plataformas específicas de investimento, é dicir, acordos de coinvestimento que, estando estruturados para catalizar os investimentos nun conxunto de proxectos, máis que en intervencións concretas, permitan agregalos para «reducir os custos das operacións e a información e distribuír de forma máis eficaz o risco entre os distintos investidores».

17 Sobre este punto, véxase BASSANINI, F., “La ‘mutazione’ della Cassa Depositi e Prestiti: bilancio di un quinquennio (2009-2015)”, *www.astrid-online.eu*, p. 8.

18 Os aspectos que caracterizan a organización interna e os controis públicos predispostos para estes organismos son moi complexos. Para unha análise dos correspondentes casos, remitimos a CARUSO, G.M., *Il socio pubblico*, Jovene, Nápoles, 2016, e para as referencias normativas e doutrinarias relacionadas coa experiencia italiana, francesa e alemá véxanse, respectivamente, pp. 109 e ss., pp. 466 e ss., pp. 489 e ss.

19 Están expresamente lexitimadas para perseguir a súa misión de financiamento a través da adquisición das participacións sociais KfW, Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., CDC e Bpifrance. Non obstante, son máis concretas as funcións asignadas ao Instituto de Crédito Oficial (ICO); malia ser titular de participacións significativas en organismos instrumentais para obxectivos de financiamento da economía española, desde o punto de vista técnico non parece ter unha misión institucional dese tipo, dado o artigo 4 do Real decreto 706/1999, do 30 de abril, porque considera a posibilidade de adquirir participacións dentro do ámbito de empresas financeiras, pero prohibe expresamente a adquisición de participacións en sociedades que operan noutros sectores.

Unha lectura integrada das características que os distinguen permite entender que o dito modelo presenta non poucos problemas de compatibilidade coas regras europeas, xa que teñen un tratamento privilexiado en comparación coas demais categorías de operadores económicos.

Emporiso, quitando algunhas correccións iniciais que se impuxeron ao modelo alemán en función da extensión da garantía estatal²⁰, o fenómeno foi amplamente tolerado polas institucións europeas, e atopou a súa lexitimación de forma póstuma xustamente coa citada *Comunicación*.

Deste xeito, as características inherentes á institución, o mandato e a capitalización destes entes atoparon a súa xustificación na relevancia da misión pública asignada a estes, xa que, tratándose de suxeitos encargados de dar cobertura financeira a sectores que non atopan os financiadores comerciais, a súa misión consiste en cubrir as lagoas do mercado²¹.

Observando as modalidades operativas dos ditos organismos, a actividade encomendada a eles caracterízase por respectar rigorosamente a lóxica de mercado, algo que se subliña como característica principal da xestión das participacións sociais. A elasticidade que caracteriza a xestión da adquisición e cesión de participacións, de feito, reflicte os obxectivos patrimoniais, de maneira que as únicas obrigas ás cales están efectivamente suxeitos son de carácter económico e tenden a cumprirse respectando o criterio do investidor de mercado previsto na normativa de referencia como condición necesaria e suficiente para regular os distintos casos.

Trátase, probablemente, do aspecto máis problemático da actividade destes organismos, xa que as súas operacións financeiras, se se avalían desde o punto de vista desta lóxica, poden considerarse lexítimas, aínda que sexan intrinsecamente discriminatorias. Cando a actividade de capital investimento se concreta a través de organismos de ámbito público, ao realizarse as adquisicións con financiamento público, deberían respectar estritamente os criterios de selección determinados para as categorías de empresas admitidas ao financiamento, algo que evidentemente non sucede ao valorar só a rendibilidade do investimento, que unicamente se pode considerar no caso de operacións xa en curso e, por outra parte, sen ter en conta a posibilidade de destinar os recursos a outra alternativa²².

Isto dá a entender que o dito fenómeno presenta unha contradición de fondo intrínseca, xa que, se a existencia destes operadores públicos basea a súa xustificación nas deficiencias do mercado, non ten sentido exixir que se comporten de forma análoga a un investidor privado, pois significaría impor unha lóxica que se demostrou inadecuada.

Estes problemas, sen dúbida, poñen de manifesto un sistema aínda en vías de consolidación, no que o rigor inicial co que se percibían os límites europeos tivo que ceder o paso a unha lóxica máis permisiva. Polo tanto, tratándose dun sistema que está aínda en pleno devir, buscar algo de coherencia na normativa loxicamente é bastante difícil.

20 Sobre este punto, véxase a Decisión CE *State aid No Y 10/2000 – Germany. State guarantees for public banks in Germany C* (2002), 1286, do 27 de marzo de 2002. Para unha reconstrución completa do asunto, véxase MOSER, S., PESARESI, N., e SOUKUP, K., “State guarantees to German public banks: a new step in the enforcement of State aid discipline to financial services in the Community”, *Competition Policy Newsletter*, n. 2, 2002, pp. 7 e ss.

21 Sobre este punto, véxase a Comunicación da Comisión *Traballar xuntos polo crecemento e o emprego: papel dos bancos nacionais de fomento (BNF) no apoio do Plan de Investimentos para Europa*, p. 6.

22 Trátase de principios enunciados hai tempo por NIGRO, M., *Profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milán, 1969, pp. 52 e ss.

5 A posible superación do criterio do investidor de mercado e o novo paradigma de “deficiencia de mercado”: a evolución das características da intervención pública na economía

A contradición de fondo que caracteriza a actuación dos bancos nacionais de fomento, en calquera caso, evidencia que as problemáticas relacionadas coa intervención pública na economía se perciben cunha sensibilidade distinta respecto ao pasado.

Aínda que son relevantes, os problemas suscitados pola intervención dos ditos organismos foron ata agora tolerados polas institucións europeas, que, lonxe de estableceren medidas correctoras significativas para as súas actuacións, parece que teñen intención de ampliar o perímetro operativo, segundo un enfoque que pon en discusión o dito criterio do investidor privado de mercado.

A adopción do chamado Plan Juncker ofreceu a ocasión para iniciar este proceso de renovación das posturas europeas en materia de intervención pública na economía.

O regulamento de creación do FEIE tivo o mérito de lexitimar a existencia dos organismos obxecto de análise, investíndoos dunha configuración especial. Defínense «bancos nacionais de fomento», de conformidade co artigo 2, apartado 3, «as entidades xurídicas que realicen actividades financeiras con carácter profesional e ás que un Estado membro ou unha entidade dun Estado membro lles outorgase un mandato, a nivel central, rexional ou local, para levar a cabo actividades de desenvolvemento ou promoción»²³.

A Comunicación da Comisión sobre os bancos nacionais de fomento²⁴ non só contribúe a definir de novo os límites do concepto, senón que enmarca as actividades nun contexto que non parece xa compatible cos límites europeos tradicionais impostos á intervención pública na economía.

A razón que debería determinar a súa institución, de feito, está recollida e «é que as deficiencias do mercado poden dar lugar a unha redución dos investimentos e, polo tanto, a un crecemento futuro máis lento do que sería economicamente eficiente, e que unha institución pública está en mellores condicións que os operadores privados para superar estas deficiencias do mercado»²⁵. E, xustamente con este fin, a Comisión decidiu invitar explicitamente todos os Estados –mesmo aqueles que aínda non o dispuxeron– a instituír un banco nacional de fomento, elaborando unha serie de «principios reitores» relacionados coa actividade, os instrumentos a empregar e a modalidade de gobernanza a adoptar.

A definición dun novo perímetro de intervención, que presupón a necesidade de adoptar medidas para corrixir as deficiencias do mercado, evidentemente non se pode antepor á lóxica dos investimentos de mercado.

23 Cfr. artigo 2, apartado 3, Regulamento UE 2015/1017.

24 Que, explicitando a acción dos bancos nacionais de fomento, sobre todo, confirma a afinidade da actividade desenvolvida polos investidores públicos de longo prazo coa desenvolvida polos bancos nacionais de fomento, certificando substancialmente a súa supremacía. Ambos os dous son, de feito, organismos investidos pola lei de misións de promoción e desenvolvemento, e actúan a través do desenvolvemento de actividades financeiras.

25 Cfr. Comunicación (COM) 361, 2015, p. 3.

De feito, os bancos nacionais de fomento, malia teren que investir en proxectos que deben ser «economicamente viables», poden realizar operacións con perfís de «rendibilidade suficiente (aínda que inferior ao custo de capital dos operadores privados) para manter a viabilidade financeira sen necesitaren continuas inxeccións de capital por parte do Estado»²⁶.

É notable, polo tanto, a diferenza cos enfoques precedentes, que, mesmo desde o punto de vista terminolóxico, se traduce nunha rendibilidade do investimento «inferior ao custo de capital dos operadores privados» e, en consecuencia, por definición, incompatible co criterio do investidor de mercado.

O límite externo á intervención está tamén formulado en termos máis amplos, xa que a seguridade do investimento se substitúe por unha prohibición máis xeral que prohibe que se «tomen decisións financeiras e de organización aleatorias»²⁷. As operacións admitidas non deberían tampouco perturbar os mercados, excluír os operadores privados ou manter en actividade empresas que, doutro xeito, terían saído do mercado», e non deberían afastarse de «políticas de fixación de prezos baseadas no mercado».

Nestas condicións, a Comisión considera as ditas operacións perfectamente compatibles coa normativa en materia de axudas estatais. Mesmo tratándose de axudas, estas deberían considerarse admisibles sempre que estean dirixidas a equilibrar as evidentes deficiencias do mercado e, polo tanto, sexan cualificables como axudas «apropiadas»²⁸.

Xustamente neste punto reside a principal novidade: a Comisión considera a ausencia de investimentos por parte dos particulares como unha deficiencia do mercado propiamente dita, cuxa solución non pode consistir na concesión de financiamento por parte de suxeitos públicos. En consecuencia, os bancos nacionais de fomento non só teñen capacidade, senón que se lles anima a actuar a través de intervencións que «estean correctamente orientadas para emendar as deficiencias do mercado e, deste xeito, contribuír ao desenvolvemento económico e financeiro».

As propostas que poden xurdir destes novos enfoques son múltiples. En primeiro lugar, que a Comisión enunciou unha nova tipoloxía de deficiencia de mercado que ata agora non fora debidamente formulada: a carencia de investimentos por parte de particulares que permite abrir as portas á intervención pública na economía.

A dita intervención, de feito, xa non se circunscribe ao operador privado, senón que se desvinculou completamente deste e ten a misión de suplir as súas carencias. Trátase dun enfoque que indica unha primeira superación das contradicións inherentes á normativa sobre axudas estatais que, ao impor o respecto estrito da lóxica económica, acababa por deslexitimar, polo menos desde o punto de vista utilitarista, a dita necesidade de intervención pública. Estas conclusións adquiren aínda máis relevancia se temos en conta que, tras a crise económica e financeira que azoutou Europa, asistimos a unha drástica caída dos investimentos que afecta a todo o mercado europeo²⁹. En consecuencia, a intervención pública na economía

26 Cfr. Comunicación (COM) 361, 2015, p. 5.

27 *Ibidem*.

28 Cfr. neste sentido a Comunicación da Comisión “Modernización das axudas estatais na UE”, COM (2012) 209 *final* do 08/05/2012.

29 O plan, de feito, perseguindo o ambicioso obxectivo de combater a crise económica e financeira que azoutou Europa, e elixindo a promoción de novos investimentos como camiño para unha recuperación estable e sustentable, afirma que a principal consecuencia da crise é

para corrigir esa caída xeneralizada dos investimentos ten, á súa vez, un panorama de acción potencialmente moi amplo.

A segunda proposta é que o novo criterio que debería rexer a intervención pública na economía, ante unha probable superación do criterio do investidor de mercado, debería terse en conta xa desde o inicio na normativa da Unión Europea.

Os trazos que describen as novas formas de intervención dos bancos nacionais de fomento, de feito, presentan analogías significativas co chamado criterio de *adicionalidade*, introducido expresamente nas normas que regulan o FEIE, que tratamos anteriormente.

De feito, tamén mediante a aplicación do criterio de adicionalidade se levan a cabo intervencións dirixidas a corrigir as deficiencias de mercado, en situacións “subóptimas” e, polo tanto, con riscos ontoloxicamente máis elevados que os que corren os operadores de mercado prudentes. É máis, parece implícita na aplicación deste criterio a non aplicación, na dita intervención, do criterio do investidor de mercado.

En consecuencia, cabe preguntarse se, a través da normativa (mesmo de dereito indicativo) ata aquí analizada, as institucións europeas se propoñen iniciar unha transición da aplicación do criterio do investidor de mercado á do criterio de adicionalidade, establecendo así un novo canon para avaliar de forma xeral a intervención na economía dos poderes públicos, recolocándoos nos ámbitos para os que foron concibidos: actuar onde non operan, ou non poden operar, as entidades privadas³⁰.

O criterio de adicionalidade é sen dúbida o criterio operativo do FEIE que o lexitima para intervir cando os instrumentos de actuación ordinarios non están autorizados para facelo³¹. Pero quizais aínda é demasiado pronto para considerar acertada unha afirmación sobre os *national promotional bank* neste sentido, pois, a pesar da apertura que mostran os últimos enfoques europeos, parece moverse nun contexto claramente máis ambiguo, no que os distintos ordenamentos nacionais están a aplicar solucións diferenciadas.

6 Os distintos modelos de intervención pública na economía como factor de desequilibrio entre as economías nacionais

As normativas nacionais dedicadas aos bancos nacionais de fomento demostran que o novo enfoque europeo foi incorporado con sensibilidades bastante distintas.

Nas experiencias máis maduras, que son os modelos adoptadas en Alemaña, Francia e Italia, o interese público que subxace ás distintas intervencións a miúdo aparece disimulado por obxectivos de carácter económico. Porén, o grao co que se institucionalizou a súa incidencia

xustamente a caída drástica e xeneralizada dos investimentos.

30 Véxase sobre este punto o afirmado por ROSSI, G., “Pubblico e privato nello squilibrio fra economia ed istituzioni”, cit., p. 2, o cal considera que «chi sostiene che l'intervento dello Stato è giustificato solo per supplire alle carenze del mercato, e quindi qualora il mercato non vi provveda, cade poi in contraddizione quando esige che lo Stato si comporti come un privato e considera legittimo il suo intervento solo se un investitore privato lo porrebbe in essere», así como CARUSO, G.M., *Il socio pubblico*, cit., p. 531.

31 Cfr., sobre este punto concreto, que a expresión utilizada polo lexislador europeo no artigo 5 do Regulamento UE 2015/1017 se refire explicitamente a: «operazioni che fanno fronte ai fallimenti del mercato o a situazioni di investimento sub ottimali e che la BEI, il FEI o gli strumenti finanziari esistenti dell'Unione non avrebbero potuto effettuare, o non avrebbero potuto effettuare in equal misura».

nas decisións de investimento adoptadas polos distintos bancos nacionais de fomento define modelos en absoluto homoxéneos.

Sen ánimo de exhaustividade, podemos subliñar que formalmente –entre os bancos nacionais de fomento por excelencia, Cassa Depositi e Prestiti (CDP), Caisse des Dépôts et Consignations (CDC) e Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)– o organismo que parece máis atento a non incorrer en incumprimentos é a Cassa Depositi e Prestiti. De feito, en primeiro lugar, está atenta a separar os recursos públicos dos “privados” a través dunha división formal entre unha xestión separada e unha xestión ordinaria³².

En segundo lugar, a acción da CDP respecta o criterio do investidor de mercado mediante a imposición da restrición teleolóxica da obtención de beneficios, así como a través da definición detallada das características das empresas (equilibrio financeiro estable e perspectivas de rendibilidade axeitadas), en que é posible adquirir participacións (o art. 8 bis do DL 269/2003).

Non obstante, nos modelos francés e alemán non se asiste á aplicación formal e rixida do criterio do investidor privado de mercado.

A normativa do KfW, por exemplo, outórgalles facultade aos órganos do ente para decidiren de forma discrecional as modalidades de desempeño da súa misión institucional, establecendo límites máis elásticos aos impostos pola Cassa Depositi e Prestiti. En concreto, o criterio do investidor privado de mercado, na normativa que regula a actividade do KfW, tradúcese nunha fórmula máis elástica que obriga a actuar dentro do «*rispetto degli interessi patrimoniali dell'ente*», e a pór só en marcha as «*attività promozionali*» (que parece gozar dunha acepción moi extensa³³). A isto cómpre engadir que o KfW está exento expresamente do pagamento de impostos, tendo o mesmo status xurídico que o Bundesbank³⁴, e, sobre todo, carece de ánimo de lucro. Ambas as dúas circunstancias concilian mal coa adopción de «*comportamenti dettati da una mera convenienza economica e pertanto inidonei a determinare dei vantaggi competitivi*».

Pódense esgrimir os mesmos argumentos sobre a normativa da Caisse des Dépôts et Consignations. Esta establece como única condición para a actuación do ente a «*tutela del proprio interesse patrimoniale*». Tamén neste caso o parámetro é bastante abstracto, permitindo ao ente elixir cunha gran discrecionalidade as modalidades operativas e superar con facilidade os rixidos límites impostos polo criterio do investidor de mercado³⁵.

Os distintos enfoques son en parte fisiolóxicos nun período de transición, en que regras máis rixidas se substitúen por outras máis elásticas. Non obstante, como subliñamos, cando

32 Sobre este punto, véxanse as interrogantes formuladas por MUCCIARELLI, F.M., “Ma cos’è diventata la Cassa depositi e prestiti?”, *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2004, p. 360. En contra, véxase BASSANINI, F., “La politica industriale dopo la crisi: il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti”, *Astrid Rassegna*, n. 8, 2015, p. 5.

33 De feito, enuméranse no artigo 2, apartado 1, números 1 a 4 da lei que institúe o KfW. Cfr. KfW Bankengruppe, *Law concerning KfW*, artigo 2, apartado 1.

34 Goza, polo tanto, dos mesmos beneficios e vantaxes fiscais, e de beneficios para a construción e arrendamento de edificios. Cfr. KfW Bankengruppe, *Law concerning KfW*, artigo 11: «*With respect to taxation, construction of buildings, accommodation, and rent of buildings, KfW has the same rights as the German Central Bank (Deutsche Bundesbank)*».

35 Ata o punto de que se prevé mesmo que o grupo poida intervir para apoiar as empresas en crise temporal, sempre dentro do respecto dos seus intereses patrimoniais, circunstancia evidentemente pouco compatible co criterio do investidor de mercado. A *Caisse des Dépôts et Consignations*, de feito, está autorizada para apoiar as empresas en dificultade, co fin de promover actividades de reestruturación, mellorar as condicións de desenvolvemento e mesmo favorecer a permanencia do seu control en Francia. Cfr. SCHPILBERG-KATZ, J., *La Caisse des dépôts*, P.U.F., París, 2008, p. 73.

as asimetrías normativas afectan a cuestións relativas á intervención pública na economía, cando prevalecen enfoques máis restritivos, os Estados están expostos «*ai comportamenti predatori di quelli che hanno assunto posizioni più elastiche, contribuendo ad amplificare le differenze fra le varie economie nazionali*»³⁶.

7 Conclusións: financiamento dos modelos de intervención pública da economía e xestión centralizada das participacións europeas

Os aspectos organizativos e funcionais que caracterizan os fondos europeos de investimento, así como as indicacións sobre os chamados bancos nacionais de fomento, dan a entender que as institucións europeas, de forma independente ou en colaboración con investidores nacionais, dispoñen de distintos instrumentos que, ao apoiarse en operacións de carácter estritamente financeiro, permiten unha intervención plena na economía.

Dada a amplitude da súa misión institucional, o FEI é o que presenta un maior potencial, xa que o organismo, malia estar sometido a manter a lóxica económica nas súas operacións, en xeral, apoia os intereses da Unión Europea.

Non obstante, o FEIE, ao ter a misión de cubrir os espazos de actuación non atendidos polo primeiro, pode superar o enfoque habitual da rendibilidade do investimento e parece funcional para operacións máis especializadas que requiran unha participación nos procesos de reestruturación das empresas.

Reproducindo nunha dimensión supranacional as funcións anteriormente desempeñadas polos entes de xestión, a actividade destes fondos podería limitarse a garantir que o interese xeral europeo quede recollido na xestión de empresas que operan en determinados sectores neuráxicos, como por exemplo o das redes, é dicir, dar un paso intermedio para que a intervención na estrutura do conxunto de accionistas de determinadas empresas teña como obxectivo a creación gradual de empresas europeas de verdadeiro interese xeral.

Obviamente, a utilidade destes organismos dependerá de como as institucións europeas logren dirixir as súas accións de forma útil para o proceso de integración.

Está claro que as características dos instrumentos utilizados permiten que unha serie de ámbitos historicamente reservados á acción dos poderes nacionais sexan agora máis doadamente permeables á entrada do interese xeral europeo. De feito, ao estar este disimulado por obxectivos de carácter financeiro, pode ir consolidándose gradualmente, de xeito que as intervencións, lonxe de seren percibidas como interferencias indebidas, se toleren máis doadamente. A consolidación do criterio da adicionalidade e a súa relación co descubrimento de eventuais deficiencias do mercado parecen moverse nesta dirección, pois deberían permitir obviar fenómenos de *path dependency*, ligados de distintas maneiras á valorización do criterio do investidor de mercado, que obstaculizaran a consolidación de políticas de investimento eficaces³⁷.

36 Neste sentido, véxase CARUSO, G.M., *Il socio pubblico*, cit., p. 436.

37 Trátase dun fenómeno sobre o que existe unha amplísima literatura económica dirixida a subliñar as anomalías que poden producirse debido a esta “dependencia do percorrido” pasado. Sobre este punto, entre outros, véxase: ARROW, K.J., *Social Choice and Individual Values*,

Polo demais, ambos os dous fondos prevén modalidades de intensa colaboración cos investidores de carácter nacional, tanto a través da súa participación directa en operacións concretas como da súa posición acordada dentro das correspondentes estruturas, que están pensadas para representar os distintos intereses de relevancia. As complexas estruturas organizativas de base asociativa mediante as que se ordena, ao contemplaren a participación directa das institucións europeas, os investidores públicos nacionais homólogos e, polo menos en potencia, tamén de particulares, permiten a mediación de varias instancias para que as políticas de investimento respondan a unha lóxica compartida.

As solucións recollidas no ordenamento europeo parecen conducir, polo tanto, a unha nova fase do proceso de integración, onde sinerxías máis intensas entre operadores de distinta extracción permitan unha compenetración efectiva entre o interese europeo e os nacionais, potencialmente sensible ás demandas dos particulares³⁸.

Non transcorreu aínda o tempo suficiente para entender se estes enfoques teñen carácter transitorio ou están destinados para asentarse ao longo dos anos. Non obstante, a experiencia demostra que as necesidades económicas foron ao longo do pasado o motor de cambios históricos, e permitiron recoñecer e consolidar intereses xerais máis duradeiros³⁹.

8 Bibliografía

ARROW, K. J., *Social Choice and Individual Values*, New Haven, 1963.

AUBY, J.-B., e DE LA ROCHÈRE, J. D., "Introduction générale", Auby, J.-B., e De la Rochère, J. D., (dirs.), *Droit Administratif européen*, Bruylant, Bruselas, 2007.

BASSANINI, F., "La "mutazione" della Cassa Depositi e Prestiti: bilancio di un quinquennio (2009-2015)", *www.astrid-online.eu*.

BASSANINI, F., "La politica industriale dopo la crisi: il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti", *Astrid Rassegna*, n. 8, 2015.

BASSANINI, F., e REVIGLIO, E., "Gli investimenti di lungo periodo in Europa dalla crisi finanziaria al Piano Juncker", *Astrid Rassegna*, n. 11, 2015.

CARTIER-BRESSON, A., *L'État actionnaire*, París, 2010.

CARUSO, G. M., *Il socio pubblico*, Joverne, Nápoles, 2016.

New Haven, 1963, pp. 119 e ss. (...). En termos máis xerais, véxase LESGUILLONS, H., "L'État actionnaire et le principe de l'investisseur privé", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 4, 2003, p. 363; CARTIER-BRESSON, A., *L'État actionnaire*, París, 2010, p. 366. Respecto ao contexto italiano, véxase ONIDA, F., e DE VINCENTI, C., "Le ristrutturazioni e a política industriale", *Astrid, proposte di politiche pubbliche per il governo do Paese*, Firenze, 2013, p. 153.

38 Sobre a relación de interpenetración entre o dereito europeo e os nacionais, entre outros, véxase AUBY, J.-B., e DE LA ROCHÈRE, J. D., "Introduction générale", Auby, J.-B., e DE LA ROCHÈRE, J. D., (dirs.), *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelas, 2007, pp. 3 e ss., que falan sobre *brassage multilatéral de droits*.

39 A reflexión refírese evidentemente aos acontecementos que caracterizaron o ordenamento italiano, cando o IRI, instituído co RDL do 23 de xaneiro de 1933, n. 5, para afrontar as urxentes necesidades económicas, en poucos anos modificou os seus fins e, coa Lei do 24 de xuño de 1937, n. 905, transformouse en ente permanente e converteuse nun instrumento estable de intervención do Estado na economía.

- DE LAROSIÈRE, J., *Report: the high level group on financial supervision in the EU*, Bruselas, 2009.
- GARONNA, P., e REVIGLIO, E., "Introduction", Garonna, P., e Reviglio, E. (dirs.), *Investing in Long-Term Europe Re-launching fixed, network and social infrastructure*, Luiss University Press, Roma, 2015.
- LESGUILLONS, H., "L'État actionnaire et le principe de l'investisseur privé", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 4, 2003.
- MONTI, M., *Report to the President of the European Commission: a new strategy for the single market. At the service of European economy and society*, 2010.
- MOSER, S., PESARESI, N., e SOUKUP, K., "State guarantees to German public banks: a new step in the enforcement of State aid discipline to financial services in the Community", *Competition Policy Newsletter*, n. 2, 2002.
- MUCCIARELLI, F. M., "Ma cos'è diventata la Cassa Depositi e Prestiti?", *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2004.
- NIGRO, M., *Profili pubblicitici del credito*, Giuffrè, Milán, 1969.
- ONIDA, F., e DE VINCENTI, C., "Le ristrutturazioni e la politica industriale", *Astrid, Proposte di politiche pubbliche per il governo del Paese*, Firenze, 2013.
- ROSSI, G., "Pubblico e privato nello squilibrio fra economia ed istituzioni", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2, 2015.
- SCHENDEL, D., PATTON, G., e RIGGS, J., "Corporate turnaround strategies", *Journal of General Management*, n. 3, 1976.
- SCHPILBERG-KATZ, J., *La Caisse des dépôts*, P.U.F., París, 2008.

Medidas da Administración pública a favor da contratación das persoas con discapacidade*

Medidas de la Administración pública a favor de la contratación de las personas con discapacidad

Public Administration measures for the hiring of persons with disabilities

54
Regap

PALOMA CANEIRO GONZÁLEZ

Doutoranda en Dereito Administrativo Iberoamericano
Universidade da Coruña

Membro do Observatorio de Políticas Públicas en Materia de Discapacidade, Atención á Diversidade e Igualdade de Oportunidades Bolseira da Fundación ONCE, programa “Oportunidade ao Talento”, 2014
paloma.caneiro.gonzalez@udc.es

CRISTEL MAGDALENA PÉREZ HERMIDA

Avogada

Membro do Observatorio de Políticas Públicas en Materia de Discapacidade, Atención á Diversidade e Igualdade de Oportunidades
cristelperez@icacor.es

Recibido: 14/11/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Resumo: O dereito ao emprego das persoas con discapacidade tamén se impulsa desde a Administración pública. Foi diversa a normativa con medidas que amparan a súa contratación laboral directa e indirecta coa Administración. As políticas laborais a favor da contratación de persoas con diversidade funcional tiveron diversos resultados; non obstante, non se pode concluír que as discriminacións laborais minguasen.

Palabras clave: Emprego público e privado, diversidade funcional, discriminación laboral, enfermidade, reservas de postos.

Resumen: El derecho al empleo de las personas con discapacidad también se impulsa desde la Administración pública. Ha sido diversa la normativa con medidas que amparan su contratación laboral directa e indirecta con la Administración. Las políticas laborales a favor de la contratación de personas con diversidad funcional han tenido diversos resultados; sin embargo, no se puede concluir que las discriminaciones laborales hayan menguado.

Palabras clave: Empleo público y privado, diversidad funcional, discriminación laboral, enfermedad, reservas de puestos.

Abstract: The right to employment of persons with disabilities also takes place within the public Administration. It has been diverse the state regulations that have covered this type of direct contracting with the Administration and

* Paloma: Hoxe fuches cara á luz, deixando corazóns tristes tras ti, e logros que permanecerán imperturbables na historia (06/01/2018).

Regap



ESTUDIOS

indirect through the subcontracting. Labour policies in favour of the hiring of persons with functional diversity have had a variety of outcomes; however, it cannot be concluded that labour discrimination has waned.

Keywords: Public and private employment, functional diversity, labor discrimination, disease, job reservations.

Sumario: 1 Introducción. 2 Normativa de medidas a favor da contratación pública de persoas con discapacidade. 2.1 O acceso das persoas con discapacidade ás convocatorias de quenda libre e de dereito reservado nos procesos selectivos. 2.2 Cotas de reservas de postos de traballo para persoas con discapacidade en empresas públicas ou privadas. 3 As cláusulas sociais nos concursos de contratación pública. 4 O concepto de persoa con discapacidade. Xurisprudencia sobre prácticas discriminatorias nas contratacións pública ou privada. 4.1 O concepto de persoa con discapacidade no emprego público. 4.2 Concepto de discapacidade na empresa privada. Diferenza discapacidade-enfermidade no marco de aplicación da Directiva 2000/78. 4.3 Prácticas discriminatorias nas contratacións pública ou privada. 5 Conclusións. 6 Bibliografía. 7 Apéndice xurisprudencial.

1 Introducción

Un concepto que foi adquirindo maior relevancia conforme pasan os anos é a chamada "*responsabilidade social*". Está asociado a empresas privadas de grande envergadura, que crearon un gabinete con este título. En termos da contratación pública, este concepto transfórmase na chamada "*xestión pública responsable*".

Os dous termos están asociados cun ideal de compromiso a favor da sociedade. Circunscríbense a un ámbito de actuación en materias que preocupan, como o medio ambiente, as condicións laborais e a discapacidade. Este último ámbito de actuación é sobre o que versará este traballo.

No eido da contratación pública existen diversos mecanismos que incorporan e fomentan a contratación das persoas con discapacidade:

Por un lado, no concurso público de ofertas de emprego a través da reserva de prazas para persoas con discapacidade, entre outros, pero quizais o máis coñecido e relevante.

Por outro lado, mediante a incorporación de cláusulas sociais nos pregos de contratación dos procesos de licitación que son redactados pola Administración. Nestas licitacións concorren empresas privadas que prestarán por encarga da Administración certos servizos.

Tamén é frecuente atopar convocatorias de premios e subvencións polas que se premia este tipo de contratación responsable. Finalmente, en materia de Seguridade Social son diversas as exencións que se ofrecen pola contratación de persoas con discapacidade.

En definitiva, son varias as normas que propulsaron medidas a favor da contratación das persoas con discapacidade tanto no sector público como no privado. O éxito da normativa pode ser cuestionable.

As distintas organizacións internacionais e, especialmente, a Unión Europea mantiveron o tema da discapacidade como unha responsabilidade actual. Paralelamente, tamén se velou por unhas medidas de contratación sustentable que pensa no medio ambiente e na responsabilidade social. Diversas políticas inclusivas, e a favor dos dereitos das persoas con discapacidade, inundaron a actualidade social e administrativa. O correlativo fracaso, ben parcial ou total, destas políticas non foi impedimento para continuar lexislándose na materia.

O proceso de consolidación dun emprego estable das persoas con discapacidade é lento e laborioso, influído por estas políticas. Os beneficios deste tipo de contratación repercuten en diversos ámbitos, sobre todo no económico.

No marco histórico, o fomento do emprego das persoas con discapacidade pódese dividir en varias etapas:

Unha primeira estaba marcada por textos internacionais que incidían sobre a necesidade de adaptar os postos de traballo á discapacidade. Unha proposta sería diso foi a publicación no ano 1955 da Recomendación n. 99, que trataba sobre a “rehabilitación e emprego dos inválidos”¹. No ano 1982, as Nacións Unidas aproban o Programa de Acción Mundial para as Persoas con Discapacidade, co obxectivo, entre outros, de asegurar o emprego en condicións de igualdade e plena participación. Todo iso deriva no nacemento do chamado emprego con apoio, nos Estados Unidos, pola década dos oitenta.

Unha segunda etapa desmárcase coa proliferación do acervo normativo que continuou a promoción e protección do emprego das persoas con discapacidade. En España, tiveron un importante impacto os seguintes textos normativos: a Convención Internacional sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade, aprobada en 2006 polas Nacións Unidas; a Lei de integración dos minusválidos, do 7 de abril de 1982; a Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade, publicada o 3 de decembro de 2013; a Lei 51/2003, do 2 de decembro, de igualdade de oportunidades, non discriminación e accesibilidade universal das persoas con discapacidade (LIONDAU); a Lei 49/2007, do 26 de decembro, de infraccións e sancións en materia de igualdade de oportunidades, non discriminación e accesibilidade universal das persoas con discapacidade; e o Real decreto legislativo 1/2013, do 29 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social. Con este apoio normativo, nace o chamado emprego protexido e a Estratexia Española 2012-2020 sobre Discapacidade, que será un referente a longo prazo e orientará as políticas públicas de futuro.

En terceiro lugar, diversos estudos da ocupación das persoas con discapacidade conflúen na mesma conclusión: a taxa de desemprego das persoas con discapacidade supera o da media da poboación. O motivo é a situación de exclusión a que está sometido este colectivo, a mesma pola cal non son tratados como traballadores potenciais. A crise económica influíu de xeito negativo, especialmente no financiamento público que ampara moitas destas políticas. A causa diso, en Madrid tivo lugar o 2 de decembro de 2012 unha manifestación con miles de persoas para reclamarlle á Administración o recorte en dereitos. Este movemento estendeuse a Gran Bretaña, tendo lugar en Londres o 22 de xuño de 2013 outra manifestación contra a austeridade política da Unión Europea². Estes movementos sociais permiten afirmar que se inaugurou unha nova etapa. Por este motivo, é o momento idóneo de reflexionar sobre o actuado na materia e como lograr os obxectivos sociais e laborais no ámbito da contratación pública e que diversa normativa establece.

1 ANDRÉS VALENCIA, L., “Breve historia de las personas con discapacidad: De la opresión a la lucha por derechos”, <http://www.rebelion.org/docs/192745.pdf>, 2014, p. 18 (último acceso: 19/09/2017).

2 ANDRÉS VALENCIA, L., “Breve historia de las personas con discapacidad: De la opresión a la lucha por derechos”, cit., pp. 23 e ss. (último acceso: 19/09/2017).

2 Normativa de medidas a favor da contratación pública de persoas con discapacidade

A normativa de acceso á función pública sostense sobre tres principios: mérito, capacidade e igualdade. Todos eles foron consagrados no artigo 19 da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, de conformidade co establecido nos artigos 103.3 e 23.2 da Constitución española. Esta lei introduce discriminacións positivas a favor das persoas con discapacidade, mediante a incorporación de articulado que se describe nos textos que a modificaron posteriormente.

a) A Lei 23/1988, do 28 de xullo, de modificación da Lei de medidas para a reforma da función pública, incluíu unha disposición adicional décimo novena que establecía unha cota de reserva do 3 % para as persoas con discapacidade. O seu desenvolvemento normativo agardou ata a aparición do Real decreto 364/1995, do 10 de marzo, polo que se aproba o Regulamento xeral de ingreso do persoal ao servizo da Administración xeral do Estado e de provisión de postos de traballo e promoción profesional dos funcionarios civís da Administración xeral do Estado. Este texto prevé as seguintes potestades: solicitar adaptacións de medios e tempo nas entrevistas dos concursos; instar a adaptación do posto de traballo; que se emita ditame sobre as persoas con discapacidade que acceden ao emprego pola quenda reservada co fin de determinar a súa idoneidade para o posto de traballo, así como as adaptacións que necesitarían; e, por último, incorpora a exigencia de acreditar a condición de discapacidade posteriormente á realización do exame na quenda reservada.

b) A aprobación da Lei 53/2003, de 10 de decembro, sobre emprego público de discapacitados, e o seu desenvolvemento normativo no Real decreto 2271/2004, do 3 de decembro, polo que se regula o acceso ao emprego público e a provisión de postos de traballo das persoas con discapacidade³, supuxeron un maior impulso á contratación pública de persoas con discapacidade a través da mellora dos mecanismos instaurados na anterior normativa:

Auméntase ao 5 % a reserva das prazas de emprego público (persoal temporal e de promoción interna) para persoas cunha discapacidade igual ou superior ao 33 %.

Prevese unha acumulación da porcentaxe de reserva de prazas que non se usara nunha convocatoria para a seguinte.

Prevese convocatorias para persoas con discapacidade nunha quenda independente, así como o incentivo das adaptacións e axustes nas probas selectivas e no propio posto de traballo.

Anos despois tivo lugar a redacción dos seguintes textos: a Orde PRE/1822/2006, do 9 de xuño, pola que se establecen criterios xerais para a adaptación de tempos adicionais nos procesos selectivos para o acceso ao emprego público de persoas con discapacidade; a Lei

3 E que substitúe, en canto a discapacidade se refire, o articulado do Real decreto 364/1995, do 10 de marzo, polo que se aproba o Regulamento xeral de ingreso do persoal ao servizo da Administración xeral do Estado e de provisión de postos de traballo e promoción profesional dos funcionarios civís da Administración xeral do Estado.

A aprobación do RD 2271/2004 derivou na redacción da Orde APU/423/2005, do 22 de febreiro, pola que se establecen as bases comúns que rexerán os procesos selectivos para ingreso ou acceso en corpos ou escalas da Administración xeral do Estado e, posteriormente, na Orde APU/3416/2007, do 14 de novembro, pola que se establecen as bases comúns que rexerán os procesos selectivos para o ingreso ou o acceso en corpos ou escalas da Administración xeral do Estado.

7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público; e o Real decreto lei 3/2011, do 18 de febreiro, de medidas urxentes para a mellora da empregabilidade e a reforma das políticas activas de emprego. Todos estes textos incluían articulado relacionado coa contratación de persoas con discapacidade, concretando normas anteriores sen desenvolvemento.

O actual Real decreto legislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público, regula diversos aspectos estreitamente vinculados coa discapacidade. Entre os dereitos individuais que consagra, figura o dereito á non discriminación. Ademais, incorpora os permisos para a conciliación da vida laboral coa persoal, que non son de recente creación na regulación da función pública, pois xa foran incorporados na Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública.⁴ Por último, esta norma aumenta⁵ a porcentaxe de reserva de prazas⁶ a persoas con discapacidade:

"Artigo 59. Persoas con discapacidade.

1. Nas ofertas de emprego público reservarase unha cota non inferior ao sete por cento das vacantes para seren cubertas entre persoas con discapacidade, considerando como tales as definidas no apartado 2 do artigo 4 do texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, aprobado polo Real decreto legislativo 1/2013, do 29 de novembro, sempre que superen os procesos selectivos e acrediten a súa discapacidade e a compatibilidade co desempeño das tarefas, de xeito que progresivamente se acade o dous por cento dos efectivos totais en cada Administración pública.

A reserva do mínimo do sete por cento realizarase de maneira que, polo menos, o dous por cento das prazas ofertadas o sexa para seren cubertas por persoas que acrediten discapacidade intelectual e o resto das prazas ofertadas o sexan para persoas que acrediten calquera outro tipo de discapacidade.

2. Cada Administración pública adoptará as medidas precisas para establecer as adaptacións e os axustes razoables de tempos e medios no proceso selectivo e, unha vez superado o dito proceso, as adaptacións no posto de traballo ás necesidades das persoas con discapacidade".

De conformidade co artigo 70 desta norma e co Real decreto legislativo 1/2013, do 29 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social⁷, aprobouse o Real decreto 702/2017, do 7 de xullo, polo que se aproba a oferta de emprego público para o ano 2017. Este real decreto mantén

4 Este tema foi protagonista de numerosa xurisprudencia que seguiu as directrices marcadas polo TEDH en razón da Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro de 2000, relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación. Neste sentido, *vid.* TXCE (Gran Sala) 2008/176 do 17 de xullo, Caso S. Coleman contra Attridge Law.

5 Xa na anterior Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público, no seu artigo 59 establecíase a mesma cota de reserva do 7%. Ambos os dous artigos son idénticos. A súa única diferenza reside no concepto de discapacidade. A Lei 7/2007 toma a definición do apartado 2 do artigo 1 da Lei 51/2003, do 2 de decembro, de igualdade de oportunidades, non discriminación e accesibilidade universal das persoas con discapacidade.

6 O TC, na súa Sentenza n. 269/1994, do 3 de outubro, tivo oportunidade de pronunciarse sobre esta medida de reserva de prazas. A demandante entendía que esta medida a favor das persoas con discapacidade vulneraba o dereito á igualdade que a propia Constitución proclama. O tribunal resolve outorgándolle lexitimidade a este mecanismo, o cal é coherente co carácter social e democrático do Estado. Ademais, o alto tribunal afirma que a promoción da inserción laboral de persoas con dificultades no acceso ao emprego é o que fai efectivo o principio de igualdade.

7 Normativa que á súa vez é ditada de conformidade coa Lei 26/2011, do 1 de agosto, de adaptación normativa á Convención Internacional sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade.

a cota de reserva no 7%. En consecuencia, non se introduce variación substancial desta cota durante practicamente a última década.

A medida principal que se debe destacar en toda a normativa é, como se ve, a cota de reserva. É unha medida de discriminación positiva, que vela pola igualdade de oportunidades e que se configura como un mecanismo de xestión pública responsable. Non obstante, esta medida non tería razón de ser se nas distintas convocatorias de oposición non se facilitasen adaptacións para os aspirantes con discapacidade, todo iso con independencia da súa elección da quenda reservada ou libre. Este composto mecanismo foi obxecto dun desenvolvemento legislativo que durou diversos anos, pero que a súa consolidación nas prácticas da Administración pública e privada só se pode examinar tras a observancia da xurisprudencia na materia.

2.1 O acceso das persoas con discapacidade ás convocatorias de quenda libre e de dereito reservado nos procesos selectivos

O artigo 55 do EBEP sinala que a selección do persoal funcionario e laboral respectará os principios de igualdade, mérito e capacidade, fundamentais na regulación do acceso ao emprego público das persoas con discapacidade. Os aspirantes deberán superar os procesos selectivos (de oposición ou concurso oposición e as probas que determinen a súa capacidade), nos cales se establecerá a orde de prelación, de conformidade co artigo 61 do mesmo texto legal.

O carácter aberto e libre dos procesos selectivos para a función pública permite que as persoas con discapacidade se poidan presentar en igualdade de condicións⁸, sempre que se posúa a capacidade funcional para o desempeño das tarefas, de conformidade co establecido no artigo 56.1 b) do EBEP⁹.

A reserva de prazas para as persoas con discapacidade non supón a obriga de participar nesa quenda reservada da convocatoria. De feito, ninguén ten obriga de manifestarse sobre a súa discapacidade¹⁰. Polo tanto, as persoas con discapacidade teñen as seguintes opcións de concorrencia nas convocatorias:

Se a convocatoria carece de reserva de prazas, as persoas con discapacidade poderán concorrer acreditando a súa capacidade funcional para as tarefas do posto.

8 PÉREZ BUENO, L.C. (dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad. Colección CERMI n. 42*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2009, pp.74 e ss.

9 Este requisito de acreditar a capacidade funcional aplicado ás persoas con discapacidade desenvólvese no artigo 59 da EBEP, indicando que deben acreditar a compatibilidade da súa discapacidade co desempeño das tarefas, as cales poderán desenvolver coas adaptacións e axustes no posto de traballo conforme as necesidades da súa discapacidade.

As adaptacións e axustes razoables de tempos e medios tamén poderán usarse no proceso selectivo.

En todo caso, para o seu uso polo interesado deberase formular petición previa ao respecto e concederanse os axustes e adaptacións (materiais e humanos, asistencias e apoios, e axudas técnicas ou tecnolóxicas asistidas) sempre que supoñan unha carga proporcionada para a Administración (en conformidade cos tres criterios do artigo 1.3 do RD 2271/2004: principio de compensación de desvantaxes, principio de proporcionalidade e, por último, prexuízo á urxencia e celeridade dos procesos de selección de persoal temporal).

10 ROSÓN OLMEDO, T., "Política y medidas pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público, regulación general de las mismas y su inclusión en las convocatorias de pruebas selectivas de la Administración General del Estado", AA.VV., *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público 1985-1999*, Ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2002, p. 32, sinala que era frecuente a práctica nos anos noventa de exixirles ás persoas con discapacidade que comunicasen a súa condición; tal práctica é criticada porque non respecta, «polo menos formalmente, a autonomía de vontade do aspirante para solicitar adaptacións ou non facelo».

Se a convocatoria ten reserva de prazas, as persoas con discapacidade poderán presentar a súa solicitude de participación con especificación en tal sentido, engadindo unha declaración de que reúnen o grao de discapacidade requirido e acreditado mediante o certificado expedido pola autoridade competente, xeralmente tras a publicación da lista de aprobados. En caso de que existan persoas con discapacidade inscritas nesta quenda, non beneficiarios da reserva, que superen en puntuación a aspirantes no réxime xeral, incorpóranse á lista deste réxime. Neste sentido, o artigo 3 do RD 2771/2004, "Convocatorias ordinarias con reserva de prazas para persoas con discapacidade", establece: "2. *Co fin de avanzar no propósito de conseguir a igualdade de oportunidades, no suposto de que algún dos aspirantes con discapacidade que se presentase pola cota de reserva de persoas con discapacidade superase os exercicios correspondentes, pero non obtivese praza e a súa puntuación fose superior á obtida por outros aspirantes do sistema de acceso xeral, será incluído pola súa orde de puntuación no sistema de acceso xeral*".

Se a convocatoria ten reserva de prazas e a persoa con discapacidade participa pola quenda libre, debe manterse nesa quenda. A persoa non poderá cambiarse cando observe que superou en cualificación as persoas da quenda de reserva. En tal caso, afectaríase a seguridade xurídica das persoas con discapacidade que se adscribiron *ab initio* á quenda especial.

Finalmente, as persoas con discapacidade poderán acceder a convocatorias (maiormente de carácter autonómico) cuxa participación está restrinxida a persoas con especiais discapacidades. Nestes casos, acreditarase o tipo ou grao de discapacidade requirido.

A reserva de prazas nas distintas convocatorias fai posible a participación das persoas con discapacidade en igualdade de condicións nas ofertas de emprego público. Non obstante, este mecanismo non tería sentido sen os axustes e adaptacións nos procesos selectivos e nos postos de traballo, nos termos dispostos no apartado 2 do mencionado artigo 59 do EBEP.

2.2 Cotas de reservas de postos de traballo para persoas con discapacidade en empresas públicas ou privadas

Unha previsión en sentido similar á cota de reserva do EBEP estableceuse na xa derogada Lei 13/1982, do 7 de abril, de integración social dos minusválidos (LISMI), e agora na súa normativa substituta, o Real decreto lexislativo 1/2013, do 29 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, cuxo artigo 42 afirma:

"Artigo 42. Cota de reserva de postos de traballo para persoas con discapacidade.

1. As empresas públicas e privadas que empreguen un número de 50 ou máis traballadores estarán obrigadas a que de entre eles, polo menos, o 2 por 100 sexan traballadores con discapacidade. O cómputo mencionado anteriormente realizarase sobre o cadro de persoal total da empresa correspondente, calquera que sexa o número de centros de traballo daquela e calquera que sexa a forma de contratación laboral que vincule os traballadores da empresa. Igualmente entenderase que estarán incluídos no dito cómputo os traballadores con discapacidade que se atopen en cada momento prestando servizos nas empresas públicas ou privadas, en virtude dos contratos de posta á disposición que estas teñan celebrado con empresas de traballo temporal.

REGAP



ESTUDIOS

De xeito excepcional, as empresas públicas e privadas poderán quedar exentas desta obriga, de forma parcial ou total, ben a través de acordos recollidos na negociación colectiva sectorial de ámbito estatal e, no seu defecto, de ámbito inferior, a teor do disposto no artigo 83.2 e 3, do Texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, aprobado polo Real decreto lexislativo 1/1995, do 24 de marzo, ben por opción voluntaria do empresario, debidamente comunicada á autoridade laboral, e sempre que en ambos os dous supostos se apliquen as medidas alternativas que se determinen regulamentariamente.

2. Nas ofertas de emprego público reservarase unha cota para ser cuberta por persoas con discapacidade, nos termos establecidos na normativa reguladora da materia”¹¹.

Esta cota de reserva, así como o establecido no Real decreto 364/2005, do 8 de abril, polo que se regula o cumprimento alternativo con carácter excepcional da cota de reserva en favor dos traballadores con discapacidade, son medidas de discriminación positiva que foron implantadas como consecuencia do problema que teñen as persoas con discapacidade para accederen a un emprego. Estas medidas son unha previsión obrigatoria para os empresarios con liberdade contractual e que só ten cabida neste ámbito. No marco da lei do emprego público non sería posible tal reserva de postos, xa que non é unha contratación incondicionada, senón que debe axustarse aos principios de mérito, capacidade e igualdade.

O artigo 42 do Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social (igual que se refería o equivalente artigo 38 da LISMI pero non o dicía explicitamente) refírese ás contratacións reguladas polo Estatuto dos traballadores e, polo tanto, das empresas privadas¹². Cabería entón preguntarse que pasa con esta reserva de postos nas empresas públicas (ou privadas con parte do capital en mans da Administración). Non se deberían rexer polos mesmos principios de mérito, capacidade e acceso en igualdade de condicións e, polo tanto, contrarios á reserva de postos pero coherentes coa reserva de prazas nas súas convocatorias? Pois ben, a Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, establece no seu artigo 113 “Réxime xurídico”, o seguinte: “As sociedades mercantís estatais rexeranse polo previsto nesta lei, polo previsto na Lei 33/2003, do 3 de novembro, e polo ordenamento xurídico privado, agás nas materias en que lle sexa de aplicación a normativa orzamentaria, contable, de persoal, de control económico-financieiro e de contratación. En ningún caso poderán dispor de facultades que impliquen o exercicio de autoridade pública, sen prexuízo de que excepcionalmente a lei poida atribuírlles o exercicio de potestades administrativas”. En consecuencia, as empresas mencionadas non se someten á regulación da función pública e réxense polo ordenamento xurídico privado na medida en que a normativa da propia empresa pública non se inclúa no sector estatal, autonómico ou local¹³. Por todo iso, poderíase concluír que debe ter lugar a reserva de postos de traballo do citado artigo 42 do Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade.

Non obstante, esta conclusión vese dificultada polo teor da disposición adicional primeira do EBEP, que establece: “Os principios contidos nos artigos 52, 53, 54, 55 e 59 serán de aplicación nas entidades do sector público estatal, autonómico e local, que non estean incluídas no artigo 2 deste estatuto e que estean definidas así na súa normativa específica”.

11 Este artigo débese relacionar co propio artigo 59 do EBEP, acerca da existencia de igualdade nas condicións de acceso entre as persoas con discapacidade e o resto de aspirantes en relación co acceso ao emprego público (non só ao que posúa a condición de funcionario).

12 PÉREZ BUENO, L. C. (dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad*. Colección CERMI n. 42, cit., pp. 59-63.

13 PÉREZ BUENO, L. C. (dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad*. Colección CERMI n. 42, cit., pp. 65-66.

Determinase así que, se a empresa pública aparece definida na súa normativa como dentro do sector público, debe cumprir cos principios de igualdade, mérito e capacidade, restrinxíndose deste xeito a súa capacidade de contratar e, polo tanto, imposibilitada, á vista da colisión entre ambas as dúas normas, para levar a cabo a reserva de emprego do 2 % a persoas con discapacidade.

3 As cláusulas sociais nos concursos de contratación pública

Outro mecanismo de incentivo da contratación das persoas con discapacidade vértase no seo das licitacións públicas. A súa práctica ten lugar a través da incorporación de cláusulas sociais nos pregos da convocatoria de contratación. Unha definición idónea para o concepto de "cláusula social" é a seguinte: "*a inclusión de certos criterios nos procesos de contratación pública en virtude dos cales se incorporan ao contrato aspectos de política social como requisito previo (...), como elemento de valoración (...) ou como obriga (...)*"¹⁴.

A normativa europea destacada no ámbito das cláusulas sociais intégrase na Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adxudicación de contratos de concesión; na Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, sobre contratación pública; e na Directiva 2014/25/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais. Estas directivas nacen coa vocación de trasladarse aos correspondentes textos legais nacionais, mediante a necesaria e exixible transposición.

Existen numerosos exemplos de cláusulas sociais no ordenamento español, especialmente local. A nivel estatal, o vixente Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público, apenas facía mención diso. Cítase unha referencia a elas no artigo 118 e nas disposicións adicionais 4.^a e 5.^a: "*Disposición adicional cuarta. Contratación con empresas que teñan no seu cadro de persoal persoas con discapacidade ou en situación de exclusión social e con entidades sen ánimo de lucro*" e "*Disposición adicional quinta. Contratos reservados*". Este articulado trata as cláusulas sociais de forma potestativa e sen crear imperativo ningún; os pregos autonómicos, provinciais e locais adoitan recoller estas cláusulas principalmente: a de ter persoas con discapacidade no cadro de persoal, a adopción de medidas alternativas en consonancia co disposto pola derogada LISMI, e reservar procesos á participación a centros especiais de emprego ou ao emprego protexido.

A nova Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014, texto que traspón as directivas europeas da materia, e entrará en vigor o próximo 9 de marzo de 2018, propón unha normativa máis vinculada e preocupada polas cláusulas sociais. O seu preámbulo (apartado II), referíndose ao disposto no artigo 1 "*Obxecto e finalidade*", no seu apartado 3 e artigo 149 "*Ofertas anormalmente baixas*", apartado 4, reza que, para a consecución do obxectivo de boa relación calidade-prezo, é obrigatorio que os órganos de contratación velen por que os criterios de adxudicación inclúan aspectos sociais, ambientais e innovadores, suxeitos ao

14 Revista CERMI, n. 7, marzo-xuño 2010. Dispoñible en <http://revista.cermi.org/numero-7/pdf/doc1.pdf>. (último acceso: 18/10/2017).

obxecto do contrato. Engade que se rexeitarán ofertas baixas que non cumpran coas obrigas en materia social.

No apartado V do citado preámbulo continúa incluíndo as consideracións de tipo social nos contratos públicos, ben como criterios de adxudicación e/ou cualitativos, ou ben como condición especial de execución. En concreto, sobre estas últimas condicións, o artigo 202 obriga a que unha delas sexa de carácter ambiental, social ou relativa ao emprego.

Regúlase con respecto á materia social: contratos reservados a centros especiais de emprego; a reserva de execución a programas de emprego protexido e empresas de inserción; e a exigencia de ter no cadro de persoal traballadores discapacitados na porcentaxe que lles sexa de aplicación. Esta última exigencia refórzase no artigo 71 “*prohibicións de contratar*”, apartado primeiro, epígrafe d), expresando a prohibición de contratar con entidades que non cumpran o apartado d) do artigo 60 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, e o disposto no artigo 42 do Real decreto legislativo 1/2013, do 29 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social. É dicir, non contén cun 2 % de traballadores con discapacidade de cada 50 empregados.

4 O concepto de persoa con discapacidade. Xurisprudencia sobre prácticas discriminatorias nas contratacións pública ou privada

4.1 O concepto de persoa con discapacidade no emprego público

O artigo 59 do EBEP estableceu unha modificación no concepto de persoa con discapacidade. A normativa anterior obrigaba a acudir a LIONDAU. Agora deberá tomar o concepto plasmado no Real decreto legislativo 1/2013, do 29 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, que reza o seguinte:

“Artigo 4. Titulares dos dereitos.

1. Son persoas con discapacidade aquelas que presentan deficiencias físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, previsiblemente permanentes que, ao interactuaren con diversas barreiras, poidan impedir a súa participación plena e efectiva na sociedade, en igualdade de condicións cos demais.

2. Ademais do establecido no apartado anterior, e para todos os efectos, terán a consideración de persoas con discapacidade aquelas ás cales se lles recoñece un grao de discapacidade igual ou superior ao 33 por cento. Considerarase que presentan unha discapacidade en grao igual ou superior ao 33 por cento os pensionistas da Seguridade Social que teñan recoñecida unha pensión de incapacidade permanente no grao de total, absoluta ou grande invalidez, e os pensionistas de clases pasivas que teñan recoñecida unha pensión de xubilación ou de retiro por incapacidade permanente para o servizo ou inutilidade”.

Deste xeito, o artigo asimila pensionistas ou incapacitados permanentes ao termo de persoa con discapacidade, significándose unha ampliación ou flexibilización de concepto, que asegura unha maior protección de persoas con discapacidade¹⁵.

No ámbito da empresa, a noción de persoa con discapacidade foi obxecto de debate no marco de diversos procesos xudiciais, non sendo asimilable de forma automática pensionista á condición de discapacidade. Si que se mantén considerar persoa con discapacidade aquela que acredite posuír un 33 % de discapacidade mediante a resolución do organismo competente [vid. STS (Sala Social) de 21/03/2007 (Rec. cas. n. 3872/2005)].

4.2 Concepto de discapacidade na empresa privada. Diferenza discapacidade-enfermidade no marco de aplicación da Directiva 2000/78

A definición do concepto de persoa con discapacidade aplicable ás contratacións privadas é complexa, na medida en que se confunde coas situacións de enfermidade. O concepto máis fiable atópase na xurisprudencia que aplica a Directiva 2000/78 e cuxo fundamento reside na resposta do TXCE ás cuestións prexudiciais que lle foron formuladas.

A STXCE do 11 de xullo de 2006 e a STXUE 2013/122 do 11 de abril afirman: a) que o termo discapacidade empregado na directiva se refire ás limitacións que derivan de doenzas (físicas ou psíquicas) que afecten á participación da persoa no ámbito laboral e probablemente durante un longo tempo; b) que é unha condición causada por calquera enfermidade diagnosticada curable ou incurable que leve consigo tal limitación que impida a participación plena e efectiva da persoa na súa esfera laboral, en igualdade de condicións que o resto de traballadores; c) que o concepto discapacidade non é equiparable ao de enfermidade; d) o concepto de discapacidade significa que existe un obstáculo ou barreira para a actividade profesional que pode ser salvado cos axustes necesarios á discapacidade, non sendo tal actividade imposible¹⁶.

4.3 Prácticas discriminatorias nas contratacións pública ou privada

O dereito á igualdade no marco do emprego para as persoas con discapacidade supón que as empresas deban axustarse ás necesidades especiais do traballador por motivo da súa discapacidade. Iso converte que o propio acceso e mantemento do emprego sexa obxecto de discordias entre as partes. Moitas foron as sentenzas que con este motivo se resolveron acerca da prohibición de discriminación.

A STXCE (Gran Sala) 2008/176, do 17 de xullo, *Caso S. Coleman contra Attridge Law*, expón que a Directiva 2000/78 protexe os traballadores que, aínda que non teñan discapacidade, sexan obxecto de discriminación directa ou acoso do seu empregador por razón de discapacidade. O apartado 56 advirte literalmente: *“Cando un empresario trate un traballador que non sexa el mesmo unha persoa con discapacidade de xeito menos favorable a como trata, tratou ou podería tratar outro traballador nunha situación análoga e se acredite que o trato desfavorable do que é vítima o dito traballador está motivado pola discapacidade*

15 PÉREZ BUENO, L.C. (dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad. Colección CERMI n. 42*, cit., pp. 69-71.

16 STXCE (Gran Sala) do 11 de xullo 2006, *Caso Sonia Chacón Navas contra Euresit Colectividades, S.A.*, apartados 42, 43 e 45. STXUE (Sala 2.ª) 2013/122, do 11 de abril, *Caso Ring-Caso HK Danmark* e outros contra *HK Danmark* e outros. Aps. 38, 39, 41, 44, 45 e 47.

que padece un fillo seu, a quen o traballador prodiga a maior parte dos cuidados que o seu estado require, tal trato resulta contrario á prohibición de discriminación directa enunciada no citado artigo 2, apartado 2, letra a)".

A STSX de Cataluña (Sala do Social, Sección 1.^a) n. 8103/2014, do 9 de decembro, pronúnciase sobre a prohibición de discriminación analizando os axustes razoables á discapacidade. Estes deben adecuarse ás necesidades da situación e permitir o acceso ao emprego, así como ser sufragados polo empresario, salvo que supoñan unha carga excesiva. No caso de autos, a redución da xornada sería un axuste razoable. A negativa da empresa ao axuste e o posterior despedimento constitúe a procedencia da declaración de nulidade do despedimento por terse realizado de forma discriminatoria en razón da discapacidade da traballadora. Similar argumentación se desenvolve na STSX de Cataluña (Sala 4.^a, Sección 1.^a) n. 8103/2014, do 9 de decembro, pola que de novo se declara a nulidade do despedimento por discriminación. Outras sentenzas que cómpre mencionar son: STXUE (Sala 2.^a) 2013/122, do 11 de abril, Caso Ring, Caso HK Danmark e outros contra HK Danmark e outros; STSX da Comunidade Valenciana (Sala 4.^a, Sección 1.^a) n. 1124/2014, do 8 de maio; e STSX de Cataluña (Sala 4.^a, Sección 1.^a) n. 8103/2014, do 9 de decembro¹⁷.

A infracción de prohibición de discriminación tamén foi obxecto de axuizamento no ámbito da Administración pública. Neste sentido, a STSX da Comunidade Valenciana (Sala 4, Sección 1.^a) n. 1859/2013, do 10 de setembro, declara a infracción. En contraposición con esta sentenza, a STSX de Castela e León, Valladolid (Sala do Social, Sección 1.^a) 962/2006, do 5 de xuño, considera que, se o desempeño das tarefas inherentes ao posto de traballo xera no traballador un risco de agravación das súas doenzas, non debe desempeñar tal posto de traballo e, polo tanto, non existe unha actuación discriminatoria por razón de discapacidade, senón que a contratación estaría a ser respectuosa coa normativa sobre prevención de riscos laborais.

A STSX da Comunidade Valenciana (Sala 4, Sección 1.^a) n. 709/2007, do 13 de febreiro, e STSX de Cataluña (Sala do Social, Sección 1.^a) n. 2489/2007, do 10 de abril, tamén resolven a nulidade do despedimento por discriminatorio e indica como se distribúe a carga da proba: o traballador achega os indicios de que a acción do empresario foi discriminatoria e o empresario debe probar a obxectividade, razoabilidade e proporcionalidade da medida (recórdanse as SSTC 55/83, do 22 de xuño; 34/84, do 9 de marzo; 94/84, do 16 de outubro, e 112/84, do 28 de novembro).

A STS (Sala 4, Sección 1.^a) do 22 de setembro de 2008, Rec. cas. n. 3591/2006, expón a diferenza de consecuencias do despedimento discriminatorio por discapacidade que é nula e o despedimento por enfermidade que só é improcedente. Neste caso, resólvese que unha baixa do rendemento produtivo xustifica a declaración de improcedencia do despedimento pero non a asunción de que sexa discriminatorio.

A STS (Sala 4, Sección 1.^a) do 21 de outubro de 2010, Rec. cas. n. 806/2010, resolve razoando acerca da discriminación indirecta. O seu fundamento 4.º define esta conduta como "*discriminación (...) encuberta ou indirecta consistente no tratamento formal ou*

17 Todas estas sentenzas poñen de relevo: 1) a importancia dos axustes e 2) que o teor da Directiva 2000/78 non obriga o empresario a contratar, ascender ou manter nun posto de traballo unha persoa que non sexa competente ou non estea capacitada ou dispoñible para desempeñar as tarefas fundamentais do posto de que se trate.

aparentemente neutro ou non discriminatorio do que deriva, polas diversas circunstancias de feito concorrentes no caso, un impacto adverso sobre a persoa obxecto da práctica ou conduta constitucionalmente censurable en canto a medida que produce o efecto adverso carece de xustificación ao non fundarse nunha exixencia obxectiva e indispensable para a consecución dun obxectivo lexítimo ou non resultar idónea para o logro de tal obxectivo (por todas, STC 13/2001, do 29 de xaneiro, F. 8, ou 253/2004, do 22 de decembro, F. 7).

En referencia á actuación dos centros especiais de emprego, a xurisprudencia é diversa resolvendo sobre a procedencia ou improcedencia do despedimento. Cítase: STS (Sala do Social, Sección 1.ª) do 20 de febreiro de 2013, Rec. cas. n. 3081/2011; STS (Sala do Social, Sección 1.ª) do 10 de outubro de 2012, Rec. cas. n. 4016/2011; STS (Sala do Social) do 15 de xuño de 2005, Rec. cas. n. 2495/2004.

5 Conclusións

De todo o exposto pódense extraer as seguintes conclusións:

- A responsabilidade social empresarial e a xestión pública responsable son piares no fomento da contratación de persoas con discapacidade.
- Os principios de mérito, capacidade e igualdade amparan medidas de discriminación positiva a favor da discapacidade no seo do emprego público, asegurando uns niveis estables de emprego, imposibles no sector privado.
- A comparación das prácticas e da normativa do sector privado e público leva a concluír que o segundo está máis avanzado e posúe un concepto máis amplo de discapacidade.
- A vulneración da prohibición de discriminación segue sendo unha práctica habitual, especialmente das empresas. Todo iso malia que se benefician dun concepto de discapacidade máis restrinxido que diferencia discapacidade da enfermidade, diferenciación que non se circunscribe ao ámbito do emprego público.

6 Bibliografía

- ANDRÉS VALENCIA, L., "Breve historia de las personas con discapacidad: De la opresión a la lucha por derechos", <http://www.rebellion.org/docs/192745.pdf>, 2014. (último acceso: 19/09/2017).
- PÉREZ BUENO, L. C. (dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad. Colección CERMI n. 42*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2009.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia y Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- LIBRO BLANCO. *Empleo Público para personas con discapacidad*.
- MEDINA JURADO, P., "Las cláusulas sociales en la contratación pública, retos y perspectivas", *Revista CERMI*, n. 7, marzo-xuño de 2010. Dispoñible en <http://revista.cemci.org/numero-7/pdf/doc1.pdf>. Consultado o 18 de outubro de 2017.

PAREJO ALFONSO, L., e PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012.

PERNAS GARCÍA, J. J. (dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3-2011*, La Ley, Madrid, 2012.

RÉOS MARÍN, E., *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación: incidencia de las directivas "de cuarta generación"*, Atelier, Barcelona, 2016.

ROSÓN OLMEDO, T., "Política y medidas pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público, regulación general de las mismas y su inclusión en las convocatorias de pruebas selectivas de la Administración General del Estado", AA.VV., *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público 1985-1999*, Ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Tirant Lo Blanch, Sevilla, 2009.

TORRES LÓPEZ, A., *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2012.

TRULL AHUIR, J. M.^a, "Régimen jurídico del fomento del empleo e integración laboral de las personas con discapacidad en el ámbito de los empleados públicos y de la contratación de las Administraciones Públicas", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal*, n. 3, 2017.

VILLALBA PÉREZ, F. L., "La dimensión social de la contratación pública: el sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público", *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 74, 2009.

7 Apéndice xurisprudencial

STXCE (Gran Sala), 2008/176, do 17 de xullo de 2008, Caso S. Coleman contra Attridge Law.

STXUE (Sala 2.^a), 2013/122, do 11 de abril de 2013, Caso Ring-Caso HK Danmark e outros contra HK Danmark e outros.

STS (Sala do Social), do 15 de xuño de 2005, Rec. cas. n. 2495/2004.

STS (Sala Social), do 21 de marzo de 2007, Rec. cas. n. 3872/2005.

STS (Sala 4, Sección 1.^a), do 22 de setembro de 2008, Rec. cas. n. 3591/2006.

STS (Sala 4, Sección 1.^a), do 21 de outubro de 2010, Rec. cas. n. 806/2010.

STS (Sala do Social, Sección 1.^a), do 10 de outubro 2012, Rec. cas. n. 4016/2011.

STS (Sala do Social, Sección 1.^a), do 20 de febreiro de 2013, Rec. cas. n. 3081/2011.

STSX de Castela e León, Valladolid (Sala do Social, Sección 1.^a), 962/2006 do 5 de xuño.

STX da Comunidade Valenciana (Sala 4, Sección 1.ª), 709/2007 do 13 de febreiro.

STX de Cataluña (Sala do Social, Sección 1.ª), 2489/2007 do 10 de abril.

STX da Comunidade Valenciana (Sala 4, Sección 1.ª), 1859/2013 do 10 de setembro.

STX da Comunidade Valenciana (Sala 4.ª, Sección 1.ª), 1124/2014 do 8 de maio.

STX de Cataluña (Sala 4.ª, Sección 1.ª), 8103/2014 do 9 de decembro.

Regap



ESTUDOS

Medidas de fomento da transparencia na adxudicación de contratos do sector público

Medidas de fomento de la
transparencia en la adjudicación
de contratos del sector público

Measures to promote transparency
in the award of public contracts

54
Regap

MARÍA HERNANDO RYDINGS

Profesora Contratada Doutora de Dereito Administrativo
Universidade Rei Juan Carlos
maria.hernando@urjc.es

Recibido: 30/11/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Este traballo analiza as medidas que introduciu o lexislador na recente Lei 9/2017, de contratos do sector público, para fomentar unha maior transparencia nos procedementos de adxudicación dos contratos. Concretamente, analízase o novo procedemento aberto simplificado, a configuración da negociación como fase fundamental que ha de ter lugar necesariamente nos procedementos con negociación e a supresión do procedemento negociado sen publicidade por razón da contía.

Palabras clave: Contratación pública, transparencia, procedementos de adxudicación, aberto simplificado, procedementos con negociación.

Resumen: Este trabajo analiza las medidas que ha introducido el legislador en la reciente Ley 9/2017, de contratos del sector público, para fomentar una mayor transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos. Concretamente, se analiza el nuevo procedimiento abierto simplificado, la configuración de la negociación como fase fundamental que ha de tener lugar necesariamente en los procedimientos con negociación y la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía.

Palabras clave: Contratación pública, transparencia, procedimientos de adjudicación, abierto simplificado, procedimientos con negociación.

Abstract: This paper analyzes the measures that the legislator has introduced in the recent Law 9/2017, on public sector contracts, to encourage greater transparency in the procedures for awarding contracts. Specifically, the new simplified open procedure is analyzed, the configuration of the negotiation as a fundamental phase that must necessarily take place in the proceedings with negotiation and the suppression of the negotiated procedure without prior publication due to the amount.

Keywords: Public procurement, transparency, award procedures, open procedure, procedures with negotiation.

Sumario: 1 Enfoque e aclaracións previas. 2 Primeira medida: a introdución do procedemento aberto simplificado. 2.1 O procedemento aberto simplificado. 2.1.1 Ámbito de aplicación. 2.1.2 Publicidade e prazo de presentación das propostas. 2.1.3 Especialidades da tramitación respecto das previstas para o procedemento aberto. 2.2 O procedemento

aberto supersimplificado. 2.2.1 Ámbito de aplicación. 2.2.2 Especialidades da tramitación respecto das previstas para o procedemento aberto simplificado. 3 Segunda medida: nos procedementos con negociación hai que negociar. 3.1 Precisións previas respecto dos procedementos con negociación. 3.2 A negociación como fase procedemental imprescindible. 4 Terceira medida: supresión do negociado sen publicidade por razón da contía. 5 Bibliografía.

1 Enfoque e aclaracións previas¹

Un dos obxectivos que inspiran a regulación contida na Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público² (en diante LCSP), consiste en lograr unha maior transparencia e integridade na contratación pública³. Así, a lei inclúe diversas medidas que buscan dar cumprimento ao citado obxectivo, entre as que cabe citar, a xeito de exemplo, as previsións relativas á loita contra a corrupción e os conflitos de intereses, mediante a imposición ao órgano de contratación da obriga de tomar as medidas axeitadas para loitar contra a fraude, o favoritismo ou a corrupción; a nova regulación das prohibicións para contratar; a nova regulación, máis exhaustiva, do perfil do contratante, o cal vén desempeñar un papel protagonista como instrumento de publicidade dos distintos actos e fases da tramitación dos contratos; ou as medidas que se incluíron respecto dos procedementos de adxudicación de contratos⁴.

Respecto destas últimas, son fundamentalmente tres as medidas que se introduciron para fomentar unha maior transparencia nos procedementos de adxudicación de contratos, e que son as que van centrar o noso estudo. Así, en primeiro lugar, inclúese un novo procedemento de adxudicación, ou, mellor, unha nova vertente ao procedemento aberto, que é o denominado «aberto simplificado», concibido para que a súa duración sexa breve e a tramitación moi sinxela, pero sen que resulte descoidada a necesaria publicidade e transparencia que debe darse no procedemento de licitación do contrato. En segundo lugar, tamén se optou por subliñar a importancia que ten a negociación nos «procedementos con negociación», categoría en que o lexislador inclúe dous procedementos: o procedemento de licitación con negociación e o procedemento negociado sen publicidade. Tal é a súa importancia, que esta

- 1 Este traballo foi realizado no marco do Proxecto I+D+i do Plan Nacional *Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en Madrid* (DER2016-74843-C3-2-R), do que son investigadora principal, e do proxecto *Potestades administrativas y unidad de mercado: el control de las actividades económicas reguladas* (DER 2014-54264-R), integrados no Grupo de Excelencia da Universidade Rei Juan Carlos, “Derecho y política económica” (GEDYPE), e no Grupo de Investigación da Universidade Complutense de Madrid 931089, “Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa”, nos que colaboro como membro.
- 2 A citada LCSP, aínda que aprobada polo Congreso o 19 de outubro, non foi publicada no BOE ata o pasado 9 de novembro. Neste sentido, finalmente, o BOE n. 272, do 9 de novembro, publica a Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público. De conformidade coas previsións recollidas na D.D. 16.^a, a lei, con carácter xeral, entrará en vigor aos catro meses da súa publicación, é dicir, o 9 de marzo de 2018, a excepción de determinadas previsións que, ou ben se demoran aínda máis, ou entran en vigor ao día seguinte da súa publicación.
- 3 Concretamente, tal como sinala a exposición de motivos, no seu apartado II, *in fine*, un «sistema de contratación pública máis eficiente, transparente e íntegro, mediante o cal se consiga un mellor cumprimento dos obxectivos públicos, tanto a través da satisfacción das necesidades dos órganos de contratación como mediante unha mellora das condicións de acceso e participación nas licitacións públicas dos operadores económicos». Non obstante, ademais da anterior, a referencia á busca da transparencia e integridade é moi recorrente ao longo da citada exposición de motivos, o que determina que esta se configure realmente como un dos alicerces da nova LCSP.
- 4 Ocupáronse de analizar como poden fomentarse unha maior transparencia e integridade na contratación pública, entre outros, GIMENO FELLU, J. M., “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 7, 2017, quen analizou a importancia dos principios de integridade e transparencia na contratación pública, expondo, á súa vez, un decálogo de propostas de mellora que deberían incluírse na lexislación de contratación pública. Tamén do mesmo autor, “La Ley de contratos del sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 147, 2010; MALARET, E., “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo* n. 15, 2016; CERRILLO MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012; ou MEDINA ARZAIZ, T., “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, Fernández Acevedo, R., e Valcárcel Fernández, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

debe darse mesmo cando só estea presente un licitador, e a súa falta determinará a nulidade de todo o procedemento⁵.

Por último, suprímese o procedemento negociado sen publicidade por razón da contía, o cal, malia resultar áxil, presentaba un déficit de transparencia, xa que carecía de publicidade. Formulado o obxecto do noso estudo, convén así mesmo realizar, con carácter previo á análise das tres medidas apuntadas, unhas breves aclaracións previas relacionadas coa configuración xeral dos procedementos de adxudicación na LCSP, co fin de sentar unhas bases mínimas que resultarán útiles nun momento posterior.

Así, por un lado, os procedementos de adxudicación dos contratos das administracións públicas regúlanse no libro II «Dos contratos das administracións públicas», título I, capítulo I, sección 2.^a (arts. 156-182), da LCSP. Non obstante, nesta sección inclúense ademais, por un lado, unha serie de normas xerais aplicables á adxudicación (arts. 131-155), e, por outro, tamén as normas especiais aplicables aos concursos de proxectos (183-187), que serán citados no ámbito do procedemento negociado sen publicidade.

Debemos ter en conta tamén, en segundo lugar, que os procedementos que imos analizar se atopan recollidos no libro dedicado aos *contratos das administracións públicas*, o que determina que estes serán os aplicables ás adxudicacións que leven a cabo as entidades que son Administración pública, respecto dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obras e concesión de servizos que liciten.

Pero tamén resultarán de aplicación aos contratos que liciten os poderes adxudicadores que non sexan Administración pública en dous supostos: por un lado, en caso de que o contrato estea sometido a regulación harmonizada (art. 317 LCSP), e, por outro, en caso de que, mesmo non estando sometido a regulación harmonizada, o contrato sexa adxudicado por un poder adxudicador non Administración pública e supere as contías previstas no artigo 318 b) LCSP. En ambos os dous casos, a regulación remítese á propia dos contratos licitados polas administracións públicas. No entanto, a remisión non é idéntica, e iso produce consecuencias distintas. Vaiamos por partes.

No primeiro caso, ex artigo 317, a adxudicación dos contratos que realicen os poderes adxudicadores non AP, en caso de que estea sometida a regulación harmonizada, rexeráse polas *«normas establecidas nas seccións 1.^a e 2.^a do capítulo I, do título I do libro II da LCSP»*, é dicir, poderán utilizarse os citados procedementos de adxudicación nos mesmos casos en que pode facelo unha Administración pública.

En cambio, a adxudicación de contratos non sometidos a regulación harmonizada (en diante SARHA) que realicen os poderes adxudicadores que non teñan a condición de Administración pública, sempre e cando superen as contías previstas no artigo 318 b), poderán realizarse *«por calquera dos procedementos previstos na sección 2.^a do capítulo I, do título I do libro II da LCSP, con excepción do procedemento negociado sen publicidade, que unicamente se poderá utilizar nos casos previstos no artigo 168»*. ¿Quere isto último dicir que os procedementos de adxudicación se poden utilizar *indistintamente* en caso de que se cumpra o previsto no

5 Tamén é certo que, ademais de perseguirse unha maior transparencia nos procedementos de adxudicación de contratos, se busca tamén modernizar e simplificar os citados procedementos, en sintonía, ademais, coas previsións das directivas de 2014, tamén coñecidas como de cuarta xeración. Vid., GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", Gimeno Felii, J. M. (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2014.

citado artigo 318 b), con excepción do negociado sen publicidade, que só poderá utilizarse nos supostos previstos no artigo 168? Ou, dito doutro xeito, un poder adxudicador que non teña a condición de Administración pública ¿pode decidir aplicar, se se cumpre o sinalado no artigo 318 b), calquera dos procedementos de adxudicación regulados na lei (por exemplo, o aberto simplificado, ou o procedemento de licitación con negociación, ou o diálogo competitivo), sen ter que tomar en consideración os supostos legais que permiten aplicar uns e outros? ¿Só hai que tomar en consideración as características do contrato correspondente ao determinar o procedemento de adxudicación que se vai aplicar nestes supostos en caso de que se queira seguir un negociado sen publicidade? Parece que, tal como está redactada a lei, esta é a interpretación que suxire.

Quizais iso resulte coherente coa idea de que, na medida en que a intensidade na aplicación da lei vai diminuindo en función da condición do suxeito, do tipo de contrato e do valor deste que se licite, se flexibiliza tamén o deseño dos procedementos de adxudicación que deban aplicar os suxeitos correspondentes. Porén, iso leva consigo o risco de xerar nos licitadores certa inseguridade xurídica respecto do procedemento de adxudicación que, en cada suposto, será utilizado polos poderes adxudicadores.

O anterior quizais poida gardar relación, se se quere, coas previsións que establece a lei respecto dos procedementos de adxudicación en caso de que o suxeito sexa un ente do sector público non poder adxudicador (art. 321). E é que, neste caso, a LCSP déixalles marxe a estes entes para deseñaren, nas súas respectivas instrucións internas, as normas que rexan a adxudicación de contratos, sempre e cando estas respecten como mínimo os requisitos previstos no artigo 321.2.b). Nada se di, en cambio, respecto de como e en que supostos deberán aplicarse os procedementos de adxudicación, polo que entendemos que iso queda á disposición dos citados entes no momento en que deseñen as instrucións correspondentes, as cales, como dicimos, só deben cumprir cos requisitos mínimos previstos no artigo 321.2 LCSP. Neste sentido, e como un dos requisitos consiste na necesaria publicación do anuncio de licitación no perfil do contratante, entendemos que iso exclúe a posibilidade de que se utilice o negociado sen publicidade por parte de entes do sector público que non sexan poderes adxudicadores.

En terceiro lugar, convén subliñar que a LCSP se ocupa de traspor non só a Directiva 2014/24/UE, de contratación nos sectores clásicos, senón tamén a Directiva 2014/23/UE, relativa á adxudicación dos contratos de concesión. E, no que respecta á regulación dos procedementos de adxudicación, as directivas toman camiños moi distintos.

Así, a Directiva 2014/24/UE opta por regular seis procedementos de adxudicación: aberto restrinxido, licitación con negociación –antigo negociado con publicidade–, diálogo competitivo, asociación para a innovación e negociado sen publicidade. Non obstante, só o procedemento aberto e o restrinxido teñen carácter ordinario, desde o momento en que a súa utilización non require ningún tipo de xustificación previa. En cambio, para poder facer uso dos demais procedementos, hai que cumprir os requisitos que para tal efecto prevé a directiva nos artigos seguintes: procedemento de licitación con negociación (art. 29); diálogo competitivo (art. 30); asociación para a innovación (art. 31) e procedemento negociado sen publicidade previa (art. 32). Ademais, todos eles, salvo o negociado sen publicidade, son de transposición obrigatoria.

En cambio, a Directiva 2014/23/UE, de concesións, adopta un enfoque completamente distinto, xa que non fai mención a ningún procedemento de adxudicación específico e opta por establecer unha coordinación mínima dos procedementos nacionais para adxudicar concesións, baseada nos principios do TFUE, coa finalidade de garantir a apertura das concesións á competencia e garantir tamén unha seguridade xurídica axeitada⁶. Deste xeito, as disposicións de coordinación que inclúe non van máis alá do necesario para acadar os obxectivos citados e para garantir certo grao de flexibilidade, debendo ser os Estados membros os que completen e desenvolvan as ditas disposicións⁷.

Pola súa banda, a LCSP –que, como advertimos, traspón non só a Directiva 2014/24, senón tamén a 2014/23–, no relativo á adxudicación das concesións de obras e servizos, apártase do criterio comunitario e somete a adxudicación destes contratos de concesión ás mesmas exixencias que rexen para a adxudicación dos contratos de obras, servizos e subministracións, é dicir, o marco xurídico aplicable aos procedementos de adxudicación é común para os contratos de obras, servizos e subministracións, así como para as concesións de obras e servizos.

E, ao respecto, a LCSP optou por traspasar os seis procedementos de adxudicación regulados na Directiva 2014/24/UE, adoptando ademais o mesmo criterio que esta. Neste sentido, as regras xerais (e especiais) conforme as cales se ordena a adxudicación dos contratos das administracións aparecen recollidas no artigo 131, o cal prevé con carácter xeral que a adxudicación se realizará ordinariamente, utilizando o procedemento aberto ou o restrinxido (art. 131.2 LCSP). En cambio, para aplicar calquera dos procedementos especiais, tal como exige o artigo 131.2. 2.º parágrafo, cómpre que concorran os supostos específicos previstos para tal efecto nos seguintes artigos: os previstos no artigo 167, para o procedemento de licitación con negociación e o diálogo competitivo; os do artigo 168, para o negociado sen publicidade; o indicado no artigo 172, para o diálogo competitivo, e os supostos previstos no artigo 177, para a asociación para a innovación.

Pero, ademais, o citado artigo 131 tamén prevé unha serie de especialidades ás que non lles resultará de aplicación o que acabamos de sinalar. Concretamente, prevese a adxudicación directa dos contratos menores (art. 131.3); as regras que resultan de aplicación aos contratos relativos á prestación de asistencia sanitaria en supostos de urxencia e cun valor inferior a 30.000 € (art. 131.4) e, por último, o sometemento dos concursos de proxectos a unhas regras especiais de adxudicación (art. 131.5).

Aclarado o anterior, centrarémonos a continuación na análise das tres medidas apuntadas, a saber: a introdución do procedemento aberto simplificado, a eliminación do negociado sen publicidade por razón da contía e a necesidade de negociar nos procedementos con negociación.

6 HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Las nuevas Directivas de Contratación Pública, número monográfico especial del Observatorio de Contratación Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 213 e ss., recorda que esta solución é coherente co obxectivo perseguido, consistente en establecer unha regulación de mínimos que garanta unha aplicación uniforme en todos os Estados membros dos principios de igualdade de trato, non discriminación por razón da nacionalidade e transparencia. Ao respecto e de conformidade co citado obxectivo, o detalle e a minuciosidade con que se describe o ámbito de aplicación da citada directiva dá paso a unhas regras básicas sobre a adxudicación do contrato e proclámase o principio de liberdade de organización do procedemento de elección do concesionario, suxeito ao cumprimento dos principios e garantías establecidas na propia directiva.

7 Para tal efecto, a Directiva de concesións incorpora, nos artigos 30 a 33, unha serie de principios xerais que cómpre observar na adxudicación das concesións, así como nos artigos 36 a 41 as garantías procedementais que han de observarse.

2 Primeira medida: a introdución do procedemento aberto simplificado

O procedemento aberto aparece configurado como un procedemento ordinario de adxudicación de contratos, e regúlase nos artigos 156-159 LCSP. Neste sentido, a citada Directiva 2014/24/UE non introduciu grandes modificacións na regulación do procedemento aberto, máis alá de levar a cabo certa reordenación sistemática que facía máis clara a normativa e de reducir os prazos de tramitación do procedemento (art. 27 Directiva 2014/24/UE). Estas previsións recóllense tamén, con carácter xeral, nos citados artigos e, neste sentido, a principal novidade, de tipo formal, que incorpora a lei consiste en reducir sensiblemente os prazos de presentación das proposicións no caso de contratos SARHA (art. 156 LCSP), debendo ter en conta ademais que os prazos establecidos por días se entenden referidos a días naturais, xa que os artigos citados non especifican que deban ser hábiles (D.A. 12.^a LCSP)⁸. Tamén se regula con maior detalle o exame das proposicións e proposta de adxudicación (art. 157 LCSP)⁹.

Non obstante, a LCSP, co fin de potenciar a transparencia e a integridade na contratación pública, optou por incluír novidades relevantes na regulación do procedemento aberto, ao incorporar, ademais do procedemento aberto «ordinario», unha vertente «simplificada» e unha «supersimplificada». Estas resultan de aplicación ata un limiar económico determinado, e permiten axilizar notablemente a adxudicación do contrato correspondente, posibilitando que o estea, no caso do aberto simplificado, no prazo dun mes (teoricamente) desde a convocatoria de licitación ou, no caso do supersimplificado, mesmo nun prazo menor. Vexamos con máis detalle cada unha das modalidades do procedemento aberto.

-
- 8 Así, por un lado e respecto dos prazos previstos no artigo 156, estes poden esquematizarse do seguinte xeito. En primeiro lugar e para o caso dos contratos de obras, servizos ou subministracións, prevense dúas posibilidades, en función de se o contrato está sometido a regulación harmonizada ou non. Se o contrato é SARHA, o prazo para a presentación de proposicións non será inferior a trinta e cinco días, contados desde a data do envío do anuncio de licitación á Oficina de Publicacións da Unión Europea (art. 156.2). O citado prazo de trinta e cinco días pode reducirse nos seguintes tres supostos: se o órgano de contratación enviou un anuncio de información previa, o prazo pódese reducir a quince días (art. 156.3 a). Non obstante, requírese que mediase un mínimo de trinta e cinco días e un máximo de 12 meses desde o envío do anuncio de información previa e o anuncio de licitación e que o anuncio de información previa incorpore toda a información que se exige para aquel; en situacións de urxencia (previstas no art. 119), pódese reducir o prazo xeral, sempre e cando non sexa inferior a quince días, contados desde a data do envío do anuncio de licitación (art. 156.3 b); ou, se se acepta a presentación de ofertas por medios electrónicos, pódese reducir o prazo xeral en cinco días (art. 156.3 c). En segundo lugar, se o contrato non é SARHA (e non é un contrato de obras), o prazo de presentación de proposicións non será inferior a quince días, contados desde o día seguinte ao da publicación do anuncio de licitación do contrato no perfil do contratante (art. 156.6). Por outro lado, e respecto das concesións de obras e de servizos, se son SARHA, o prazo para a presentación de proposicións non será inferior a trinta días, contados desde a data do envío do anuncio de licitación á Oficina de Publicacións da Unión Europea (art. 156.2). O citado prazo só se pode reducir en cinco días se se acepta a presentación de ofertas por medios electrónicos (art. 156.4); se non son SARHA, o prazo para a presentación de proposicións será, como mínimo, de vinte e seis días, contados desde o día seguinte ao da publicación do anuncio de licitación do contrato no perfil do contratante (art. 156.6). Este mesmo prazo de vinte e seis días aplícase para os contratos de obras non SARHA. Por outro lado, redúcese tamén o prazo para a apertura das proposicións, o cal se fixa nun máximo de vinte días (o TRLCSP fixábao nun mes no art. 160.1), contados desde a data de finalización do prazo previsto para presentar as proposicións (art. 157.3 LCSP). A adxudicación, regulada no artigo 158, non sufriu variacións, prevéndose que terá lugar no prazo máximo de quince días, contados desde a apertura das proposicións se o único criterio de selección a valorar é o prezo, ou de dous meses para o caso de que se deba ter en conta unha pluralidade de criterios.
- 9 Neste sentido, faise referencia expresa á mesa de contratación como o órgano competente para cualificar a documentación presentada polos licitadores e formularlle a proposta de adxudicación ao órgano de contratación. Así mesmo, especificase non só que a citada documentación se debe presentar en dous sobres ou arquivos electrónicos distintos (un coa acreditativa do cumprimento dos requisitos previos, ex artigo 140, e outro coa proposición), senón que, ademais, se especifica que, en caso de que se utilice unha pluralidade de criterios de adxudicación, os licitadores, deberán, á súa vez, presentar a proposta en dous sobres ou arquivos electrónicos separados, un coa documentación que deba ser valorada consonte criterios que leven consigo a aplicación dun xuízo de valor e outro coa que deba ser valorada unicamente mediante a aplicación de fórmulas.

2.1 O procedemento aberto simplificado

A principal novidade que se incorpora no ámbito do procedemento aberto, como sinalabamos antes, consiste en incluír dúas novas vertentes do procedemento aberto, a «simplificada» e a «supersimplificada», ademais da ordinaria. Non obstante, a exposición de motivos unicamente fai referencia á primeira, pero, como veremos, a simplificada admite outro axuste adicional para convertela en aínda máis simplificada.

Neste sentido, o procedemento aberto simplificado, como apunta a citada EM, «resultará de aplicación ata uns limiares determinados, e nace coa vocación de converterse nun procedemento moi áxil que polo seu deseño debería permitir que o contrato estivese adxudicado no prazo dun mes desde que se convocou a licitación»¹⁰. Neste sentido, chegouse mesmo a afirmar que este procedemento se converterá na «autoestrada da contratación pública»¹¹.

Para acadar a redución dos prazos, sen prexuízo de que dificilmente se logrará dar cumprimento ao citado prazo dun mes, polas razóns que máis adiante se detallarán, simplifícanse os trámites ao máximo, de tal forma que en termos xerais, destacaremos agora, entre outras medidas, que a documentación se deberá presentar nun único sobre; non se exige constitución de garantía provisional; resulta obrigatoria a inscrición no Rexistro de Licitadores, e a fiscalización do compromiso de gasto realízase nun só momento, antes da adxudicación.

O obxectivo que pretende alcanzar o lexislador con esta nova vertente simplificada consiste en reconducir os contratos que con anterioridade se adxudicaban mediante o procedemento negociado sen publicidade por razón da contía ao procedemento aberto simplificado, o cal pretende ser áxil, como o era o negociado sen publicidade, pero que ademais proporciona a necesaria publicidade e transparencia no procedemento de licitación do contrato¹².

Esta nova vertente, que, como dicimos, non trae causa das directivas comunitarias, non é en cambio absolutamente descoñecida, xa que si fora regulada con anterioridade á LCSP, tanto na Lei foral 6/2006, do 9 de xuño, de contratos públicos de Navarra (LFCPN), como na Lei 3/2011, do 24 de febreiro, de medidas en materia de contratos do sector público de Aragón (LCSPA), e ao parecer aplicáronse con bastante éxito¹³.

¹⁰ Apartado IV.

¹¹ BLANCO LÓPEZ, F., “Propuesta de regulación legal del procedimiento abierto simplificado”, publicado na web do *Observatorio de Contratación Pública*, con data do 4 de xaneiro de 2016, en relación coa redacción que prevía o artigo 157 do Anteproxecto de Lei de contratos do sector público. Non obstante, o citado autor tamén apunta a que, para lograr axilizar ao máximo a adxudicación dos contratos que se realice a través desta vía, resulta imprescindible que o deseño do procedemento sexa sinxelo, de trámites concentrados e breves.

¹² Apartado V da E.M., é que, tal como se sinala na citada exposición de motivos, o procedemento negociado sen publicidade por razón da contía, moi utilizado na práctica, presentaba un déficit de transparencia, ao carecer de publicidade, o que podería xerar desigualdades entre os licitadores.

¹³ A LFCPN prevé, tanto respecto do procedemento aberto como do restrinxido, unha variante simplificada para os casos en que o contrato non supere o limiar comunitario, nos artigos 65 e 68, respectivamente. Porén, maiores similitudes ten a vertente regulada na actual LCSP coa que se prevé na LCSPA. Neste sentido, o artigo 10 contén determinadas previsións que coinciden coas do artigo 159 LCSP. Así, por exemplo, nos contratos de obras, o límite superior previsto para utilizar a vertente simplificada coincide (2.000.000 €), e tampouco se exige garantía provisional para participar no procedemento. Á súa vez, e de conformidade cos datos obtidos do Rexistro de Contratos do Sector Público do ano 2015 (cuxos datos son do 27 de decembro de 2016) en relación cos contratos licitados nas comunidades autónomas, chama a atención que dun total de 69.506 contratos se adxudicasen por procedemento aberto 14.245, 18 mediante o procedemento restrinxido e, polo procedemento negociado, diálogo competitivo e mediante adxudicación directa, un total de 55.243 contratos. A mesma tendencia se observa nas entidades locais: dun total de 32.678, seguiron o aberto 11.870, 101 o restrinxido e 20.707 o negociado, diálogo competitivo e adxudicación directa. En cambio, se nos fixamos nos contratos adxudicados en cada Comunidade Autónoma, chama a atención que tanto en Aragón como en Navarra esta tendencia varíe, xa que se aprecia unha maior utilización do aberto respecto doutro tipo de procedementos. Así, en Aragón, as cifras practicamente coinciden, pois dun total de 1.745 contratos, 884 seguiron o aberto, 3 o restrinxido

A LCSP regúlao no artigo 159, extensísimo e certamente pesado, que trataremos de simplificar do mellor xeito posible, facendo referencia ao seu ámbito de aplicación, á publicidade e aos prazos de presentación de proposicións e á tramitación do procedemento.

2.1.1 Ámbito de aplicación

O procedemento aberto simplificado só pode ser utilizado se se cumpren as condicións previstas no artigo 159, as cales teñen que ver co obxecto do contrato, a contía e a forma en que se deben valorar os criterios de adxudicación. Non obstante, e aínda que se cumpran as citadas condicións, a súa utilización non é imperativa, de xeito que en último termo dependerá do criterio do órgano de contratación¹⁴.

En calquera caso, como dicimos, para empregar a vertente aberta simplificada cómpre, en primeiro lugar, que se trate dun contrato de obras, servizos e subministracións, non estando permitida a súa utilización para as concesións. Ademais, é necesario que se cumpra unha condición cuantitativa e outra en relación coa valoración dos criterios de adxudicación. Así, por un lado, se se trata dun contrato de obras, o valor debe ser igual ou inferior a 2.000.000 de euros e, se é un contrato de servizos ou subministración, o valor debe ser igual ou inferior a 100.000 € (art. 159.1 a) LCSP). Pero, ademais, entre os criterios de adxudicación previstos no prego, ou ben non hai criterios avaliados mediante xuízo de valor, ou, se os hai, a súa ponderación non supera o 25 % do total. Esta regra ten unha excepción, xa que, se o contrato ten por obxecto prestacións de carácter intelectual (servizos de enxeñaría e arquitectura), a súa ponderación non pode superar o 45 % do total (art. 159.1 b) LCSP).

Desta forma, parece que o aberto simplificado podería converterse nun procedemento moi utilizado en xeral, e particularmente no ámbito local, desde o momento en que as contías máximas que permiten a súa aplicación son moi elevadas.

2.1.2 Publicidade e prazo de presentación das proposicións

A apertura do procedemento de adxudicación levarase a cabo mediante a publicación do anuncio de licitación, o cal, neste caso, só ha de publicarse no perfil do contratante do órgano de contratación (art. 159.2). Ademais, toda a documentación necesaria para a presentación da oferta debe estar dispoñible por medios electrónicos desde a citada publicación do anuncio no perfil do contratante. Esta previsión acaba coa publicidade dos anuncios nos correspondentes boletíns, o que determina non só o correspondente aforro económico, senón tamén o do prazo que media desde o envío do anuncio á súa efectiva publicación.

Respecto do prazo para presentar proposicións, hai que diferenciar en función do contrato que se licite. Se é un contrato de servizos ou subministracións, o prazo mínimo é de quince días, contados desde o día seguinte ao da publicación do anuncio no perfil do contratante. Se o contrato é de obras, o prazo non poderá ser inferior a vinte días (art. 159.3). Ao respecto, cómpre ter en conta que, a teor do previsto na D.A. 12.^a, os prazos establecidos

e 858 outros procedementos. Á súa vez, en Navarra, dun total de 460 contratos, 373 foron adxudicados mediante o procedemento aberto e 87 a través doutros procedementos.

14 Ao respecto, o artigo 159 dispón que: «os órganos de contratación *poderán* acordar a utilización dun procedemento aberto simplificado».

na lei se entenden referidos a días naturais, salvo que nela se indique expresamente que só deben computarse os días hábiles.

2.1.3 Especialidades da tramitación respecto das previstas para o procedemento aberto

A tramitación procedemental do procedemento aberto simplificado segue con carácter xeral a propia do procedemento aberto, pero coas especialidades a que aludiremos a continuación. Así mesmo, hai que ter en conta que, en todo o non previsto especificamente no artigo 159, se observarán as normas xerais aplicables ao procedemento aberto.

En primeiro lugar, os licitadores que se presenten a unha licitación a través deste procedemento teñen que estar inscritos no Rexistro Oficial de Licitadores e Empresas Clasificadas na data final de presentación de ofertas. Non obstante, a D.T. 3.^a prevé que a inscrición resultará exixible a partir dos seis meses de entrada en vigor da LCSP. Ata ese momento, a acreditación da capacidade, solvencia e ausencia de prohibicións para contratar realizárase da forma establecida con carácter xeral. A citada inscrición permitirá, polo tanto, simplificar o trámite de acreditación do cumprimento dos requisitos previos, xa que esta permite acreditar as condicións de aptitude do empresario en canto á súa personalidade e capacidade de obrar, representación, habilitación profesional ou empresarial, solvencia económica e financeira e técnica ou profesional, así como a concorrencia ou non das prohibicións de contratar (arts. 96.1 e 2 LCSP).

En segundo lugar, prevese como especialidade do aberto simplificado a non existencia da garantía provisional por parte dos licitadores. No entanto, esta previsión non é específica do aberto simplificado, como dispón o artigo 159.4 b) LCSP, senón que resulta de aplicación, como regra xeral, respecto de calquera procedemento de adxudicación, tal como dispón o artigo 106 LCSP¹⁵.

A presentación de proposicións debe cumprir, á súa vez, coas seguintes regras. Por un lado, só se poden presentar no rexistro indicado no anuncio de licitación¹⁶. Pero, ademais, a presentación da oferta exige presentar unha declaración responsable respecto ao cumprimento dos requisitos previos previstos no artigo 159.4 c). Neste sentido, o modelo de oferta que figure como anexo ao prego debe recoller a citada declaración responsable. Por outra banda, se a empresa é estranxeira, a declaración responsable debe incluír o sometemento ao foro español e, se fose unha unión temporal de empresas, o compromiso de constitución desta. Non obstante, e unha vez concretado o contido da LCSP respecto da declaración responsable, debemos sinalar que a existencia da súa presentación non resulta moi acertada, xa que, como sinalamos antes, os licitadores que queiran concorrer a un procedemento aberto simplificado teñen a obriga de estar inscritos no Rexistro Oficial de Licitadores e Empresas Clasificadas, inscrición que xa permite acreditar as condicións a que se fai referencia na declaración responsable, o que determina que a existencia desta non sexa de utilidade.

15 Desta forma, a regra xeral é a non existencia de garantía provisional, salvo cando o órgano de contratación, por motivos de interese público, o considere necesario e o xustifique motivadamente no expediente (art. 106 LCSP).

16 MARABOTTO AGUDO, M.L., "El procedimiento abierto simplificado en el Proyecto de Ley de contratos del sector público", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 151, setembro-outubro 2017, apunta a que, coa citada previsión, parece eliminarse a posibilidade de que non poidan utilizarse como lugar de presentación de proposicións as oficinas de correos e, polo tanto, non resultaría tampouco de aplicación a espera de dez días para que poida chegar a oferta, tal como se exige no artigo 80.4 do RD 1098/2001, do 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas. Esta posibilidade sería coherente co obxectivo de simplificación e redución de prazos a que aspira o aberto simplificado.

Por outro lado, e respecto dos sobres que se deben presentar, diferéncianse dous supostos, pois, por un lado, exíxese un único sobre se non se inclúen criterios de adxudicación que dependan dun xuízo de valor. En cambio, teranse que presentar dous sobres se os criterios de adxudicación dependen dun xuízo de valor.

A citada referencia a que as ofertas se presenten en *sobres* non pasou desapercibida e foi criticada por algúns, dado que esta previsión non é coherente coa establecida na D.A. 15.^a, apartado 3, a cal prevé que «a presentación de ofertas e as solicitudes de participación se levará a cabo empregando medios electrónicos». Deste xeito, tería sido preferible que, igual que no caso do aberto ordinario, se tivese feito referencia non só á posibilidade de presentar a oferta mediante sobres, senón tamén mediante arquivos electrónicos. Se só se pode presentar a oferta a través de sobres, parece que se podería pór en perigo o cumprimento do prazo dun mes en que se prevé que se tramite o procedemento¹⁷.

Respecto da apertura das proposicións, non se prevé ningún prazo específico para proceder a esta, polo que cabería entender que habería que aplicar o prazo xeral do procedemento aberto, que o fixa en vinte días, contados desde a data de finalización do prazo para presentalas (art. 157.3 LCSP)¹⁸. En calquera caso, a citada apertura de sobres realizárase a mesa de contratación, de conformidade coas seguintes previsións. Se unicamente se presentou un único sobre, o acto de apertura deste é público e realízase, como dicimos, a mesa de contratación. En cambio, se se presentaron dous sobres porque a oferta inclúe criterios de adxudicación que deben valorarse mediante xuízos de valor, este sobre ábrese en primeiro lugar. A valoración realízase os servizos técnicos do órgano de contratación nun prazo non superior a sete días (art. 159.4 e) LCSP). Neste sentido, chama a atención a previsión de que a valoración sexa realizada polos citados servizos e non pola mesa de contratación, o que choca coa configuración da mesa como órgano encargado tradicionalmente de valorar as ofertas. A continuación procederase á apertura do sobre, coa oferta avaliable mediante a mera aplicación de fórmulas, en acto público pola mesa de contratación, a cal ademais terá que dar lectura ao resultado da valoración do primeiro sobre¹⁹.

Por outra banda, e respecto á composición da mesa, o artigo 326.6 LCSP prevé unha composición especial, máis reducida, para a que vaia tramitar un procedemento aberto simplificado. Neste caso, deberá estar integrada polo presidente, o secretario, un funcionario que teña atribuído o asesoramento xurídico do órgano de contratación e un funcionario que teña atribuídas as funcións de control económico-financeiro²⁰.

17 MARABOTTO AGUDO, M.L., “El procedimiento abierto simplificado en el Proyecto de Ley de contratos del sector público”, cit., p. 4.

18 Como consecuencia diso, xa se tería excedido o prazo dun mes, que era o que se fixaba para adxudicar o contrato en caso de que se seguise o aberto simplificado.

19 A citada posibilidade de valoración das ofertas en dúas fases diferenciadas por incluír esta criterios que han de ser valorados segundo xuízos de valor foi criticada, entre outros, por BRANCO LÓPEZ, F., “Propuesta de regulación legal del procedimiento abierto simplificado”, cit., p. 3, por entender que o aberto simplificado unicamente simplificará en realidade o procedemento aberto ordinario se se articula a formulación das valoracións nunha única oferta contida nun único sobre e a valoración das ofertas nun acto único e concentrado.

20 Non obstante, e en relación coas entidades locais, a D.A. 2.^a, apartado 7.^o da LCSP non prevé especialidades respecto da mesa de contratación en caso de que o procedemento a aplicar sexa o aberto simplificado, polo que, en principio, habería que aplicar a composición xeral prevista na citada D.A. 2.^a e estaría presidida por un membro da corporación ou funcionario desta, e formarían parte dela, como vogais, o secretario e o interventor (ou os órganos que teñan atribuídas as correspondentes funcións de asesoramento xurídico e control económico-financeiro), así como aqueles outros que designe o órgano de contratación de entre funcionarios de carreira ou persoal laboral ao servizo da corporación, ou membros electos dela, debendo respectar para iso os límites previstos na propia D.A. 2.^a

A mesa de contratación, tras o citado acto público de apertura do sobre coa oferta, exclúe, se é o caso, as que non cumplan os requisitos do prego, e avalía e clasifica as válidas, para realizar a continuación a proposta de adxudicación ao candidato que obtivese unha mellor puntuación.

Neste momento, a mesa deberá cumprir con dous deberes: comprobar no Rexistro de Licitadores que non hai ningunha irregularidade na inscrición que afecte ao cumprimento dos requisitos previos por parte do adxudicatario provisional e requirir a este, mediante comunicación electrónica, para que no prazo de 7 días *hábiles* proceda a constituír a garantía definitiva e a documentación que acredite que dispón dos medios que se comprometeu a dedicar á execución do contrato (art. 159.4. f) 4.º).

Presentada a garantía definitiva, e, se é o caso, logo de fiscalización do compromiso de gasto por Intervención cando a exixa a Lei 47/2003, xeral orzamentaria, nun máximo de cinco días, procederase a adxudicar o contrato a favor do licitador proposto e a continuación formalizarase o contrato. En caso de que non se presente a garantía definitiva no prazo previsto, formularase proposta de adxudicación a favor do seguinte candidato en puntuación.

Por outro lado, a LCSP prevé tamén, ao final do artigo 159.4.f) 4.º, que «en caso de que se presuma que a oferta do licitador que obtivese a mellor puntuación é anormalmente baixa, a mesa, realizadas as actuacións recollidas nos puntos 1.º e 2.º anteriores, seguirá o procedemento previsto no artigo 149», no cal se fai referencia a avaliar e clasificar as ofertas e realizar a proposta de adxudicación. Ao respecto, hai quen chamou a atención sobre o innecesario cambio que propón esta previsión, xa que normalmente o trámite previsto para o caso de que se aprecien ofertas desproporcionadas se realiza antes da valoración e, por suposto, da proposta de adxudicación²¹. Así mesmo, chama a atención que sexa unha previsión especial aplicable ao aberto simplificado, desde o momento en que o artigo 149.4 non configura o procedemento a seguir en caso de ofertas desproporcionadas da forma en que se fai no ámbito do aberto simplificado, ao preverse que deberá realizarse antes da valoración e, polo tanto, da proposta de adxudicación.

Por último, cómpre ter en conta que, aínda que se declare a urxencia do expediente de contratación, no marco do aberto simplificado, non se poden reducir os prazos previstos para a licitación, adxudicación e formalización do contrato (art. 159.5).

2.2 O procedemento aberto supersimplificado

2.2.1 Ámbito de aplicación

Ademais de incluírse o procedemento aberto simplificado, como dicíamos, prevese tamén unha vertente abreviada do citado procedemento simplificado, ao que nos referiremos como o procedemento aberto supersimplificado.

De conformidade co artigo 159.6 da LCSP, cabe acudir a esta tramitación rápida do procedemento simplificado, en caso de que se trate dun contrato de obras, de valor considerado inferior a 80.000 €, ou ben dun contrato de subministracións ou servizos de valor considerado

21 MARABOTTO AGUDO, M.L., “El procedimiento abierto simplificado en el Proyecto de Ley de contratos del sector público”, cit., p. 5.

inferior a 35.000 €, a excepción dos que teñan por obxecto prestacións de carácter intelectual que non poden acudir á aplicación desta vertente do simplificado.

É quizais esta vertente a que poderá permitir que o contrato correspondente se adxudique no prazo máximo dun mes, desde o momento en que, ademais de se simplificaren os trámites procedementais respecto do procedemento simplificado, se reducen tamén os prazos deste. Vexamos cales son as principais especialidades procedementais.

2.2.2 Especialidades da tramitación respecto das previstas para o procedemento aberto simplificado

En primeiro lugar, redúcese aínda máis o prazo de presentación de proposicións, que non poderá ser inferior a dez días hábiles, contados desde o seguinte á publicación do anuncio de licitación no perfil do contratante. Non obstante, se se trata de compras correntes de bens dispoñibles no mercado, o prazo redúcese a cinco días hábiles²².

Pero, ademais, exímese os licitadores da acreditación da solvencia económica e financeira e técnica ou profesional, de maneira que parece que o lexislador desexa que se confie no mercado, o cal pode determinar a aparición de posibles problemas co licitador que resulte adxudicatario en caso de que este non cumpra cuns estándares mínimos de solvencia que, ao non se solicitar, son descoñecidos polo órgano de contratación no momento de adxudicar o contrato. Quizais a exigencia da citada declaración responsable non supoña un grave prexuízo á rapidez e flexibilidade que se pretende lograr con esta variante supersimplificada e poida, á súa vez, evitar riscos innecesarios.

En terceiro lugar, e respecto dos criterios de adxudicación, estes deben ser cuantificables unicamente mediante a mera aplicación de fórmulas e non, polo tanto, mediante xuízos de valor. Como consecuencia diso, só se presenta un sobre ou arquivo electrónico.

Así mesmo, e en relación coa valoración das ofertas, a LCSP prevé que esta se poida realizar automaticamente mediante un dispositivo informático ou coa axuda dunha unidade técnica que colaborará co órgano de contratación. Igualmente, o dispositivo electrónico deberá garantir que non se procede á apertura das ofertas ata que finalizase o seu prazo de presentación e, por iso, non se exige que esta teña lugar en acto público. Por outro lado, requírese que todas as ofertas e a documentación presentada sexan accesibles de forma aberta por medios informáticos e sen restricións desde o momento en que se notifique a adxudicación do contrato.

Finalmente, non se require constituír garantía definitiva e a formalización do contrato poderá realizarse mediante a sinatura de aceptación polo contratista da resolución de adxudicación.

Por outra banda, cómpre ter en conta que en todo o non previsto no citado apartado 6 do artigo 159, que é o encargado de regular o procedemento aberto supersimplificado, se aplicará a regulación xeral do procedemento aberto simplificado.

22 Bótase en falta, neste sentido, unha aclaración do que debe entenderse por compras correntes dispoñibles no mercado, xa que este é un concepto moi xenérico no que practicamente cabería incluír calquera tipo de compra habitual que realizase o órgano de contratación.

3 Segunda medida: nos procedementos con negociación hai que negociar

3.1 Precisións previas respecto dos procedementos con negociación

A LCSP regula, baixo a denominación «procedementos con negociación» (arts. 166 a 171), o procedemento de licitación con negociación e o procedemento negociado sen publicidade. O primeiro que chama a atención é o cambio de denominación do procedemento negociado con publicidade. Ao respecto, hai quen apuntou a que o cambio de denominación non é caprichoso e que con iso se pretenden marcar as diferenzas existentes entre o procedemento de licitación con publicidade e o negociado sen publicidade, acabando coa situación anterior en que baixo a expresión «procedemento negociado» se incluían dous procedementos moi diferentes²³.

Así mesmo, advírtese, por un lado, o intento de simplificar e aclarar a sistemática e o réxime xurídico do procedemento de licitación con negociación e do negociado sen publicidade²⁴. Deste xeito, tras precisar cal vai ser o ámbito da negociación en ambos os dous procedementos (art. 166), regúlanse separadamente os supostos que permiten utilizar un ou outro procedemento (167 para o procedemento de licitación con negociación e 168 para o negociado sen publicidade), así como a tramitación procedemental destes (169 para o procedemento de licitación con negociación e 170 para o negociado sen publicidade). Neste sentido, e aínda que non constituía o obxecto do noso estudo a análise detallada do ámbito de aplicación dos citados procedementos, si deixaremos apuntadas tres ideas fundamentais.

Por un lado, e a diferenza do previsto no TRLCSP, a LCSP recolle un catálogo de seis supostos (art. 167 LCSP) en que cabe realizar o procedemento de licitación con negociación ou o

23 Neste sentido pronúnciase GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, cit., p. 21, a cal recorda ademais como o procedemento negociado con anuncio previo leva consigo publicidade, concorrencia e un grao significativo de transparencia, por exemplo en relación co uso e definición dos criterios de selección e adjudicación.

24 Desta forma, culmínase en parte un debate, no que respecta a este tema, que comezou hai máis de vinte anos e que, en termos xerais, enfrontaba os partidarios que optaban por defender un incremento na utilización dos procedementos negociados, cos que receaban desta posibilidade por entender que o anterior levaba consigo consecuencias negativas sobre a transparencia e a competencia que debe garantirse en todo procedemento de adjudicación. Ao respecto, resulta especialmente útil a análise que realiza GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, cit., pp. 2 e ss. Entre outras cuestións, a autora lembra como, desde o Libro Verde «La contratación pública en Europa, reflexiones para el futuro» de 1996, se puña de manifesto que, nos casos en que se admitía, o procedemento negociado permitía obter uns resultados económicos máis satisfactorios que a convocatoria de concurso tradicional. Á súa vez, este debate tamén se mantivo a partir da aprobación das directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, xa que, por un lado, é certo que na Directiva 2004/18/CE se introduciu un novo procedemento de adjudicación, o diálogo competitivo, pero tamén o é que a citada Directiva 2004/18/CE foi criticada pola falta de flexibilidade e prohibición á negociación que tamén incluía. *Vid.*, ao respecto, entre outros, ARROWSMITH, S., “Modernising the European Union’s public procurement regime: a blue print for real simplicity and flexibility”, *Public Procurement Law Review*, vol. 21 (3), 2012. Posteriormente, a Comisión continuou, ao longo dos anos posteriores, avogando por introducir medidas lexislativas para simplificar e modernizar o réxime da contratación pública, e, especificamente, os procedementos de adjudicación (neste sentido, a Comunicación «Cara a un Mercado Único - cara a unha economía social de mercado latamente competitiva», do ano 2010 e, moi especialmente, o Libro Verde «La modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de contratación pública más eficiente», de 2011, o cal introduce a idea de máis negociación e, entre outras cuestións, propón a xeneralización do procedemento negociado con publicación previa. Non obstante, as propias institucións europeas tampouco se puñan de acordo, e así había quen defendía a introdución dun procedemento negociado similar ao previsto na Directiva 2004/17 e de eliminar obstáculos para a utilización do diálogo competitivo, como fixeron o Consello Económico e Social e o Comité das Rexións, en cadanseus ditames de 2011; e, en cambio, outros opúñanse a estas opcións, como foi o caso do Tribunal de Contas Europeo, tamén nun ditame de 2011. Non obstante, finalmente a proposta de Directiva sobre contratación pública do ano 2011 (COM (2011) 896 final) avogou por uns procedementos máis racionais e eficientes na crenza de que iso beneficiaría todos os operadores económicos e facilitaríala a participación das pemes e dos licitadores transfronteirizos.

diálogo competitivo²⁵, o que determina que o citado procedemento teña carácter especial e só poida utilizarse en caso de que concorran as condicións que prevé a norma²⁶.

En segundo lugar, os citados supostos poden ser agrupados, á súa vez, en tres grupos. Así, recóllese un primeiro grupo de supostos [art. 167, a), b), c) e d)] que coinciden practicamente cos recollidos no artigo 26.4 a) da Directiva 2014/24/UE, nos cales, por un lado, pode estar presente algún tipo de dificultade ou de situación que exige un proxecto innovador ou que, ou ben se precisa mesmo algún traballo previo de deseño ou adaptación por parte dos licitadores, ou tamén nos casos en que non sexa posible definir as especificacións técnicas²⁷. Por outro lado, permítese igualmente acudir á licitación deste procedemento nos casos en que nos procedementos abertos ou restrinxidos seguidos previamente só se tivesen presentado ofertas irregulares ou inaceptables (art. 167.e)²⁸. Este suposto tamén está previsto no artigo 26.4 b) da citada directiva; e, por último, prevese ademais a posibilidade de utilizalo cando se trate de contratos de servizos sociais persoalísimos que teñan por unha das súas características determinantes o arraigamento da persoa no ámbito de atención social, sempre que o obxecto do contrato consista en dotar de continuidade na atención as persoas que xa eran beneficiarias do dito servizo (art. 167.f)²⁹.

En terceiro lugar, o artigo 168 ocúpase de concretar, como dicimos, os supostos en que cabe licitar un procedemento negociado sen publicidade. Non obstante, neste momento unicamente apuntaremos que o citado procedemento non ten carácter especial (como acontece no caso da licitación con negociación), senón excepcional, e, sen prexuízo do anterior, remitímonos neste momento ao que se sinalará no seguinte apartado, cando nos refiramos á eliminación da posibilidade de utilizar o negociado sen publicidade por razón da contía, a cal caracterizamos como a terceira medida que incluíu o lexislador respecto dos procedementos de adxudicación coa finalidade de fomentar unha maior transparencia e integridade nestes.

25 Efectivamente, a teor das disposicións do artigo 131.2 LCSP, o lexislador optou por establecer un catálogo común de seis supostos en que cabe acudir indistintamente ao procedemento de licitación con negociación ou ao diálogo competitivo.

26 Informe 57/03, do 30 de marzo de 2004, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Administración Xeral do Estado, e STS do 4 de outubro de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª

27 Respecto destes supostos, e tal como sinalabamos anteriormente, resultan útiles as aclaracións que se conteñen nos considerandos da Directiva 2014/24/UE, fundamentalmente o 43, que, recordemos, apuntaba a que se trata de casos en que non se poden definir os medios precisos para satisfacer as súas necesidades ou para avaliar as solucións técnicas, financeiras ou xurídicas que pode ofrecer o mercado; ou que se trata de proxectos que teñen unha dimensión considerable, como acontece cos grandes proxectos de infraestrutura integrados, ou ben nas redes ou en proxectos informáticos de gran tamaño. Así mesmo, nos casos de servizos ou subministracións que exixan un esforzo considerable de adaptación ou deseño, como acontece nos casos de adquisicións complexas que teñan que ver con produtos sofisticados, servizos intelectuais ou grandes proxectos relacionados coas tecnoloxías da información e das comunicacións (TIC). Neste sentido, BLANCO LÓPEZ, F., “El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 116, 2012, p. 15, afirmou que debería utilizarse o procedemento de licitación nos supostos en que o órgano de contratación considere que as características do obxecto contractual e a súa execución teñan respostas diferentes e modalidades de execución tamén distintas, ou ben que a complexidade do obxecto non presente unha formulación de execución sinxela, senón que se considere máis aconsellable que sexan os licitadores os que vaian modulando as posibilidades conforme as indicacións do órgano de contratación.

28 Consideraranse irregulares, en particular, as ofertas que non correspondan aos pregos da contratación que se reciben fóra de prazo, que mostren indicios de colusión ou corrupción ou que fosen consideradas anormalmente baixas polo órgano de contratación. Consideraranse inaceptables, en particular, as ofertas presentadas por licitadores que non posúan a cualificación requirida e as ofertas cuxo prezo supere o presuposto do órgano de contratación tal como se determinase e se documentase antes do inicio do procedemento de contratación.

29 Desta forma, entendemos que se levou a cabo unha depuración necesaria respecto das previsións do TRLCSP que resultaban aplicables aos supostos que permitían acudir á licitación do procedemento negociado con publicidade. Esta resultaba ser moi pesada por conter toda unha serie de previsións relacionadas coas contías dos contratos que daban lugar a un xogo irracional de remisións e excepcións. Constitúe exemplo do anterior o complexo artigo 177 do TRLCSP, que comezaba sinalando os supostos en que había que publicar un anuncio de licitación ao licitar o negociado, para a continuación sinalar que, se o contrato non estaba sometido a regulación harmonizada, tamén debían ser obxecto de publicación previa se se superaban determinadas contías.

Como consecuencia do sinalado, sublíñase, como dicíamos, a idea de que nos atopamos ante procedementos distintos, non só desde un punto de vista formal, senón tamén substantivo³⁰. Pero non só iso, porque ademais na propia denominación xenérica que se utiliza para englobar ambos os dous procedementos –procedementos con negociación– inclúese a referencia a que en ambos os dous casos nos atopamos ante procedementos en que hai que negociar.

Neste sentido, dispón o artigo 166 que nos citados procedementos negociados «a adxudicación recaerá no licitador xustificadamente elixido polo órgano de contratación, tras negociar as condicións do contrato cun ou varios candidatos». É certo que esta caracterización é continuísta respecto da que realizaba o TRLCSP, no derogado 169, que regulaba o procedemento negociado na súa dobre vertente de con publicidade ou sen ela³¹. Agora ben, tamén é certo que o que si fixo o lexislador é atribuír o carácter de procedemento a licitar con carácter ordinario soamente ao procedemento de licitación con negociación³². En calquera caso, como dicimos, ambos os dous procedementos pivotan sobre a idea da necesaria negociación que debe ter lugar cos licitadores. Analicemos como queda caracterizada esta.

3.2 A negociación como fase procedemental imprescindible

Ambos os dous procedementos, tanto o de licitación con negociación como o negociado sen publicidade, se articulan arredor de tres fases fundamentais: a selección de candidatos, a negociación e a adxudicación. Con carácter xeral, a tramitación do procedemento de licitación con negociación prevese no 169; non obstante, estas previsións tamén resultan de aplicación ao negociado sen publicidade, coa especialidade prevista no 170, respecto á non existencia de publicidade previa.

Neste sentido, e sen ánimo de deternos na fase de selección de candidatos, a cal se rexerá ademais polas normas aplicables ao procedemento restrinxido³³, unicamente apuntaremos aquí que o órgano de contratación debe seleccionar os candidatos a tomar parte nas negociacións que se vaian realizar, de conformidade cos criterios obxectivos de solvencia correspondentes que se fixasen no anuncio de licitación, debendo ademais invitar un mínimo de tres candidatos. Unha vez seleccionados os candidatos, estes deben ser invitados a formular a súa oferta inicial³⁴.

30 O TRLCSP, en cambio, regulaba nos extensos artigos 170-175 os supostos en que cabía acudir á licitación dun procedemento negociado, precisando o artigo 177 cando era necesario publicar un anuncio de licitación e cando se podía prescindir del. Deste xeito, cabía entender que o procedemento era único e que só había algunha especialidade procedemental respecto ao réxime da publicidade previa do procedemento. Por outro lado, quizais sería aconsellable que a exposición de motivos da lei incluíse algunha explicación ao anterior. Non obstante, e dun modo un tanto parco, recóllese unha única referencia que consiste en sinalar que se suprime a posibilidade do uso do procedemento negociado con ou sen publicidade por razón da contía e que se suprime a aplicación deste procedemento respecto das obras e servizos complementarios (exposición de motivos, apartado IV).

31 Dispuña que «no procedemento negociado a adxudicación recaerá no licitador xustificadamente elixido polo órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos e negociar as condicións do contrato cun ou varios deles. 2. O procedemento negociado será obxecto de publicidade previa nos casos previstos no artigo 177, en que será posible a presentación de ofertas en concorrencia por calquera empresario interesado. Nos restantes supostos, non será necesario darlle publicidade ao procedemento, asegurándose a concorrencia mediante o cumprimento do previsto no artigo 178.1».

32 A LCSP prevé no artigo 166.3 que, salvo nos casos excepcionais do 168, os órganos de contratación deberán publicar un anuncio de licitación (art. 166.3 LCSP).

33 Tal como dispón o artigo 169.2 LCSP.

34 As invitacións deberán conter toda a información a que se fai referencia no artigo 163. Á súa vez, cómpre que se respecten os prazos xerais de envío de ofertas a que se fai referencia no artigo 164.1 e 2, é dicir, 30 días se o contrato é SARHA e 10 días se é non SARHA, ambos os dous contados a partir da data do envío da invitación.

A citada oferta inicial supón o punto de partida da seguinte fase do procedemento: a negociación, pero nada se di sobre se esta debería ser valorada polo órgano de contratación e, neste sentido, coincidimos cos que se mostraron partidarios de levar a cabo algún tipo de valoración das citadas ofertas iniciais, aínda que sexa de xeito xenérico, coa finalidade de que o órgano de contratación poida comezar a delimitar o ámbito da negociación³⁵.

A negociación que constitúe a peza fundamental deste procedemento terá por obxecto todos os extremos que se indicasen no prego e, concretamente, os aspectos económicos e técnicos que se vaian negociar cos licitadores. Desta forma, afectará a todas as ofertas iniciais que presentasen os licitadores e a todas as ofertas posteriores que vaian presentando estes (salvo a oferta final), co fin de que poidan ir mellorando o seu contido e adaptándoas aos requisitos indicados no prego e no anuncio (art. 169.5 LCSP). Neste sentido, a negociación debe afectar, polo tanto, a aspectos cualitativos da execución contractual, e deste xeito parece que non podería afectar unicamente ao prezo³⁶.

E é a peza clave do procedemento, porque «constitúen a característica esencial dun procedemento negociado»³⁷, e a ausencia desta determinará a nulidade de pleno dereito do procedemento, ex artigo 47.1 e) da Lei 39/2015, do procedemento administrativo común das administracións públicas (LPAC), como foi recoñecido unanimemente polos tribunais de recursos contractuais³⁸.

Ademais, a negociación debe ser auténtica e non consistir nunha mera comparación de ofertas³⁹. Ademais diso, a LCSP nin sequera considera a adxudicación sen negociación previa, a diferenza da directiva, que si a recolle no artigo 29.4.

Non obstante, esta non vai poder afectar aos requisitos mínimos da prestación obxecto do contrato nin aos criterios de adxudicación, tal como se tivesen fixado no prego (art. 169.5 LCSP). Tampouco pode negociarse a oferta final que formulen os licitadores correspondentes.

35 Ao respecto, convén facer referencia a BLANCO LÓPEZ, F., “El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal”, cit., pp. 6-7, o cal apunta a que unha primeira valoración das ofertas pode servir para dimensionar a complexidade da negociación. Neste sentido, considera o citado autor que unha eventual gran diferenza na valoración, destacando claramente unha oferta das restantes empresas participantes no procedemento, podería indicar que o procedemento negociado non será moi intensivo. E o mesmo acontecería ao contrario, se esa primeira valoración de ofertas pon de manifesto que as diferenzas de valoración non son excesivas entre unha oferta e outras, pode anunciar que se requirirá precisar e desenvolver as ofertas e que, polo tanto, a negociación se desenvolverá con certa intensidade. Á súa vez, considera que esta se realizaría tomando como referencia os criterios de adxudicación que se establecesen no prego. Pola súa parte, a valoración debería recollerse nun informe de valoración que especificaría unha puntuación e, polo tanto, a posición de partida en que cada candidato iniciará o proceso de negociación.

36 *Id.*, neste sentido, Recomendación 1/2016, do 20 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, e tamén BLANCO LÓPEZ, F., “El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal”, cit., p. 9.

37 Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 5 de outubro de 2010 (C-337/1998) e STXUE do 9 de xuño de 2011 (C-401/09 P).

38 Sirva de exemplo, entre outras, a Resolución 50/2011, do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, ou o Acordo 10/2013, do Tribunal de Contratos Públicos de Navarra. Tamén, no mesmo sentido, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, no seu Acordo do 21 de xullo de 2010, ou a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Junta de Andalucía, no Informe 3/2007.

39 Ao respecto, recorda a Recomendación 1/2016, do 20 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, que «o certo é que unha mala praxe administrativa veu utilizando indebidamente este procedemento, desvirtuando o seu carácter “negociado” ao prescindir dun trámite esencial e definitorio deste, como é a negociación, realizándose exclusivamente a solicitude de ofertas e adxudicación á considerada mellor oferta no seu conxunto. Probablemente aquela mala praxe sexa consecuencia de que, nas súas orixes, este procedemento tivo unha escasa regulación que conduciu a asimilar, en certo modo, o procedemento negociado coa antiga adxudicación directa, confusión que perdurou no tempo e que implicou un uso indebido e abuso deste procedemento».

Por outra banda, e aínda que é obrigatorio no procedemento de licitación con negociación constituír unha mesa de contratación (art. 326 LCSP)⁴⁰, a negociación das ofertas non lle corresponde á mesa, senón ao órgano de contratación, se é o caso, a través dos servizos técnicos deles dependentes (art. 169.5 LCSP). Deste xeito, parece que sería aconsellable contar cunha unidade de asistencia, distinta do órgano de contratación e da mesa de contratación, cuxos membros teñan a experiencia e a solvencia técnica necesarias⁴¹.

Á súa vez, a negociación, que admite múltiples configuracións, pero que deberá estar perfilada no PCAP, poderá articularse en fases sucesivas, coa finalidade de reducir progresivamente o número de ofertas a negociar, conforme a aplicación dos criterios de adxudicación que se tivesen recollido no anuncio de licitación ou no prego. Non obstante, se se vai facer uso desta posibilidade, cómpre que se prevexa nos citados documentos. Así mesmo, é necesario que o número de solucións que cheguen ata a fase final sexa o suficientemente amplo como para garantir unha competencia efectiva.

Neste sentido, tal como apuntaron algúns, considérase unha exixencia do principio de transparencia, e unha boa práctica a seguir, que o prego de cláusulas administrativas particulares detalle a forma en que se vai realizar a negociación: número de roldas previstas, se a negociación se realizará presencialmente, por escrito ou por vía telemática, etc. Ademais, é preciso deixar constancia documental do proceso de negociación no expediente administrativo, para o cal pode ser útil articular métodos de negociación empregando medios electrónicos, que existiren os termos en que se desenvolve a negociación⁴².

Por outro lado, exíxese que durante a negociación o órgano de contratación e a mesa respecten o principio de igualdade de trato entre os licitadores e o correspondente deber de confidencialidade, como tamén recolle a directiva (art. 169.4).

Así, en primeiro lugar, as mesas de contratación e os órganos de contratación non facilitarán, de forma discriminatoria, información que poida dar vantaxes a determinados licitadores con respecto ao resto e informarán por escrito a todos os licitadores cuxas ofertas non fosen

40 Neste sentido, e de conformidade coas previsións do artigo 22.3 do Real decreto relativo ás funcións das mesas de contratación, no procedemento negociado, a mesa, nos casos en que interveña, ten que cualificar a documentación xeral acreditativa do cumprimento dos requisitos previos e, unha vez concluída a fase de negociación, ten que valorar as ofertas dos licitadores e proporlle ao órgano de contratación a adxudicación correspondente. Por outro lado, están os que critican a necesidade de constituír a mesa de contratación neste tipo de procedementos por ser un órgano que complica o procedemento e que se superpón aos órganos técnicos constituídos por profesionais que, ao coñeceren a prestación obxecto da contratación, son os auténticos responsables da valoración das ofertas. *Vid.*, neste sentido, BLANCO LÓPEZ, F., "El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal", cit., p. 8. Cómpre ter en conta que, precisamente, con data do 28 de setembro de 2017 se publicou no BOE n. 234 a Orde EIC/910/2017, do 21 de setembro, pola que se crean e regulan a Xunta de Contratación e a Mesa Única de Contratación do Ministerio de Economía, Industria e Competitividade.

41 Neste sentido, a Recomendación 1/2016, do 20 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, relativa á utilización do procedemento negociado, p. 25, apunta que é aconsellable que esta a leve a cabo unha unidade de asistencia, unipersonal ou colexiada, distinta do órgano de contratación, e que as persoas encargadas de tramitar a negociación teñan a experiencia técnica, o coñecemento do mercado e as destrezas necesarias para negociar un bo acordo cos provedores ou contratistas. Precisa, ademais, o citado informe que non se require que a apertura da oferta inicial se realice en acto público.

42 Recomendación 1/2016, do 20 de abril, p. 25. Debe recordarse tamén a obriga que deriva do artigo 22.1 da Directiva 2014/24/UE, de que como moi tarde o 18 de abril de 2018 os Estados membros garantirán que todas as comunicacións e todos os intercambios de información se leven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, e, en particular, a presentación electrónica de ofertas e solicitudes. Así mesmo, recorda a citada recomendación como a (antiga) Comisión Nacional da Competencia, na «Guía sobre contratación pública e competencia» de 2010, suxire que para a realización da negociación, as administracións públicas elaboren "protocolos de funcionamento que identifiquen os criterios utilizados para a selección dos candidatos" e nos que se desenvolva "tanto o procedemento de negociación como os aspectos sobre os que esta versará e o momento exacto en que se levará a cabo".

excluídas de todo cambio nas especificacións técnicas ou outra documentación da contratación, e daránlles prazo suficiente para que presenten unha nova oferta revisada (art. 169.7).

Pero, ademais, no curso do procedemento as mesas de contratación e os órganos de contratación cumprirán coa súa obriga de confidencialidade nos termos establecidos nesta lei, polo que non lles revelarán aos demais participantes os datos designados como confidenciais que lles comunicase un candidato ou licitador sen o consentimento previo deste. O dito consentimento non poderá ter carácter xeral, senón que deberá especificar a que información se refire. Porén, os licitadores que presentasen unha oferta admisible poden solicitar información acerca do desenvolvemento das negociacións e, neste caso, a mesa de contratación ou, no seu defecto, os servizos dependentes do órgano de contratación comunicaran o antes posible, e en todo caso dentro dos quince días seguintes ao de recepción da solicitude por escrito daquel, o desenvolvemento das ditas negociacións (art. 171.1 LCSP)⁴³.

Cando o órgano de contratación decida concluír as negociacións, informará todos os licitadores e establecerá un prazo común para a presentación de ofertas novas ou revisadas. Finalmente, a mesa de contratación verificará que as ofertas definitivas se axustan aos requisitos mínimos e que cumpren todos os requisitos establecidos no prego, valoraráas conforme os criterios de adxudicación, elevará a correspondente proposta e o órgano de contratación procederá a adxudicar o contrato (art. 169.8 LCSP).

Por outro lado, e respecto ao negociado sen publicidade, sublíñase a importancia que lle dá a LCSP á necesaria existencia da negociación entre as partes, xa que o artigo 170.2 (que regula as especialidades procedementais deste procedemento) remite o contido da negociación ás previsións que para tal efecto dispón o artigo 169.5 en relación co procedemento de licitación con negociación. Polo tanto, todo o sinalado anteriormente debe trasladarse tamén para o caso de que se trate dun negociado sen publicidade. E, por se iso non bastase, o apartado segundo do citado 170 dispón que, mesmo cando só exista un candidato, deberá existir tamén negociación respecto da oferta que tivese presentado.

4. Terceira medida: elimínase o procedemento negociado sen publicidade por razón da contía

En terceiro e último lugar, o lexislador optou tamén por eliminar a posibilidade de utilizar o negociado sen publicidade por razón da contía e, polo tanto, non hai rastro desta posibilidade no artigo 168, que é o que se ocupa de recoller os supostos excepcionais que permiten acudir ao negociado sen a publicación previa dun anuncio de licitación. Desta forma, o lexislador optou por realizar unha transposición practicamente idéntica dos supostos previstos no artigo 32 da Directiva 2014/24/UE e que son os que permiten licitar un procedemento deste tipo. Neste sentido, os supostos en que cabe acudir ao procedemento negociado sen publicidade aparecen agrupados en cinco categorías, as cales fan referencia ao tipo de contrato que se

43 Neste sentido, o Acordo 33/2015, do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, entendeu que o feito de que se revelen todas as ofertas e quen son os licitadores vicia o procedemento, porque, «aínda que as ofertas poden ser utilizadas polo órgano de contratación, non poden ser públicas fronte ao resto de licitadores, polo carácter reservado que debe ser mantido durante toda a fase de negociación como garantía de que todos os licitadores que participen na negociación reciban igual trato e ningún deles se atope en posición vantaxosa respecto do resto».

este a licitar e especifican os supostos en que, respecto destes, cabe utilizar o procedemento que nos ocupa⁴⁴.

En primeiro lugar, cabe utilizalo nos contratos de obras, servizos, subministracións, concesión de obras e concesión de servizos, nos tres seguintes supostos. Por un lado, ante a ausencia de ofertas ou de solicitudes de participación, ou de ofertas ou de solicitudes de participación adecuadas no ámbito dun procedemento aberto ou restrinxido previo⁴⁵. Así mesmo, cando as prestacións só poidan ser proporcionadas por un operador concreto (art. 168 a) 2.º)⁴⁶. E, por outro lado, cando o contrato sexa declarado secreto ou reservado ou deba ir acompañado de medidas de seguridade especiais.

En segundo lugar, cabe utilizalo nos contratos de obras, servizos ou subministracións, nos dous seguintes casos. En primeiro lugar, cando sexa estritamente necesario por razóns de imperiosa urxencia resultante de acontecementos imprevisibles que demanden unha pronta execución do contrato que non poida lograrse mediante a aplicación da tramitación de urxencia prevista no artigo 119⁴⁷. E aparentemente tamén no caso previsto no artigo 167 e) cando nun procedemento aberto ou restrinxido só se presenten ofertas irregulares ou inaceptables⁴⁸.

En terceiro lugar, nos contratos de subministracións, é posible utilizalo, por un lado, cando se trate de produtos que se fabrican exclusivamente para fins de investigación e desenvolvemento⁴⁹; tamén en caso de que se trate de contratos cuxo obxecto sexan subministracións adicionais efectuadas polo provedor inicial que constitúan ben unha reposición parcial de subministracións ou instalacións, ou ben unha ampliación das subministracións ou instalacións existentes, nos casos en que o cambio de provedor obrigaría o órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades

Regap



ESTUDIOS

-
- 44 Analizou detidamente todos estes supostos GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, cit., pp. 34 e ss.
- 45 O artigo 168 a) 1.º sinala ademais que, nestes casos, non se poden modificar substancialmente as condicións iniciais do contrato, e concretamente o presuposto base da licitación nin o sistema de retribución. Tamén se especifica o que debe entenderse por oferta e solicitude inadecuada. A oferta é inadecuada se non é pertinente para o contrato por resultar manifestamente insuficiente para satisfacer as necesidades do órgano de contratación. Á súa vez, unha solicitude de participación é inadecuada se o empresario pode ser excluído de conformidade coas previsións da LCSP ou non satisfai os criterios de selección do órgano de contratación. Deste xeito, só nos casos en que se incumpran gravemente os pregos, ou ben os operadores económicos carezan da aptitude necesaria, poderán ser reconducidos a procedementos negociados sen publicidade. E precisamos isto para distinguir este suposto de oferta ou solicitude inadecuada, que se produce nos supostos máis graves, do de oferta irregular ou inaceptable, que permite, á súa vez, acudir á licitación con negociación ou ao diálogo competitivo.
- 46 Concretamente, cando o contrato teña por obxecto a creación ou adquisición dunha obra de arte ou representación artística única; cando non existe competencia por razóns técnicas ou ben cando proceda a protección de dereitos exclusivos, incluídos os de propiedade intelectual e industrial.
- 47 Ao respecto convén ter presente, como apunta GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, cit., p. 35, que o TXUE realizou unha interpretación moi restritiva da imperiosa urxencia, a cal require o cumprimento de tres requisitos: que se dea un acontecemento imprevisión, que sexa incompatible a urxencia cos prazos previstos noutros procedementos e que exista unha relación de causalidade entre o acontecemento imprevisión e a imperiosa urxencia que del deriva (STXUE do 18 de novembro de 2004, C-126/03, Comisión contra Alemaña).
- 48 Non obstante, esta circunstancia determina a posibilidade da aplicación da licitación con negociación ou do diálogo competitivo, polo que entendemos que só procedería acudir ao negociado sen publicidade en caso de que non poida acudirse á licitación con negociación ou ao diálogo competitivo, xa que, no caso contrario, se estarían a solapar os supostos de aplicación dun e outro procedemento.
- 49 Agora ben, neste suposto contéplase o caso de que o que se desexa adquirir é un prototipo ou un primeiro ben ou servizo desenvolvido no ámbito dun contrato de I+D, é dicir, en cantidade limitada. E iso xa que o artigo 168 c) 1.º especifica que non cabe incluír neste suposto a produción en serie destinada a establecer a viabilidade comercial do produto ou a recuperar os custos da I+D, isto é, a produción a grande escala. Por outro lado, respecto dos contratos de I+D, hai que ter en conta as previsións que establece o artigo 8, o cal as exclúe do ámbito de aplicación da LCSP se se dan as circunstancias aludidas no citado artigo. Con carácter específico, exclúense do ámbito de aplicación da LCSP.

ou a dificultades técnicas de uso e de mantemento desproporcionadas; así mesmo, cando se vaian adquirir subministracións cotizadas e, por último, cando se trate da adquisición de subministracións en condicións especialmente vantaxosas, ben dun provedor que cesa definitivamente a súa actividade, ben dun administrador en caso de procedementos de insolvencia.

En cuarto lugar, nos contratos de servizos cando este sexa a consecuencia dun concurso de proxectos⁵⁰, ou tamén cando se vaian adquirir servizos en condicións especialmente vantaxosas, ben dun provedor que cesa definitivamente a súa actividade, ben dun administrador en caso de procedementos de insolvencia.

En quinto e último lugar, nos contratos de obras ou servizos adicionais sempre e cando se cumpran as condicións que prevé o artigo 168 e) LCSP⁵¹.

Desta forma, como dicimos, e co obxectivo de fomentar unha maior transparencia na contratación pública, queda eliminada claramente a posibilidade de recorrer a este procedemento por razón da contía, o cal, como apuntaron algúns⁵², resulta coherente a partir da presión europea que sobre España se realizou para eliminar o citado procedemento negociado sen publicidade por razón da contía. A modo de exemplo, pode citarse a Decisión do Consello de Europa do 2 de agosto de 2016, pola que se lle facía unha advertencia a España para que adoptase medidas dirixidas á redución do déficit e no que se puña de manifesto o nivel relativamente elevado na utilización do procedemento negociado sen publicidade en comparación con outros Estados membros. Tamén se subliña esta circunstancia no Informe anual da Comisión Europea sobre desequilibrios macroeconómicos, publicado en febreiro de 2017⁵³.

E é que parece que se estaba a utilizar este procedemento con carácter ordinario, cando representa unha importante restrición da concorrência, o que aconsellaba utilizalo de xeito limitado⁵⁴. Desta forma, quizais o problema non radicaba na posibilidade de recorrer á súa aplicación, senón máis ben en como se estaba a utilizar, xa que parece, como dicimos, que malia estar configurado como un procedemento de carácter excepcional a súa utilización era moi común. Ademais diso, nin sequera se utilizaba correctamente, xa que tamén se estaría a prescindir das negociacións necesarias, de tal forma que practicamente se estaban a levar adxudicacións directas. Todo o anterior determinaba que se estivese a pór en perigo a necesaria observancia dos principios de igualdade de trato e transparencia⁵⁵.

50 Se houberse varios gañadores do concurso, deberíase invitar todos eles a participar nas negociacións. Son concursos de proxectos os procedementos encamiñados á obtención de planos ou proxectos, principalmente nos campos da arquitectura, o urbanismo, a enxeñaría e o procesamento de datos, a través dunha selección que, tras a correspondente licitación, se lle encomenda a un xurado (art. 183.1). As normas especiais aplicables aos concursos de proxectos recóllense nos artigos 183-187.

51 Este suposto debe cumprir coas seguintes condicións: as obras ou servizos que constitúan o seu obxecto consisten na repetición doutros similares adxudicados ao mesmo contratista mediante algún dos procedementos de licitación regulados na lei e, logo da publicación do correspondente anuncio de licitación, deben axustarse a un proxecto base que foi obxecto do contrato inicial adxudicado polo dito procedemento. O citado proxecto base mencionará necesariamente o número de posibles obras ou servizos adicionais, así como as condicións en que serán adxudicados estes; a posibilidade de facer uso deste procedemento debe estar indicada no anuncio de licitación do contrato inicial; o importe das novas obras ou servizos debeu terse en conta ao calcular o valor estimado do contrato inicial, e non transcorreron máis de tres anos a partir da formalización do contrato inicial.

52 Así, CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 9, 2017.

53 CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?”, cit., p. 7.

54 Recomendación 1/2011, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

55 De forma moi elocuente, CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?”, cit., p. 7, «este, ao meu xuízo, é o gran problema de fondo: que convertemos un procedemento de adxudicación que, en principio, podería ser de grande utilidade, polo seu carácter áxil e flexible para adxudicar determinados contratos de escasa contía, nunha ferramenta útil para adxudicar

En calquera caso, tamén é certo que o Goberno xa puxera tamén de manifesto a súa intención de eliminar este procedemento, mesmo antes das citadas advertencias, pois no informe sobre o anteproxecto da LCSP xa se sinalaba que se eliminaba o citado procedemento negociado sen publicidade por razón da contía⁵⁶. Tamén se afirmaba no citado informe que para non perder as vantaxes de axilidade que tiña o citado procedemento se creaba un novo, o aberto simplificado, cuxa duración, como vimos, se prevé breve e si proporciona a necesaria publicidade e transparencia no procedemento de licitación do contrato.

Este obxectivo de reconducir ao procedemento aberto simplificado os supostos que, por razón da contía, se licitaban a través do negociado sen publicidade tamén se recolle, como sinalabamos anteriormente, na propia exposición de motivos da LCSP. Agora ben, outra cousa é que o procedemento aberto simplificado logre cumprir coas expectativas que ten o legislador; non obstante, lonxe de poder dar solución a esta interrogante neste momento, haberá que esperar a que sexa a práctica a que determine se realmente o procedemento aberto simplificado logra cumprir este obxectivo.

Por todo o sinalado e coa finalidade de concluír esta contribución, podemos afirmar que é certo que o legislador incluíu unha serie de medidas respecto dos procedementos de adxudicación de contratos que pretenden fomentar unha maior transparencia e integridade na contratación pública, para lograr cumprir, en definitiva, co principio de igualdade de trato. Pero tamén é certo que parece que noutras ocasións ou quedou a medias ou optou por manter outras opcións que dubidosamente contribúen á consecución dos obxectivos sinalados, como acontece no caso dos contratos menores ou co mantemento das instrucións internas para as entidades do sector público que non teñan a condición de poderes adxudicadores. É por iso polo que, quizais, a valoración xeral que ao respecto pode darse non sexa plenamente satisfactoria e quede a sensación de que se podería ter feito máis a favor da transparencia e a integridade na contratación pública.

5 Bibliografía

ARROWSMITH, S., “Modernising the European Union’s public procurement regime: a blue print for real simplicity and flexibility”, *Public Procurement Law Review*, vol. 21 (3), 2012.

BLANCO LÓPEZ, F., “El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 116, 2012.

BLANCO LÓPEZ, F., “Propuesta de regulación legal del procedimiento abierto simplificado”, publicado na web do *Observatorio de Contratación Pública*, con data do 4 de xaneiro de 2016.

CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 9, 2017.

contratos “a dedo”. Noutras palabras, confundimos o procedemento negociado sen publicidade coa adxudicación directa, cando o que se pretendeu, polo menos teoricamente, coa súa introdución na Lei de contratos de 1995 era algo totalmente diferente.

56 O informe citado foi aprobado na sesión do Consello de Ministros celebrada o 17 de abril de 2015.

- CERRILLO MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2014.
- GIMENO FELIU, J. M., "La Ley de contratos del sector público: una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 147, 2010.
- GIMENO FELIU, J. M., "Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 7, 2017.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., "La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Las nuevas directivas de contratación pública, número monográfico especial del Observatorio de Contratación Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015,
- MALARET, E., "El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 15, 2016.
- MARABOTTO AGUDO, M. L., "El procedimiento abierto simplificado en el Proyecto de Ley de contratos del sector público", *Contratación administrativa práctica*, n. 151, setembro-outubro 2017.
- MEDINA ARZAIZ, T., "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española", Fernández Acevedo, R., e Valcárcel Fernández, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

Regap

Notas

2

A transformación do emprego público en España a través da xurisprudencia europea: igualdade, dereitos sociais e temporalidade

La transformación del empleo público en España a través de la jurisprudencia europea: igualdad, derechos sociales y temporalidad

Transforming public employment in Spain through the European case-law: equal treatment, social rights and fixed-term contracts

54
Regap

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS

Maxistrado e membro da Rede de Expertos en Dereito da Unión Europea do Consello Xeral do Poder Xudicial
d.ordonez@poderjudicial.es

Recibido: 27/09/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Regap



NOTAS

Resumo: A integración europea tivo un efecto considerable nas relacións das administracións cos seus empregados. As liberdades económicas, a cidadanía da Unión e as directivas de protección social acabaron afectando ao réxime dos empregados públicos. O estudo analiza a xurisprudencia europea provocada polos xuíces españois e a súa aplicación polas distintas xurisdicións, social e contencioso-administrativa, que se ocupan dos empregados públicos. A directiva sobre contratos de duración determinada supuxo un cambio revolucionario en numerosos aspectos das relacións dos empregados públicos, desde os trienios, sexenios, cómputo de méritos ata as indemnizacións por cesamento. Tamén o abuso da contratación temporal exige medidas lexislativas e, subsidiariamente, xudiciais que sexan efectivas e disuasorias.
Palabras clave: Directiva, emprego público, funcionario, condicións de traballo, traballo temporal, xurisdición social, xurisdición administrativa.

Resumen: La integración europea ha tenido un efecto considerable en las relaciones de las administraciones con sus empleados. Las libertades económicas, la ciudadanía de la Unión y las directivas de protección social han terminado afectando al régimen de los empleados públicos. El estudio analiza la jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y su aplicación por las distintas jurisdicciones, social y contencioso-administrativa, que se ocupan de los empleados públicos. La directiva sobre contratos de duración determinada ha supuesto un cambio revolucionario en numerosos aspectos de las relaciones de los empleados públicos, desde los trienios, sexenios, cómputo de méritos hasta indemnizaciones por cese. También el abuso de la contratación temporal exige medidas legislativas y, subsidiariamente, judiciales que sean efectivas y disuasorias.

Palabras clave: Directiva, empleo público, funcionario, condiciones de trabajo, trabajo temporal, jurisdicción social, jurisdicción administrativa.

Abstract: European integration has considerably affected the relationship between Government and civil servants. Economic liberties, EU citizenship and directives on social protection have substantially influenced public employment. This paper analyses European case law derived from Spanish labour and administrative judges concerning public employees' relations involving three-yearly length-of-service instruments, training requirements or even com-

pensation for termination of the employment contract, if these are granted to permanent workers. Moreover, in order to prevent abuses of successive fixed-term employment contracts, Directive demands legislative measures, but in absence of implementation, national Courts must determine whether these requirements are met by the provisions of the applicable national legislation and that must apply effective, equivalent and deterrent remedies.

Keywords: Directive, public employee, civil servant, employment conditions, fixed-term work, social jurisdiction, administrative jurisdiction.

Sumario: 1 Introducción. 2 O principio europeo de igualdade e a súa aplicación aos empregados públicos españois. 2.1 As diferenzas de regulación entre os empregados públicos non son relevantes para o dereito da Unión. 2.2 A nacionalidade, a libre circulación de cidadáns da Unión e os empregados públicos. 2.3 A discriminación por razón da idade dos empregados públicos. 3 A aplicación dos dereitos sociais europeos aos empregados públicos españois. 4 A protección europea dos empregados públicos temporais en España. 4.1 A equiparación dos dereitos dos empregados públicos fixos e temporais (cláusula 4.1 do acordo). 4.2 As medidas contra o abuso na contratación temporal no emprego público (cláusula 5.1 do acordo). 4.3 Os efectos da Directiva 1999/70 na xurisprudencia laboral e contencioso-administrativa dos tribunais españois. 4.3.1 A aplicación da cláusula 4.1 do acordo: a equiparación de indemnizacións por cesamento a todos os empregados públicos temporais? 4.3.2 A aplicación da cláusula 5.1 do acordo en España: a xeneralización do emprego público indefinido non fixo? 5 Conclusión. 6 Bibliografía.

1 Introducción

Hai 60 anos, cando se asinaba o Tratado de Roma, resultaba difícil prever unha evolución tan extraordinaria do dereito da Unión Europea ata o punto de afectar a ámbitos tradicionalmente vinculados ao núcleo da soberanía dos Estados. Un bo exemplo destes cambios é o emprego público, que, en principio e de xeito expreso, quedaba á marxe da integración europea pero que, co paso do tempo, se viu substancialmente afectado polo desenvolvemento europeo¹.

En realidade, produciuse un efecto desbordante (*spill over*) do dereito da Unión. E así se pode observar á vista do vixente artigo 45.4 TFUE, que se corresponde co artigo 38.4 tal como foi redactado polo Tratado CEE, conforme o cal a libre circulación dos traballadores non afecta ás administracións: «As disposicións deste artigo non serán aplicables aos empregos na Administración pública».

Mesmo cando os efectos da integración europea son moi considerables no emprego público, isto non impide que cada Estado membro conserve o poder de establecer o modelo de emprego público que considere conveniente sempre e cando, claro está, non afecte á aplicación das normas da Unión Europea. Precisamente estas normas da Unión están contidas nos propios tratados constitutivos, como o caso da proscripción da discriminación por razón da nacionalidade entre os cidadáns da Unión ou a prohibición de discriminacións salariais entre traballadores masculinos e femininos, ou no dereito derivado, especialmente en numerosas directivas que, finalmente, se acabaron aplicando aos empregados públicos no que se refire á ordenación do tempo de traballo, ás vacacións, ao traballo de duración determinada ou á non discriminación por razón da idade, a orientación sexual, a discapacidade ou a relixión.

A aplicación do dereito da Unión aos empregados públicos españois tivo notables consecuencias, pero aínda presenta numerosos problemas derivados, en particular, das distintas relacións de emprego e de servizos dos empregados públicos (funcionarios, estatutarios e laborais) e da repartición xurisdiccional, social e contencioso-administrativa para dirimir as controversias.

1 ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Empleados públicos, administraciones españolas y jurisprudencia europea", *Actualidad administrativa*, n. 3, 2012, pp. 272-287; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Empleo público y jurisprudencia europea: los efectos innovadores en el estatuto del empleado público en España", *Revista Aranzadi Unión Europea*, n. 10, 2013, pp. 26-58.

Esta perspectiva xudicial podería ser de interese para describir o estado actual da transformación do estatuto dos empregados públicos en España como consecuencia da aplicación do dereito da Unión Europea. Para tal efecto, centrareime nalgúns problemas interpretativos básicos que mereceron a atención do Tribunal de Xustiza da Unión Europea e dos tribunais españois.

Para isto propóñome abordar tres ámbitos complementarios. En primeiro lugar, a aplicación do principio de igualdade, tal como se consagra no tratado constitutivo e se desenvolveu mediante a harmonización das lexislacións. En segundo lugar, a conquista, tamén polos empregados públicos, de dereitos sociais consagrados por directivas europeas en materia de tempo de traballo, vacacións, etc. E, por último, o efecto que tivo a aplicación e a interpretación da directiva europea que protexe tamén os empregados públicos no caso de estaren contratados ou seren nomeados temporalmente.

2 O principio europeo de igualdade e a súa aplicación aos empregados públicos españois

A loita contra as discriminacións en materia laboral é un signo de identidade da integración europea centrada desde o primeiro momento en eliminar calquera discriminación por razón da nacionalidade en materia de libre circulación de traballadores e comprometida en desterrar a secular discriminación entre homes e mulleres inicialmente no que se refire aos salarios.

No ámbito do emprego público, tal loita especialmente lexítima require algunhas matizacións. En primeiro lugar, os Estados membros teñen o poder de establecer o modelo de empregados públicos que consideren máis axeitado. En segundo lugar, en ámbitos moi restrinxidos do emprego público e na medida en que participen da natureza de poder público, pódense manter as discriminacións por razón de nacionalidade; pero nos demais supostos esta prohibición de discriminación esténdese non só ao acceso ao emprego, senón tamén aos efectos desincentivadores que puidese ter o exercicio da libre circulación de traballadores na Unión. En terceiro lugar, a aplicación das directivas específicas ofrece consideracións de grande interese por exemplo en canto ao réxime de acceso e ás limitacións por razón da idade.

2.1 As diferenzas de regulación entre os empregados públicos non son relevantes para o dereito da Unión

Un principio esencial para comprender a aplicación do dereito da Unión Europea ao emprego público nos distintos Estados membros é que estes conservan o poder de establecer o estatuto que consideren conveniente. Esta actitude responde a un principio máis xeral de autonomía institucional e procedemental que constitúe o núcleo mesmo da integración europea.

Isto quere dicir que, por exemplo nun caso como España, o réxime dos empregados públicos que establece distintas categorías, como funcionarios, estatutarios e laborais, tal como resulta do Estatuto básico do empregado público (EBEP), é plenamente conforme ao dereito da Unión². Polo tanto e, por simplificar, para o dereito da Unión é irrelevante que se distinga

2 Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público (BOE n. 261, do 31/10/2015).

entre funcionarios, estatutarios e laborais, por citar as tres categorías máis frecuentes de empregados das administracións españolas.

De feito, o Tribunal de Xustiza no seu *auto Rivas Montes* rexeita a cuestión prexudicial formulada polo Xulgado do Social n. 1 de Córdoba na medida en que o problema que se formula é o trato diferente entre a Sra. Rivas Montes, auxiliar administrativa con vinculación laboral ao Concello de Córdoba, e outros empregados municipais pero con vinculación funcional. Neste caso, o xuíz cordobés subliñaba que a percepción de trienios era moito máis doada no caso dos funcionarios interinos que tratándose de persoal laboral temporal.

Non obstante, o Tribunal de Xustiza advirte: «as posibles diferenzas de trato entre persoal funcionario e persoal laboral [...] non están incluídas no ámbito de aplicación do principio de non discriminación consagrado polo acordo marco [sobre o traballo de duración determinada contido na Directiva 1999/70/CE]»³.

2.2 A nacionalidade, a libre circulación de cidadáns da Unión e os empregados públicos

A prohibición de discriminación non se aplicou inicialmente no ámbito das administracións públicas, porque así parecía deducirse do referido artigo 38.4 do Tratado CEE, que reitera o vixente artigo 45.4 TFUE. Non obstante, a xurisprudencia encargouse de ir reducindo os empregos públicos resistentes a esta cláusula antidiscriminatoria⁴.

Por unha banda, o requisito de nacionalidade española, excluindo outros cidadáns da Unión, é contrario á libre circulación de traballadores, salvo, como lembra o Tribunal de Xustiza na súa *sentenza Colexio de Oficiais da Mariña Mercante Española*, no caso dos «empregos que implican unha participación, directa ou indirecta, no exercicio do poder público e nas funcións que teñen por obxecto a salvagarda dos intereses xerais do Estado e das demais entidades públicas e que supoñen pois, por parte dos seus titulares, a existencia dunha relación particular de solidariedade co Estado, así como a reciprocidade de dereitos e deberes que son o fundamento do vínculo de nacionalidade» (apartado 39)⁵.

Neste caso, a Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Supremo español preguntáralle ao Tribunal de Xustiza se era conforme co dereito comunitario europeo a reserva que o Real decreto 2062/1999 facía en favor dos españois en canto aos empregos de capitán e primeiro oficial dos buques mercantes españois. O Tribunal de Xustiza recoñece que calquera nacional dun Estado membro ten dereito a acceder a tales empregos, sen discriminación ningunha por razón de nacionalidade.

3 TXUE, auto do 7 de marzo de 2013, *Rafaela Rivas Montes / Instituto Municipal de Deportes de Córdoba*, C-178/12, EU:C:2013:150 (inadmisibilidade e cuestión de cálculo da antigüidade que discrimina os laborais respecto dos funcionarios).

4 Véxanse, para o caso dos notarios, as sentenzas do TXUE (Gran Sala), do 24 de maio de 2011, *Comisión / Bélxica*, C-47/08, EU:C:2011:334; *Comisión / Francia*, C-50/08, EU:C:2011:335; *Comisión / Luxemburgo*, C-51/08, EU:C:2011:336; *Comisión / Portugal*, C-52/08, EU:C:2011:337; *Comisión / Austria*, C-53/08, EU:C:2011:338; *Comisión / Alemaña*, C-54/08, EU:C:2011:339; e *Comisión / Grecia*, C-61/08, EU:C:2011:340 (requisito de nacionalidade para o exercicio de notario).

5 TXCE, sentenza do 30 de setembro de 2003. *Colexio de Oficiais da Mariña Mercante Española / Administración do Estado, Asociación de Navieros Españoles (ANAVE)*, C-405/01, EU:C:2003:515 (reserva aos españois dos empregos de capitán e primeiro oficial dos buques mercantes).

Mesmo cando existen algúns supostos de reserva de empregos públicos a españois, o certo é que a regulación xeral contida no artigo 61 do Estatuto básico do empregado público establece que só excepcionalmente se poderá exixir a nacionalidade española para o acceso á condición de funcionarios. Nos demais casos, como acontece en particular cos laborais, os cidadáns da Unión e os estranxeiros con residencia legal en España poderán acceder ás administracións públicas en igualdade de condicións que os españois.

Por outra banda, existe un efecto de grande importancia para os empregados públicos e que deriva do exercicio da libre circulación da Unión Europea: a regulación dos empregados públicos non pode desincentivar a libre circulación de traballadores.

O Tribunal de Xustiza deixou ben clara esta obriga e en 2006 condenou a España por incumprimento do dereito da Unión por non ter en conta no cálculo dos trienios os períodos de servizo anteriores cubertos polos cidadáns comunitarios na función pública doutros Estados membros⁶. O Tribunal de Xustiza deduciu da súa xurisprudencia, como invocaba a Comisión Europea, que «España debe garantir que se teñan efectivamente en conta a antigüidade e a experiencia profesional adquiridas polos cidadáns comunitarios na función pública doutro Estado membro e concederlles, a este respecto, os mesmos dereitos e vantaxes en materia de clasificación e retribución que os recoñecidos aos cidadáns comunitarios que adquiriron unha experiencia similar na función pública española» (apartado 11).

Isto explica que os títulos ou a experiencia adquirida noutros países da Unión ou en institucións públicas ou privadas se asimilen, para os efectos de acceder ou a promocionar no emprego público, dos obtidos ou adquiridos en España. Así o revelou a *sentenza Fernández de Bobadilla* en relación cos títulos, certificados e outros diplomas que presentou unha cidadá española que obtivera no Reino Unido e que, porén, foi excluída do concurso-oposición. Non obstante, a xuízo do Tribunal de Xustiza, as autoridades españolas, neste caso o Museo do Prado, debían realizar unha comparación entre as aptitudes acreditadas polos ditos títulos e os coñecementos e a capacitación exixidos polas disposicións españolas⁷.

2.3 A discriminación por razón da idade dos empregados públicos

A Directiva 2000/78/CE é un instrumento que pretende alcanzar a igualdade de trato no emprego e a ocupación, polo que loita contra as discriminacións baseadas na relixión ou nas conviccións, na discapacidade, na idade ou na orientación sexual⁸. Esta directiva aplícase «a todas as persoas, polo que respecta tanto ao sector público como ao privado, incluídos os organismos públicos» e está a ter un importante efecto no emprego público en España.

O Tribunal de Xustiza tivo ocasión de pronunciarse a petición de xuíces españois sobre a discriminación baseada na idade no acceso á condición de funcionarios en España: os axentes

6 TXCE, sentenza do 23 de febreiro de 2006, Comisión / España (incumprimento por non considerar a antigüidade e a experiencia profesional adquiridas na función pública doutros Estados membros), C-205/04, EU:C:2006:137.

7 TXCE, sentenza do 8 de xullo de 1999, Teresa Fernández de Bobadilla contra Museo Nacional del Prado, Comité de Empresa do Museo Nacional del Prado, C-234/97, EU:C:1999:367 (recoñecemento de títulos de restauradora de bens culturais).

8 Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro de 2000, relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación (DOUE n. 303, do 2 de decembro de 2000, p. 16).

da Policía Local en Asturias (*sentenza Vital Pérez*⁹) e os axentes da policía autonómica no País Vasco (*sentenza Salaberría Sorondo*¹⁰).

No caso asturiano, formulábase se a lei autonómica que establecía a idade máxima de 30 anos para acceder ao posto de Policía Local era conforme coa carta e coa Directiva 2000/78/CE. O Tribunal de Xustiza recoñeceu, en primeiro lugar, a existencia dun principio de non discriminación por razón da idade que debe considerarse un principio xeral do dereito da Unión e que se concretou na Directiva 2000/78 no ámbito do emprego e da ocupación.

En segundo lugar, esta directiva aplícase tanto ao sector público como ao privado en relación co acceso ao emprego, á actividade por conta propia e ao exercicio profesional, incluídos os criterios de selección e as condicións de contratación, independentemente da rama de actividade e en todos os niveis da clasificación profesional.

En terceiro lugar, a cuestión substancial era se o límite dos 30 anos era aplicable aos policía locais, tendo en conta que, nunha sentenza anterior de 2010, a *sentenza Wolf*, o Tribunal de Xustiza considerara que este mesmo límite de idade estaba xustificado para acceder ao posto de bombeiro nun concello alemán¹¹.

Por unha parte, o Tribunal de Xustiza considerou que, en aplicación da directiva, a posesión de capacidades físicas específicas é unha característica relacionada coa idade. Para tal efecto, o Tribunal de Xustiza analizou as funcións de axente da Policía Local que en determinados supostos poden requirir o emprego da forza física. Non obstante, é preciso saber se a lexislación asturiana, ao fixar tal límite de idade en 30 anos, impuxo un requisito proporcionado, é dicir, se este límite é apropiado para alcanzar o obxectivo perseguido e se non vai máis alá do necesario para alcanzalo.

No entanto, o Tribunal de Xustiza comprobou que existía unha disparidade manifesta entre as normativas das comunidades autónomas relativas aos axentes da Policía Local no que atinxe á fixación dunha idade máxima para acceder a esta profesión: algunhas normas autonómicas fixábana en 30 anos de idade ou máis (35, 36 ou 40 anos) mentres que outras comunidades autónomas optaran por non fixar límite ningún. Tamén o Goberno español confirmou que suprimira o requisito relativo á idade máxima de 30 anos para o acceso á función de axente da Policía Nacional. E, por último, na *sentenza Wolf* considerárase proporcionada a idade máxima de 30 anos; no caso dos bombeiros, exixíase unha capacidade física «excepcionalmente elevada», mentres que as capacidades que deben ter os axentes locais para poderen cumprir algunhas destas funcións non son sempre comparables. En consecuencia, ao fixar o dito límite de idade en 30 anos para acceder a axente da Policía Local, a xuízo do Tribunal de Xustiza, a lei asturiana impuxera un requisito desproporcionado.

Por outra banda, o Tribunal de Xustiza examinou se a diferenza de trato por razón da idade podía xustificarse por un obxectivo lexítimo vinculado, concretamente, ás políticas de emprego, ao mercado de traballo e á formación profesional. Non obstante, a xuízo do Tribunal de

9 TXUE, sentenza do 13 de novembro de 2014, Mario Vital Pérez / Concello de Oviedo, C-416/13, EU:C:2014:2371 (discriminación por limitar a 30 anos o acceso a Policía Local).

10 TXUE (Gran Sala), sentenza do 15 de novembro de 2016, Salaberría Sorondo, C-258/15, EU:C:2016:873 (límite de 35 anos para acceder á Academia Vasca de Policía).

11 TXUE (Gran Sala), sentenza do 12 de xaneiro de 2010, Wolf / Stadt Frankfurt am Main, C-229/08, EU:C:2010:3 (idade máxima de 30 anos para ingresar como funcionario no corpo municipal de bombeiros).

Xustiza, a lei asturiana non se refire a obxectivo ningún, pero tampouco do contexto xeral desta medida se deduce a lexitimidade, idoneidade e necesidade dos medios empregados para lograr o dito obxectivo. Por exemplo, co límite de idade non se pretende manter unha estrutura de idades equilibrada, promovendo, por exemplo, novos contratos. Pero aínda que se podería xustificar polos requisitos de formación do posto ou pola necesidade dun período de actividade razoable previo á xubilación ou ao pase á segunda actividade, non se xustificou que para conseguir isto se requira un límite de idade de contratación. E, polo que se refire ao obxectivo de garantir un período de actividade razoable previo á xubilación, fixada aos 65 anos, non pode considerarse que o límite dos 30 anos sexa necesario.

En consecuencia, a fixación do límite de 30 anos para presentarse ás probas de acceso a axente da Policía Local é contraria ao principio de non discriminación por razón da idade e non está xustificada.

O Tribunal de Xustiza na súa formación de Gran Sala respondeu, mediante a *sentenza Salaberria Sorondo*, un reenvío prexudicial sobre a conformidade do límite de 35 anos establecido regulamentariamente para o acceso ás prazas da policía autonómica vasca, a *Ertzaintza*, coa Directiva 2000/78/CE.

Neste caso, porén, o Tribunal de Xustiza considerou que as funcións desempeñadas polos corpos de policía das comunidades autónomas eran distintas das encomendadas á Policía Local, porque, por exemplo, a *Ertzaintza* «ten como misión esencial protexer as persoas e os bens, garantir o libre exercicio dos seus dereitos e liberdades e velar pola seguridade cidadá en todo o territorio da Comunidade Autónoma» e, en definitiva, as funcións dos axentes da escala básica da *Ertzaintza* implican tarefas exixentes desde un punto de vista físico.

Polo tanto, e a xuízo do Tribunal de Xustiza, a diferenza de trato en función da idade que resulta da regulación regulamentaria vasca é, por un lado, axeitada ao obxectivo consistente en manter o carácter operativo e o bo funcionamento do servizo de policía e, por outro, non vai máis alá do necesario para alcanzar este obxectivo. Xa que logo, esta regulación autonómica vasca que fixa un límite de idade de 35 anos para acceder á policía autonómica non é contraria á Directiva 2000/78/CE.

A aplicación da Directiva 2000/78/CE, tanto aos empregados públicos como aos do sector privado, segue sendo obxecto de intensa interpretación polo Tribunal de Xustiza, polo que o seu efecto sostido no emprego público español está asegurado no ámbito da discapacidade¹², das crenzas relixiosas¹³, etc. Esta directiva non impide a plena vixencia do principio de non discriminación por razón do sexo. Neste sentido, na *sentenza Jiménez Melgar*, o Tribunal de Xustiza, xunto aos demais tribunais, segue atento ao respecto polos poderes públicos, neste caso un concello, do principio de igualdade por razón do sexo e, en particular, considerou: «na medida en que a falta de renovación dun contrato de traballo de duración determinada estea motivada polo embarazo da traballadora, constitúe unha discriminación directa por razón de sexo» (apartado 47)¹⁴.

12 TXUE, sentenza do 1 de decembro de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917 (discapacidade e accidente laboral).

13 Véxase, *mutatis mutandis*, TXUE (Gran Sala), sentenza do 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions NV, C-157/15, EU:C:2017:203 (normativa empresarial e traballadora con pano islámico); e TXUE (Gran Sala), sentenza do 14 de marzo de 2017, Asma Bougnaoui, C-188/15, EU:C:2017:204 (requirimento empresarial a traballadora con pano islámico).

14 TXCE, sentenza do 4 de outubro de 2001, María Luisa Jiménez Melgar / Concello de Los Barrios, C-438/99, EU:C:2001:509 (non renovación dun contrato laboral temporal a tempo parcial de traballadora embarazada).

3 A aplicación dos dereitos sociais europeos aos empregados públicos españois

A lexislación europea adoptada co fin de lle impor unha dimensión social ao mercado interior europeo acabou en boa medida beneficiando a totalidade dos empregados públicos españois.

Neste sentido, e independentemente da distinta natureza das relacións dos empregados públicos, produciuse unha aplicación a todos eles, sexan funcionarios, estatutarios ou, desde logo, laborais, en dous ámbitos significativos: a ordenación do tempo de traballo dos empregados públicos españois e o dereito ás vacacións.

A ordenación do tempo de traballo dos empregados públicos viuse afectada pola regulación europea e pola interpretación do Tribunal de Xustiza. Para tal efecto, o Tribunal de Xustiza pronunciouse sobre o réxime aplicable aos gardas civís e ao persoal estatutario de saúde.

Na *sentenza SIMAP*, o Tribunal de Xustiza interpreta as directivas 89/391/CEE e 93/104/CE no que se refire á ordenación do tempo de traballo dos equipos médicos de atención primaria da Comunidade Valenciana¹⁵.

O Tribunal de Xustiza recorda que estas directivas se aplican a todos os sectores de actividades, públicas ou privadas, con algunhas excepcións para determinadas actividades específicas da función pública, por exemplo, nas Forzas Armadas ou na policía, ou a determinadas actividades específicas nos servizos de protección civil. Polo tanto, chega á conclusión de que tamén se aplican a unha actividade como á dos médicos de equipos de atención primaria. Das directivas deduce o Tribunal de Xustiza normas específicas aplicables ás gardas de presenza física, o traballo nocturno, o traballo a quendas ou o cómputo da xornada semanal.

En virtude do *auto CIG*, aplícaselles a *xurisprudencia SIMAP* tanto ao persoal médico como ao de enfermaría da sanidade pública galega¹⁶.

Por último, en 2006 o Tribunal de Xustiza considerou que a exclusión do persoal non civil da Administración española da aplicación da Directiva 89/391, que establece os principios xerais en materia de seguridade e de saúde dos traballadores, era contraria ao dereito comunitario europeo¹⁷. Neste caso, o Tribunal de Xustiza sinalou que só caben excepcións á directiva pola natureza específica de certos labores especiais desempeñados polos traballadores dentro dos ditos sectores e non pola pertenza dos traballadores aos distintos sectores, isto é, as Forzas Armadas, a policía e o servizo de protección civil, de xeito que só en situacións excepcionais deixaría de aplicarse a Directiva 89/391, aínda que esta lles exige ás autoridades nacionais que tamén neses casos velen para que a seguridade e a saúde dos traballadores queden aseguradas «na medida do posible».

15 TXCE, sentenza do 3 de outubro de 2000, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) / Consellería de Sanidade e Consumo da Generalitat Valenciana, C-303/98, EU:C:2000:528 (horario e xornada de traballo dos médicos estatutarios valencianos).

16 TXCE, auto do 3 de xullo de 2001, CIG, C-241/99, EU:C:2001:371 (atención continuada dos médicos e enfermeiros estatutarios galegos).

17 TXCE, sentenza do 12 de xaneiro de 2006, Comisión / España (incumprimento da Directiva marco de seguridade e de saúde dos traballadores á policía e Forzas Armadas), C-132/04, EU:C:2006:18.

Así mesmo, en 2010 o Tribunal de Xustiza considerou que España incumpriía a Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos da ordenación do tempo de traballo en relación cos membros das Forzas Armadas e da Garda Civil¹⁸.

Noutros eidos, como é o caso das vacacións, a copiosa xurisprudencia europea ao respecto no ámbito privado tamén se aplica no ámbito público e, en particular, aos empregados públicos españois.

Así o dixo o Tribunal de Xustiza na *sentenza Neidel* respecto dun funcionario, neste caso, bombeiro da cidade de Frankfurt que se xubilara sen ter gozado de vacacións nos tres últimos anos debido a unha enfermidade¹⁹. Sobre o particular, o Tribunal de Xustiza subliñou: «o dereito a vacacións anuais retribuídas non só ten unha importancia especial, pola súa condición de principio do dereito social da Unión, senón que tamén está expresamente recoñecido no artigo 31, apartado 2, da Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea, á que o artigo 6 TUE, apartado 1, lle recoñece o mesmo valor xurídico que aos tratados» (apartado 40), polo que a regulación alemá resulta limitada polo dereito recoñecido polo dereito da Unión.

En suma, a interpretación uniforme das directivas europeas está a provocar unha crecente laborización dos dereitos de todos os empregados públicos españois. Ou, por dicilo de xeito máis neutro, estase a producir unha clara converxencia entre os estatutos dos distintos empregados públicos como consecuencia da aplicación do dereito da Unión Europea.

4 A protección europea dos empregados públicos temporais en España

A protección dos empregados públicos temporais, a través da Directiva 1999/70/CE, que aplica o Acordo marco sobre o traballo con contrato de duración determinada, tivo uns efectos extraordinarios nas regulacións nacionais²⁰.

Nun estudo máis xeral, intentei recompilar e explicar a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza sobre esta Directiva na Unión Europea que se expresou ata 2017 mediante 38 sentenzas e autos interpretativos que afectan de xeito especial a países como España (16), Italia (11) e Grecia (4)²¹.

Por iso agora me centro nos efectos específicos no dereito español e, en particular, cál foi a recepción polos xuíces españois destes criterios que, sen lugar a dúbidas, están a producir efectos de extraordinario alcance no emprego público español ata o punto de cuestionar en certa medida, como xa o fixese en Italia e en Grecia, un principio como o de igualdade, mérito e capacidade no acceso ao emprego público.

18 TXUE, sentenza do 20 de maio de 2010, Comisión / España (aplicación da Directiva sobre ordenación do tempo de traballo ás Forzas Armadas e á Garda Civil), C-158/09, EU:C:2010:292.

19 TXUE, sentenza do 3 de maio de 2012, Georg Neidel / Stadt Frankfurt am Main, C-337/10, EU:C:2012:263 (compensación en caso de enfermidade de funcionario bombeiro por vacacións non gozadas).

20 Directiva 1999/70/CE do Consello, do 28 de xuño de 1999, relativa ao Acordo marco da CES, a UNICE e o CEEP sobre o traballo de duración determinada (DOUE n. 175, do 10 de xullo de 1999, p. 43).

21 ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 127, 2017, pp. 227-253.

En primeiro lugar, a Directiva 1999/70/CE ten unha finalidade clara consistente, por unha parte, en equiparar os empregados temporais cos fixos na medida do posible e sempre que non estea xustificada a distinción e, por outra, pretende loitar contra o abuso na utilización dos contratos temporais. Esta distinción é moi importante porque as solucións nun e noutro caso, desde o punto de vista xudicial, son distintas. En efecto, cando se aprecia unha discriminación do traballador temporal, a solución é aplicarlle a normativa do traballador fixo nunha situación comparable. En cambio, cando existe un abuso na contratación, a solución pode que non veña ben establecida polo lexislador e finalmente sexa o xuíz nacional o que deba atopala sempre e cando sexa efectiva e disuasoria en relación coa finalidade da directiva.

En segundo lugar, a Directiva 1999/70/CE aplícase a todos os empregados públicos. Así se deduce con claridade da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza. Como recorda a *sentenza Márquez Samohano*: «o concepto de traballador con contrato de duración determinada [...] engloba todos os traballadores, sen establecer diferenzas en función do carácter público ou privado do empregador para o que traballan» (apartado 38)²².

Agora ben, cómpre insistir en que esta aplicación a todos os empregados públicos non implica unha equiparación de todos os empregados públicos, senón que a comparación debe facerse entre situacións equivalentes (por exemplo, entre funcionarios, por unha parte, e laborais, por outra). Cabería mesmo admitir unha asimilación entre funcionarios e persoal estatutario, pero non parece que en España todos os empregados públicos teñan en realidade un réxime homoxéneo comparable, como se deduce do EBEP e da repartición do control entre a xurisdición social e a xurisdición contencioso-administrativa.

4.1 A equiparación dos dereitos dos empregados públicos fixos e temporais (cláusula 4.1 do acordo)

En aplicación da directiva e da xurisprudencia europea, estase a conseguir unha igualación dos dereitos dos empregados fixos e os empregados temporais tamén no sector público.

Estes efectos derivan da cláusula 4.1 do acordo, conforme a cal: «Polo que respecta ás condicións de traballo, non poderán tratarse os traballadores cun contrato de duración determinada dun xeito menos favorable que os traballadores fixos comparables polo mero feito de teren un contrato de duración determinada, agás que se xustifique un trato diferente por razóns obxectivas».

Os cambios derivados da aplicación da cláusula 4.1 do acordo foron espectaculares no dereito español na medida en que se viron afectados o recoñecemento de complementos retributivos dos empregados públicos fixos e temporais (trienios, sexenios e carreira profesional), a consideración de méritos obtidos como empregados temporais para os efectos da promoción profesional, a conversión de xornadas a tempo completo en xornadas a tempo parcial, a indemnización por cesamento e, é moi probable, outros ámbitos tan afastados da natureza das relacións temporais como a excedencia.

No dereito español e fronte ao sistema tradicional imperante legalmente ata 2007, todos os empregados públicos temporais conseguiron o recoñecemento dos trienios devindicados. Así

22 TXUE, sentenza do 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano / Universidade Pompeu Fabra, C-190/13, EU:C:2014:146 (terminación dun contrato laboral de profesor asociado a tempo parcial).

aconteceu a partir da *sentenza Del Cerro Alonso*²³, a *sentenza Gavieiro Gavieiro*²⁴, o *auto Montoya Medina*²⁵ e a *sentenza Regojo Dans*²⁶.

Na *sentenza Del Cerro Alonso* resolvíase a reclamación, formulada ante o Xulgado do Social de San Sebastián, dunha auxiliar administrativa que deviñera fixa de cadro de persoal e que solicitaba o recoñecemento, para os efectos de trienios, dos doce anos de servizos prestados como persoal estatutario temporal en diversos hospitais do Servizo Vasco de Saúde.

Na *sentenza Gavieiro Gavieiro*, o Tribunal de Xustiza permitiu recoñecer o dereito de dúas funcionarias da educación non universitaria galega a percibir os trienios devindicados como interinas durante máis de nove anos.

A partir do *auto Montoya Medina* do Tribunal de Xustiza, estableceuse a mesma equiparación entre profesores contratados doutores e profesores axudantes doutores, cunha vinculación laboral coa Universidade de Alacante.

En fin, a *sentenza Regojo Dans* ten a particularidade de recoñecer o dereito aos trienios no caso de persoal eventual, é dicir, de designación política ou de confianza pero que neste caso levaba máis de 31 anos en órganos constitucionais realizando funcións administrativas. O propio Tribunal de Xustiza descobre que, cando os funcionarios de carreira son nomeados persoal eventual, perciben os trienios que se lle negan a este persoal. Polo tanto, o Tribunal de Xustiza acaba recoñecéndolle tamén ao persoal eventual os trienios, en aplicación da cláusula 4.1 do acordo.

Non obstante, o Tribunal Supremo, ao resolver o *asunto Regojo Dans*, trata de limitalo unicamente ao persoal eventual que desempeña labores de oficina de colaboración que son propios da categoría de auxiliar administrativo, pero isto «non significa que calquera posto desempeñado por persoal eventual se atope necesariamente nunha situación comparable á dos funcionarios de carreira»²⁷.

Practicamente nos mesmos termos, o Tribunal de Xustiza recoñeceu o dereito dos funcionarios docentes non universitarios á percepción dos denominados sexenios. Así, o *auto Lorenzo Martínez* considerou que era contraria á cláusula 4.1 do acordo a normativa española que reservaba, sen ningunha xustificación por razóns obxectivas, o dereito a percibir o complemento retributivo por formación permanente unicamente aos profesores funcionarios de carreira, excluindo os profesores funcionarios interinos, cando, en relación coa percepción

23 TXCE, sentenza do 13 de setembro de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509 (trienios do persoal estatutario de saúde no País Vasco).

24 TXUE, sentenza do 22 de decembro de 2010, Rosa María Gavieiro Gavieiro e Ana María Iglesias Torres / Consellería de Educación e Ordenación Universitaria da Xunta de Galicia, C-444/09 e C-456/09, EU:C:2010:819 (recoñecemento de trienios do persoal docente interino non universitario).

25 TXUE, auto do 18 de marzo de 2011, David Montoya Medina / Fondo de Garantía Salarial e Universidade de Alacante, C-273/10, EU:C:2011:167 (trienios de docente universitario interino).

26 TXUE, sentenza do 9 de xullo de 2015, María José Regojo Dans / Consello de Estado, C-177/14, EU:C:2015:450 (trienios do persoal eventual ou de confianza política das administracións españolas).

27 Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 7.ª), sentenza do 21 de xaneiro de 2016, recurso n. 526/2012, ES:TS:2016:180, relator: Maurandi Guillén (antigüidade do persoal eventual no *asunto Regojo Dans*).

do dito complemento, ambas as dúas categorías de traballadores se achán en situacións comparables²⁸.

Támén a carreira profesional, complemento retributivo que se estableceu unicamente en favor dos empregados públicos fixos, tivo que ser ampliada aos empregados públicos temporais por aplicación da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza. No *auto Álvarez Santirso*, o Tribunal de Xustiza considerou que era contraria á directiva a reserva aos funcionarios de carreira da participación no plan de avaliación da función docente e do incentivo correspondente, excluindo os funcionarios interinos²⁹.

A conversión de xornada a tempo completo en xornada a tempo parcial é discriminatoria cando esta medida afecta unicamente a empregados públicos temporais. Así o recoñeceu o Tribunal de Xustiza no *auto Rodrigo Sanz*, en resposta a un reenvío prexudicial relativo á decisión da Universidade Politécnica de Madrid de transformar a xornada a tempo completo en xornada a tempo parcial de determinados profesores interinos. Neste caso a lei de orzamentos da Comunidade de Madrid para 2012 permitira reducir a xornada dalgúns profesores interinos a tempo completo que non fosen doutores, o que supuxo a redución da xornada e o soldo dun profesor interino que levaba máis de 30 anos como docente. Non obstante, o Tribunal de Xustiza considerou que esta discriminación era contraria á cláusula 4.1 do acordo, sen que poida xustificarse por razóns orzamentarias nin de autoorganización. Por se quedase algunha dúbida, o Tribunal de Xustiza subliñou que a cláusula 4.1 do acordo marco era incondicional e suficientemente precisa para ser invocada polos particulares ante un xuíz e fronte ás autoridades públicas.

Tampouco é admisible discriminar, á hora de determinar o valor da experiencia profesional, os empregados públicos fixos en detrimento dos temporais.

Na *sentenza Rosado Santana*, o Tribunal de Xustiza considera que, para os efectos da promoción interna dos funcionarios, é contrario ao artigo 4.1 do acordo que os períodos de servizo cumpridos por un funcionario interino dunha Administración pública que xa adquiriu a condición de funcionario de carreira non sexan tidos en conta para o acceso a unha promoción interna. O propio Tribunal de Xustiza chega a subliñar: «o mero feito de que o funcionario interino teña cumprido os ditos períodos de servizo sobre a base dun contrato ou dunha relación de servizo de duración determinada non constitúe tal razón obxectiva» (apartado 85).

Non obstante, na mesma sentenza o Tribunal de Xustiza advertira da facultade de apreciación das autoridades nacionais para aplicar a directiva que lles permite «establecer requisitos de antigüidade para acceder a determinados postos, restrinxir o acceso á promoción interna aos funcionarios de carreira e exixir-lles que demostren ter unha experiencia profesional correspondente ao grupo inmediatamente inferior ao que é obxecto do proceso selectivo» (apartado 75).

A indemnización por cesamento dos empregados públicos non pode aplicarse discriminatoriamente. Esta é a interpretación que fai o Tribunal de Xustiza na *sentenza De Diego*

28 TXUE, auto do 9 de febreiro de 2012, María Jesús Lorenzo Martínez / Xunta de Castela e León, C-556/11, EU:C:2012:67 (complemento retributivo por formación ou sexenios de docentes interinos non universitarios).

29 TXUE, auto do 21 de setembro de 2016, Carlos Álvarez Santirso / Consellaría de Educación, Cultura e Deporte do Principado de Asturias, C-631/15, EU:C:2016:725 (carreira profesional dos profesores interinos non universitarios).

*Porras*³⁰. Neste caso tratábase dunha interina laboral do Ministerio de Defensa que rematou o contrato como consecuencia da incorporación da traballadora á cal substituíra mentres cumpría funcións sindicais.

A cuestión máis espiñenta que tivo que resolver o Tribunal de Xustiza referíase á comparación da traballadora interina, sen dereito a indemnización, cunha traballadora fixa que tivese tido dereito a indemnización por cesamento. O Tribunal de Xustiza chegou á conclusión de que non quedaba xustificada a discriminación que se establece no dereito español e, ademais, o propio dereito español prevé a concesión dunha indemnización por finalización do contrato a outras categorías de traballadores con contrato de duración determinada.

A excedencia tamén é un ámbito aboado para a discriminación entre funcionarios de carreira e interinos, tal como expuxo ao Tribunal de Xustiza a avogada xeral Sharpston no *asunto Vega González*, no que lle reconece o dereito a non ser discriminada no exercicio dos dereitos derivados da excedencia, neste caso o pase á situación de servizos especiais mentres o interino exerce un cargo público representativo, aplicados aos funcionarios de carreira³¹. Como sinala a avogada xeral, «a Sra. Vega González non solicitou unha garantía absoluta de reincorporación ao final do seu mandato na Xunta Xeral do Principado de Asturias, senón que solicitou o dereito a reincorporarse se, naquel momento, o posto que ocupaba a) non fose amortizado e b) non estivese ocupado por un funcionario de carreira» (punto 42).

O Tribunal de Xustiza acabou aceptando esta interpretación na *sentenza Vega González*, conforme a cal ao funcionario interino «se lle garantiría o reingreso no seu posto, sempre que, entremetres, non tivese sido amortizado ou ocupado por un funcionario de carreira» (apartado 50)³².

4.2 As medidas contra o abuso na contratación temporal no emprego público (cláusula 5.1 do acordo)

A cláusula 5.1 do acordo ten outra finalidade e presenta problemas de diferente índole. Con esta previsión, a directiva trata de loitar contra o encadeamento abusivo de contratos temporais, o cal no caso do emprego público afecta seriamente ao principio constitucional de igualdade, mérito e capacidade, dada a xeneralización deste tipo de contratos ou nomeamentos no ámbito laboral, estatutario ou funcional.

O problema máis importante que atopa a aplicación desta cláusula 5.1 do acordo é que non fose incorporada polo lexislador ao dereito nacional. En efecto, e a diferenza da cláusula 4.1, a cláusula 5.1 non ten efecto directo, senón que enuncia unha obriga dos Estados membros de introducir, para previr os abusos pola utilización sucesiva de contratos ou relacións laborais de duración determinada e de acordo coas necesidades dos distintos sectores e categorías dos traballadores, unha ou varias medidas legais. O acordo refírese concretamente a tres: medidas protectoras vinculadas a razóns obxectivas que xustifiquen a renovación de tales

30 TXUE, sentenza do 14 de setembro de 2016, Ana de Diego Porras / Ministerio de Defensa, C-596/14, EU:C:2016:683 (contrato de duración determinada e indemnización por cesamento de interina laboral).

31 TXUE, Conclusións da avogada xeral Eleanor Sharpston, do 7 de setembro de 2017, Margarita Isabel Vega González / Consellaría de Facenda e Sector Público do Principado de Asturias, C-158/16, EU:C:2017:647 (excedencia especial con reserva de posto de funcionaria interina).

32 TXUE, sentenza do 20 de decembro de 2017, Margarita Vega González / Principado de Asturias, C-158/16, EU:C:2017:1014 (Directiva 1999/70 e servizos especiais ou excedencia de funcionaria interina).

contratos; fixación dunha duración máxima total dos sucesivos contratos; e limitación do número de renovacións.

A directiva intentou incorporarse ao dereito español a través dunha lei de 2001, referida unicamente aos empregados públicos laborais³³. Pero formalmente non se intentou, salvo fragmentariamente en materia de trienios e execución de programas de carácter temporal, tal como se recolle no EBEP, ou en relación co persoal estatutario temporal do estatuto marco³⁴, a transposición da directiva en relación cos funcionarios nin co persoal estatutario de saúde³⁵. En todo caso, a xurisprudencia europea revelou reiteradamente que a transposición en España ou non existe ou é errónea. Polo tanto, de acordo coa xurisprudencia europea, os remedios contra o abuso no emprego público temporal irán desde a indemnización ata a transformación en indefinido non fixo da relación do empregado coa Administración. Así o explicou o Tribunal de Xustiza no *auto León Medialdea*³⁶ e nas *sentenzas Márquez Samohano, Pérez López*³⁷ e *Martínez Andrés*³⁸.

O *auto León Medialdea* refírese ao abuso da contratación laboral temporal por un Concello granadino que este resolve coa amortización do posto de traballo e a finalización da relación laboral sen indemnización ningunha. Non obstante, e a xuízo do Tribunal de Xustiza, a directiva non impón unha obriga xeral de transformar os contratos de traballo de duración determinada en contratos por tempo indefinido. Agora ben, é contraria á Directiva 1999/70 unha amortización da praza sen aboarlle indemnización. Neste caso a opción para o Tribunal de Xustiza é clara fronte ao uso abusivo da contratación laboral temporal do Concello: a indemnización da traballadora como consecuencia da amortización do seu posto de traballo.

A *sentenza Márquez Samohano* referíase á non renovación dun contrato laboral dun profesor asociado universitario. Neste caso, o Tribunal de Xustiza responde que a renovación sucesiva destes contratos de traballo pode estar xustificada por unha razón obxectiva, se o profesor asociado é un profesional de prestixio que desenvolve o seu labor fóra da universidade; non obstante, a renovación de contratos de asociado para atender a necesidades que en realidade non teñen carácter temporal, senón moi ao contrario permanente e duradeiro, non está xustificada polo dereito da Unión.

Na *sentenza Pérez López*, o Tribunal de Xustiza aborda o abuso do encadeamento abusivo de nomeamentos de persoal estatutario, unha enfermeira do Servizo Madrileño de Saúde á que lle renovaron en numerosas ocasións o seu nomeamento.

33 Lei 12/2001, do 9 de xullo, de medidas urxentes de reforma do mercado de traballo para o incremento do emprego e a mellora da súa calidade (BOE n. 164, do 10 de xullo de 2001).

34 Lei 55/2003, do 16 de decembro, do Estatuto marco do persoal estatutario dos servizos de saúde (BOE n. 301, do 17 de decembro de 2003).

35 ALDOMÀ BUIXADÉ, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública*, Deputación de Barcelona, Barcelona, 2015, p. 10, dispoñible en http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL_aplicacion_principio_no_discriminacion_personal_temporal.pdf (última consulta 16/09/2017).

36 TXUE, auto do 11 de decembro de 2014, Marta León Medialdea / Concello de Huétor Vega, C-86/14, EU:C:2014:2447 (remedios contra os abusos do encadeamento de contratos de duración determinada).

37 TXUE, sentenza do 14 de setembro de 2016, María Elena Pérez López / Servizo Madrileño de Saúde, C-16/15, EU:C:2016:679 (contratos de duración determinada e nomeamentos sucesivos de persoal estatutario temporal).

38 TXUE, sentenza do 14 de setembro de 2016, Florentina Martínez Andrés / Servizo Vasco de Saúde, e Juan Carlos Castrejana López / Concello de Vitoria, C-184/15 e C-197/15, EU:C:2016:680 (contratos de duración determinada de persoal estatutario temporal e de funcionario interino).

Recordando a xurisprudencia previa, o Tribunal de Xustiza sinala: «cando se produciu unha utilización abusiva de contratos de traballo de duración determinada sucesivos, é indispensable poder aplicar algunha medida que ofrezga garantías de protección dos traballadores efectivas, co obxecto de sancionar debidamente o dito abuso e eliminar as consecuencias da infracción do dereito da Unión» (apartado 33).

Non obstante, o Tribunal de Xustiza tamén precisa que é posible e está xustificado o recurso ao emprego temporal porque: «nunha Administración que dispón de numeroso persoal, como o sector da sanidade pública, é inevitable que con frecuencia sexan necesarias substitucións temporais a causa, en particular, da indispoñibilidade de membros do persoal en situación de baixa por enfermidade, de permiso de maternidade ou de permiso parenteral ou outras (apartado 45). En cambio, o Tribunal de Xustiza non admite que «nomeamentos de duración determinada poidan renovarse para desempeñar de xeito permanente e estable funcións dos servizos de saúde incluídas na actividade normal do persoal estatutario fixo» (apartado 47).

Unha vez comprobado o uso abusivo do nomeamento de persoal estatutario, o Tribunal de Xustiza busca os remedios equivalentes e efectivos, chegando á conclusión de que «a creación dun posto fixo e a conversión dun contrato de duración determinada nunha relación laboral por tempo indefinido [poden] ser un recurso eficaz contra a utilización abusiva dos contratos temporais» (apartado 53).

Non obstante, o Tribunal de Xustiza volve rexeitar nesta *sentenza Pérez López*, como o fixera no xa comentado *auto Rivas Montes*, a pregunta sobre a comparación entre persoal laboral e persoal funcionario ou estatutario, dado que a comparación entre fixos e temporais procede unicamente dentro de cada categoría de empregado público.

En fin, a *sentenza Martínez Andrés* refírese ao abuso nos nomeamentos temporais do persoal estatutario temporal do Servizo Vasco de Saúde e dun funcionario interino do Concello de Vitoria.

En primeiro lugar, a solución fronte ao abuso, di o Tribunal de Xustiza, debe pasar por medidas proporcionadas, efectivas e disuasorias para garantir a plena eficacia das normas adoptadas en aplicación do acordo (apartado 36).

En segundo lugar, a xuízo do Tribunal de Xustiza, é posible que a utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada corra sortes diferentes nun Estado membro segundo estes contratos fosen asinados cun empregador do sector privado ou do sector público (apartado 40).

En terceiro lugar, o Tribunal de Xustiza sinala que sempre ten que haber unha medida efectiva e disuasoria, de xeito que, se «non existe ningunha medida equivalente e eficaz de protección respecto do persoal que presta servizos nas administracións públicas en réxime de dereito administrativo, a asimilación do dito persoal con relacións de servizo de duración determinada aos traballadores indefinidos non fixos, conforme a xurisprudencia nacional existente, podería ser unha medida apta para sancionar a utilización abusiva dos contratos de traballo de duración determinada e eliminar as consecuencias da infracción do disposto no acordo marco» (apartado 53).

Regap



NOTAS

4.3 Os efectos europeos da Directiva 1999/70 na xurisprudencia laboral e contencioso-administrativa dos tribunais españois

A xurisprudencia española empezou a deducir todas as consecuencias tanto no caso de equiparación entre empregados públicos fixos e temporais como nos supostos de abuso da contratación temporal de empregados públicos. Non obstante, en ocasións relacionadas precisamente coa aplicación da Directiva 1999/70, a xurisprudencia europea atopou algunhas resistencias para a súa aplicación polos xuíces españois. Non obstante, estas resistencias foron combatidas e superadas mediante a adopción de leis³⁹ ou coa axuda do mesmo Tribunal Constitucional español⁴⁰.

Agora ben, as respostas da xurisdición laboral e da xurisdición contencioso-administrativa non son uniformes e teñen preocupacións moi distintas.

No ámbito da xurisdición social abriuse un importante debate sobre o alcance da igualación da indemnización aplicada, como parece deducirse da xurisprudencia europea, a todo tipo de contratos temporais⁴¹. Non obstante, no caso de abuso de contratacións temporais, a xurisdición laboral non parece ter maiores problemas ao recorrer á figura do indefinido non fixo, creado xurisprudencialmente e consagrado legalmente no artigo 8 EBEP.

En cambio, na xurisdición contencioso-administrativa a cuestión da indemnización por cesamento non parece ter maiores problemas na medida en que non hai previsión ningunha de indemnización por cesamento de funcionario de carreira ou estatutario fixo. Non obstante, constitúe un verdadeiro desafío para os xuíces do contencioso-administrativo introducir no réxime español da función pública e, en menor medida, no ámbito do persoal estatutario a figura do funcionario (ou persoal estatutario) indefinido non fixo⁴².

4.3.1 A aplicación da cláusula 4.1 do acordo: a equiparación de indemnizacións por cesamento a todos os empregados públicos temporais?

O alcance da cláusula 4.1 do acordo segue formulando interrogantes entre os xuíces españois que volveron preguntar ao Tribunal de Xustiza en varios supostos, especialmente no que se refire ao alcance da equiparación entre fixos e laborais para os efectos de recoñecer a indemnización por cesamento ou despedimento.

En efecto, o alcance da indemnización por cesamento do persoal temporal supón a gran preocupación dos tribunais españois que tratan de buscar unha clarificación da *sentenza De Diego Porras*, tanto no emprego privado como no emprego público.

39 Lei andaluza 2/2016, do 11 de maio, pola que se modifica a Lei 6/1985, do 28 de novembro, de ordenación da función pública da Junta de Andalucía (BOE n. 129, do 28 de maio de 2016).

40 TC (Pleno), sentenza n. 232/2015, do 5 de novembro de 2015, ES:TC:2015:232, relator: Enríquez Sancho (amparo por non aplicación da *xurisprudencia Lorenzo Martínez* en materia de sexenios de funcionarios docentes). Previamente e nunha situación similar, a actitude fora totalmente pasiva: TC (Pleno), sentenza n. 212/2014, do 18 de decembro de 2014, relator: González-Trevijano Sánchez (aplicación da *xurisprudencia Rosado Santana* do Tribunal de Xustiza e cuestión prexudicial).

41 GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016", *La Ley Unión Europea*, n. 41, 2016.

42 CANTERO MARTÍNEZ, J., "El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 12, 2017, pp. 8-29.

No ámbito da xurisdición social, a equiparación entre os temporais e os fixos laborais segue suscitando problemas interpretativos, como demostra o *asunto De Diego Porras*.

A demanda fora desestimada polo Xulgado do Social, pero en suplicación o Tribunal Superior madrileño formulou a cuestión prexudicial e, apoiándose na Directiva 1999/70 e á vista da interpretación do Tribunal de Xustiza, concluíu que non se podía discriminar a traballadora «en canto á indemnización pola extinción da relación laboral, como consecuencia do tipo de contrato suscrito e, por conseguinte, ten dereito a igual indemnización que a que lle correspondería a un traballador fixo comparable de extinguirse o seu contrato por outra causa obxectiva, sendo neste caso evidente a igualdade nos termos de comparación respecto da traballadora á que veu substituíndo»⁴³. En consecuencia, o tribunal madrileño declarou extinguido o contrato entre Ana de Diego Porras e o Ministerio de Defensa, pero condenou o Ministerio a aboar unha indemnización de 6.141,85 euros correspondentes a 20 días por mes en relación cos máis de sete anos vinculada interinamente á Administración. Non obstante, en casación ante o Tribunal Supremo, a Sala do Social acaba de formular en vía prexudicial, en virtude do auto do 25 de outubro de 2017, unha nova cuestión⁴⁴.

A reacción dos expertos e da xurisdición social tratou de limitar unha xeneralización da indemnización polo cesamento dos traballadores temporais.

Por unha parte, en 2017, dentro do Grupo de Expertos do Ministerio de Traballo, subliñouse «a confusión conceptual en que incorre a sentenza de referencia ao equiparar as que denomina “razóns obxectivas” de finalización dos contratos de duración determinada (configuradas na cláusula 3 do Acordo marco anexo á Directiva 1999/70/CE como causas de extinción que se producen por razóns alleas á vontade das partes) coa extinción por vontade do empresario baseada na causa obxectiva prevista no artigo 52. c) ET; unha distinción esta que coñecen todos os ordenamentos dos Estados membros, que é compatible co Acordo marco e que tamén se acolle, acertadamente, noutras decisións do tribunal europeo (recentemente, na sentenza do 13 de maio de 2015, *caso Rabal Cañas*)»⁴⁵. O propio Tribunal de Xustiza da Unión Europea chegou a recoñecer, inusitadamente, ante a prensa española en Luxemburgo que poderían non ter entendido a cuestión prexudicial, podendo emendarse a dita incompreensión mediante futuros reenvíos⁴⁶.

Por outra parte, antes que a Sala do Social do Tribunal Supremo, outros tribunais do social reaccionaran formulando novas cuestións prexudiciais.

Así, fíxoo xa en 2016 a Sala do Social do Tribunal Superior de Galicia, cando preguntou no *asunto Grupo Norte Facility* se era comparable a extinción do contrato de traballo no Estatuto dos traballadores ben por “circunstancias obxectivas” (art. 49.1.c) ben por “causas

43 TSX Madrid (Sala Social, Sección 3.ª), sentenza do 5 de outubro de 2016, recurso n. 246/2014, ES:TSXM:2016:8982, relator: García Alarcón (*asunto Ana de Diego Porras*, indemnización por remate de contrato de interinaxe laboral no sector público).

44 TS (Sala Social), auto do 25 de outubro de 2017, recurso 3970/2016, relator: Arastey Sahún (cuestión prexudicial sobre o alcance da xurisdición de *De Diego Porras*); ante o Tribunal de Xustiza rexistrouse como asunto C-619/17.

45 Conclusións provisionais do Grupo de Expertos sobre a STXUE 14.9.2016, caso De Diego Porras, do 19 de febreiro de 2017, nomeado polo Ministerio de Traballo e Seguridade Social.

46 A esta situación contribuíu que o propio presidente do Tribunal de Xustiza da Unión Europea recoñecese o 17 de febreiro de 2017 en Madrid que sería moi probable unha reconsideración da xurisprudencia De Diego Porras; véxase, *El presidente del TJUE señala que la cuestión sobre la indemnización de los interinos “no ha terminado”*, Europa Press, Madrid, 17/02/2017, dispoñible en <http://www.europapress.es/economia/legal-00345/noticia-presidente-tjue-senala-cuestion-indemnizacion-interinos-no-terminado-20170217144257.html> (último acceso 24/09/2017).

obxectivas” (art. 52)⁴⁷. Con iso, o tribunal galego pretende saber se se aplica a cláusula 4.1 do acordo a unha indemnización pola extinción laboral dun contrato de relevo que é por natureza de duración determinada, cuestión prexudicial que reitera en 2017 no *asunto Rodríguez Otero* respecto do emprego público⁴⁸.

O Xulgado do Social n. 33 de Madrid tamén accedeu ao Tribunal de Xustiza, no *asunto Montero Mateos*, para saber se é conforme coa directiva a non indemnización pola extinción dun contrato temporal de interinidade para cobertura de vacante por vencemento do termo que deu lugar á súa subscrición entre un organismo público e a traballadora, mentres que no caso dun traballador fixo comparable que foi despedido por unha causa obxectiva se prevé unha indemnización de 20 días por ano⁴⁹.

De feito, a avogada Genera J. Kokott xa se pronunciou sobre dous destes asuntos e sinalou con toda claridade a necesidade de reformular a cuestión: «Este asunto dálle ao Tribunal de Xustiza a oportunidade de afondar especialmente neste aspecto –ao que, ao meu xuízo, non se prestou suficiente atención na sentenza De Diego Porras– e de reconsiderar a súa xurisprudencia a este respecto»⁵⁰.

Tamén o Xulgado do Social de Terrasa lle remitiu no *asunto Vernaza Ayovi* varias cuestións ao Tribunal de Xustiza sobre a diferente resposta legal do dereito español ante un despedimento disciplinario considerado improcedente: tratándose dun traballador fixo ao servizo das administracións públicas, debe readmitirse, pero se é indefinido ou temporal, realizando as mesmas funcións que un fixo, outorga a posibilidade de non readmitilo a cambio dunha indemnización. A pregunta refírese tanto ao artigo 4.1 do acordo como ao artigo 20 da Carta de dereitos fundamentais da Unión Europea⁵¹.

En fin, a Sala do Social do Tribunal Supremo, no *asunto De Diego Porras II*, pídelle ao Tribunal de Xustiza que aclare «se, á luz da directiva, sería exixible que, en todo caso, a extinción dun contrato temporal por cumprimento da súa finalidade debe levar consigo o dereito a unha indemnización e, en tal caso, se a dita indemnización debe establecerse de forma análoga á que o mesmo ordenamento establece para as demais causas de extinción dos contratos de traballo».

Polo tanto, parece que os tribunais do social en España se puxeron de acordo en que o Tribunal de Xustiza clarifique o alcance da *xurisprudencia De Diego Porras*. Deste xeito, parece que se poderá impor un pouco de orde no que se refire á aplicación da cláusula 4.1 do acordo e o réxime aplicable de equiparación de indemnizacións, aínda que non pode deixar de subliñarse que o Tribunal de Xustiza ditou xa case 40 sentenzas referidas á Directiva 1999/70 e á súa interpretación.

47 TXUE, reenvío prexudicial Grupo Norte Facility S. A. / Ángel Manuel Moreira Gómez, C-574/16.

48 TXUE, reenvío prexudicial Simón Rodríguez Otero / Televisión de Galicia, S. A., C-212/17.

49 TXUE, reenvío prexudicial Montero Mateos / Axencia Madrileña de Atención Social da Consellaría de Políticas Sociais e Familia da Comunidade Autónoma de Madrid, C-677/16.

50 Conclusións da Avogada Genera J. Kokott, do 20 de decembro de 2017, C-574/16, Grupo Norte Facility, EU:C:2017:1022; e C-677/16, Montero Mateos, EU:C:2017:1021, apartados 53 e 48, respectivamente.

51 TXUE, reenvío prexudicial, Gardenia Vernaza Ayovi / Consorci Sanitari de Terrasa, C-96/17.

En cambio, na xurisdición contencioso-administrativa, a falta de comparación dunha pretendida indemnización por cesamento de funcionarios de carreira ou estatutario fixo parece descartar a necesidade de indemnizar o cesamento de funcionarios interinos ou estatutarios temporais⁵². Non obstante, algúns xulgados comezaron a aplicar a mesma doutrina que no ámbito social sen teren en conta, ao meu xuízo, o requisito da comparabilidade⁵³. En todo caso, a presión dos funcionarios e do persoal estatutario pretenderá e probablemente consiga aplicar as mesmas vantaxes sociais previstas no ámbito estritamente das relacións laborais⁵⁴.

De xeito complementario, os xuíces españois seguen abrindo novos camiños na aplicación da Directiva 1999/70 no que se refire ao ámbito educativo en todos os niveis.

A Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela-A Mancha pregúntalle ao Tribunal de Xustiza sobre o réxime temporal dos funcionarios docentes non universitarios durante as vacacións escolares, en xuño e agosto, e que son contratados novamente en setembro, no *asunto Viejobueno Ibáñez*⁵⁵.

No ámbito do complemento de carreira profesional de funcionario universitario, o Xulgado do Contencioso-administrativo de Zaragoza pregúntalle ao Tribunal de Xustiza, no *asunto Centeno Meléndez*, se o artigo 4.1 do convenio é aplicable ao complemento retributivo de carreira horizontal⁵⁶.

4.3.2 A aplicación da cláusula 5.1 do acordo en España: a xeneralización do emprego público indefinido non fixo?

En caso de abuso na contratación temporal, fórmulanse problemas moi distintos na xurisdición social e na contencioso-administrativa, na medida en que unha xa conta cunha figura, como é a do traballador indefinido non fixo, que resulta difícil de aplicar ao persoal estatutario e, de xeito especial, aos funcionarios.

En efecto, a solución da xurisdición social cando hai abuso parece clara: a conversión do empregado público en traballador indefinido non fixo. Non obstante, os xuíces do social tiveron algúns problemas para aplicar correctamente a *xurisprudencia Márquez Samohano* á hora de determinar a existencia ou non do abuso na contratación laboral dun profesor asociado.

52 Véxase, por exemplo, a sentenza do Xulgado do Contencioso-administrativo n. 13 de Barcelona, do 8 de xuño de 2017, recurso n. 419/2016, ES:XCA:2017:1028, relator: Alcover Povo (cesamento de persoal estatutario interino). Nesta sentenza razónase convincentemente: «a diferenza de trato en que o actor fundamenta a súa petición non se establecería entre traballadores con contrato de duración determinada e traballadores con contrato indefinido, senón entre persoal estatutario e persoal laboral, o que determina que non sexan aplicables a este caso nin a directiva citada, nin a doutrina establecida polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea citada polo actor».

53 Xulgado do Contencioso-administrativo n. 2 da Coruña, sentenza do 30 de xuño de 2017, recurso n. 78/2017, ES:XCA:2017:488, relator: García Llovet (indemnización de 20 días por ano como funcionario interino).

54 Así o propugna, por exemplo, MOLINA NAVARRETE, C., “La doctrina «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿«Noble sueño» o «nueva pesadilla»?”, *Diario La Ley*, n. 9053, de 3 de outubro de 2017; en cambio, pronúnciase en contra GIMÉNEZ ONTANÓN, V., “Sobre el derecho de los empleados públicos interinos a recibir una indemnización a su cese”, *Diario La Ley*, n. 9069, do 26 de outubro de 2017.

55 TXUE, C-245/17, Pedro Viejobueno Ibáñez e Emilia de la Vara González / Consellaría de Educación de Castela-A Mancha. Algúns xuíces non consideran necesario, á vista da xurisprudencia europea, formular unha cuestión prexudicial; véxase, por exemplo, a sentenza 166/2017 do 30 de maio de 2017 do Xulgado do Contencioso-administrativo n. 11 de Madrid, recurso n. 87/2017, maxistrado: Torres Martínez; publicada en *Diario La Ley*, n. 9031, 28 de xullo de 2017, Editorial Wolters Kluwer, Madrid.

56 TXUE, reenvío prexudicial Piar Centeno Meléndez / Universidade de Zaragoza, C-315/17.

Así, a Sala do Social do Tribunal Supremo tivo que revogar senllas sentenzas de suplicación do Tribunal Superior catalán para conferir plenos efectos á sentenza do Xulgado do Social de Barcelona, que apreciara un abuso na contratación de dous profesores asociados, un da Universidade Pompeu Fabra⁵⁷ e o outro da Universidade de Barcelona⁵⁸.

No caso da sentenza relativa ao profesor Antonio Márquez Samohano, da Pompeu Fabra, o Tribunal Supremo aplica detalladamente a xurisprudencia deducida polo Tribunal de Xustiza e, a diferenza do que se fai en suplicación e nos termos sentados polo Xulgado do Social n. 3 de Barcelona, que formulara a cuestión prexudicial, constata: «Ao non se acreditar a causa da temporalidade e constar que a actividade desenvolvida polo actor cubría necesidades permanentes da Universidade, polo que o contrato é fraudulento, este ten carácter indefinido, de conformidade co artigo 15.3 do ET. Neste suposto, ao ser a empregadora unha Administración pública, a relación laboral será indefinida non fixa».

Na sentenza relativa ao profesor da Universidade de Barcelona, o Tribunal Supremo aplica a cláusula 5.1 do acordo e chega á conclusión de que «a sucesiva concatenación de contratos temporais baixo o formal amparo de modalidades contractuais específicas do ámbito universitario que non cumprían materialmente os requisitos e as finalidades previstas legalmente implicou unha actuación fraudulenta que determinou, por ministerio da lei, a consideración de que existía un contrato de carácter indefinido non fixo, cuxa unilateral extinción baixo a alegación de finalización dunha duración temporal inexistente debeu cualificarse como despedimento improcedente».

Na xurisdición contencioso-administrativa tamén é complexa a determinación do abuso polos nomeamentos temporais de funcionarios e persoal estatutario, pero resulta aínda máis difícil determinar a solución efectiva e disuasoria que deben dar os xuíces ao non haber previsións lexislativas apropiadas.

A non constatación do abuso é unha saída airosa dos tribunais contencioso-administrativos, que, así, non se enfrontan ao espiñento tema da solución efectiva e disuasoria.

Así, por exemplo, a Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Madrid desestima un recurso de persoal estatutario e elabora unha interesante interpretación do réxime protector do artigo 9 do Estatuto marco do persoal sanitario, «cuxa redacción concreta non é desconforme coa directiva e, en consecuencia, se se realizan máis de dous nomeamentos para a prestación dos mesmos servizos por un período acumulado de 12 ou máis meses nun período de dous anos, e se a Administración non procede de oficio ao estudo das causas que o motivaron, para valorar, se é o caso, se procede a creación dunha praza estrutural no persoal do centro, poderán os interesados (que o serán non só o contratado eventual, senón tamén os integrantes da bolsa de interinos, que puidesen ocupar esta se fose creada, ou as organizacións sindicais en representación dos seus afiliados) exixir o dito estudo, ben entendido que, no caso de que a Administración procedese á creación da praza, correspondería a súa ocupación en réxime de interinidade pola persoa a determinar segundo a normativa de aplicación, ata que fose adxudicada polas canles ordinarias, mentres que,

57 Tribunal Supremo (Sala 4.ª), sentenza do 22 de xuño de 2015, recurso n. 3047/2015, ES:TS:2017:2703, relator: Segoviano Astaburuaga (abuso na contratación do profesor asociado Antonio Márquez Samohano, da Universidade Pompeu Fabra).

58 Tribunal Supremo (Sala 4.ª), sentenza do 1 de xuño de 2017, recurso n. 2890/2015, ES:TS:2017:2419, relator: Blasco Pellicer (abuso na contratación de profesor asociado da Universidade de Barcelona); véxase o comentario de CANO GALÁN, Y., "Contratación temporal en el ámbito universitario ¿pueden existir los profesores asociados?", *Diario La Ley*, n. 9027, 24 de xullo de 2017.

no caso de considerar que non procedía a creación de praza estrutural, quedaría vedada a posibilidade de subscribir novos contratos estatutarios eventuais para atender a mesma necesidade ou servizo»⁵⁹.

Do mesmo modo, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia subliñou prudentemente: «A citada [sentenza que resolve os asuntos acumulados “Martínez Andrés” e “Castrejana López”, asunto C-184/15 (persoal eventual) e C-197/15 (interino)] deixa en mans do xulgador nacional a apreciación da concorrencia ou non da fraude na contratación, de xeito que só cando se albisca a dita fraude, por utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada e concatenación irregular das contratacións, cabe aplicar o criterio que na devandita sentenza se enuncia»⁶⁰. Non obstante, o tribunal galego, despois dunha análise detallada do caso, non aprecia a utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada e concatenación irregular das contratacións, polo que non se produce o suposto de feito ao que deba aplicarse a xurisprudencia europea.

En cambio, unha vez comprobado o abuso, a solución xa resulta máis controvertida, aínda que fose a apuntada polo Tribunal de Xustiza na sentenza relativa aos *asuntos Martínez Andrés e Castrejana López*, que consistiu, en realidade, en aplicar no ámbito contencioso-administrativo unha figura tan peculiar como a de funcionario indefinido non fixo.

Por unha parte, no *asunto Martínez Andrés*, o Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco, ao comprobar unha utilización fraudulenta de nomeamentos administrativos para a prestación de servizos de natureza temporal, declara a relación dunha estatutaria como indefinida non fixa respecto do Servizo Vasco de Saúde⁶¹. O Xulgado do Contencioso-administrativo de Bilbao desestimara o recurso. Non obstante, e en apelación, a sala vasca adopta, sen maiores contemplacións, a seguinte solución: «a apelante continuará vinculada á demandada como persoal indefinido non fixo ata que a praza se cubra regulamentariamente ou se amortice ou sexa analizada pola demandada a procedencia ou non de converter a praza temporal en estrutural e decidida a súa amortización definitiva ou creación e cobertura regulamentaria. No suposto de resultar necesario o seu cesamento, xustificando este, percibirá a interesada a indemnización sinalada polo TXUE de se manteren as circunstancias legais actuais».

Por outra banda, o mesmo tribunal vasco resolve o litixio que enfrontaba o arquitecto municipal Juan Carlos Castrejana López co Concello de Vitoria do seguinte xeito: «a solución ao caso consiste en aplicar a mesma xurisprudencia consolidada na orde xurisdiccional social respecto da utilización abusiva de contratacións temporais de empregados públicos, isto é, anular a extinción e considerar a relación como indefinida non fixa, polo tanto, prolongada esta no tempo ata a cobertura regulamentaria da praza»⁶².

Pero é que, ademais, o tribunal vasco engade cara ao futuro a súa solución polo eventual cesamento do funcionario interino: «o apelante continuará vinculado á demandada como

59 TSX Madrid (Sala Contencioso-administrativa, Sección 7.ª), sentenza do 7 de outubro de 2016, recurso n. 82/2016, ES:TSXM:2016:10741, relator: I. del Riego Valledor (persoal estatutario temporal).

60 TSX Galicia (Sala Contencioso-administrativa, Sección 1.ª), sentenza do 19 de xullo de 2017, recurso n. 162/2017, ES:TSXGAL:2017:5388, relator: Seoane Pesqueira (cesamento de interina da Administración de Xustiza sen indemnización).

61 TSX País Vasco (Sala Contencioso-administrativa, Sección 3.ª) sentenza do 12 de decembro de 2016, recurso n. 625/2013, ES:TSXPV:2016:3488, relator: González Saiz (solución do asunto Martínez Andrés de cesamento de persoal estatutario eventual).

62 TSX País Vasco (Sala Contencioso-administrativa, Sección 3.ª) sentenza do 12 de decembro de 2016, recurso n. 735/2013, ES:TSXPV:2016:3979, relator: González Saiz (solución do asunto Castrejana López de cesamento de persoal funcionario municipal).

persoal indefinido non fixo ata que a praza se cubra regulamentariamente ou sexa amortizada ou analizada pola demandada a procedencia ou non de converter a praza temporal en estrutural e decidida a súa amortización definitiva ou creación e cobertura regulamentaria. No suposto de resultar necesario o seu cesamento, xustificando este, percibirá o interesado a indemnización sinalada polo TXUE de se manteren as circunstancias legais actuais. E todo iso en razón a que do auto antes citado se infire que o actor foi contratado sen atender aos límites obxectivos que configuran o contrato de duración determinada».

Pola súa banda, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, despois de apreciar a existencia de abuso nos nomeamentos como funcionario interino, fronte ao cesamento de funcionario, procede ao recoñecemento da continuación da interinidad⁶³. Para tal efecto, o tribunal galego argumenta: «A consecuencia indeclinable da apreciación da fraude no encadeamento de nomeamentos sucesivos ha de ser o reintegro do recorrente á praza de funcionario interino de auxiliar administrativo, pero non pode mudarse o nomeamento polo de praza vacante da letra a) do artigo 10.1 do [EBEP], porque non existe tal praza vacante».

Será a Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Supremo a que en casación determine a solución máis apropiada para corrixir os supostos de abuso aos nomeamentos de funcionarios interinos e estatutarios temporais. En efecto, en 2017 o Tribunal Supremo admitiu a trámite os dous recursos relativos aos *asuntos Martínez Andrés e Castrejana López*, xa que presentan interese casacional, e delimita a cuestión que debe resolver nestes termos: se se debe converter a relación de servizos (como persoal estatutario ou como funcionario interino) nunha de carácter indefinido non fixa ou, ben, se cabe afirmar que no noso ordenamento xurídico existen outras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar os abusos cometidos na dita relación. E se o afectado pola utilización abusiva deses nomeamentos ten ou non dereito a indemnización, por que concepto e en que momento⁶⁴.

Ata agora a resposta da Sala do Contencioso-administrativo foi bastante remisa a unha pretendida figura do funcionario indefinido non fixo que negou de xeito terminante no caso dos xuíces substitutos⁶⁵. Polo tanto, ao Tribunal Supremo quédalle elixir entre crear unha nova figura de funcionario indefinido non fixo, e o seu equivalente para o persoal estatutario, aplicar a indemnización ou, en fin, recoñecer as dúas.

5 Conclusión

O dereito europeo nunca obrigará a seguir un modelo específico de emprego público. Non obstante, a súa influencia indirecta está a ser cada vez maior, como se aprecia na experiencia española. Isto débese a que, malia a autonomía institucional e procedemental, o réxime dos empregados públicos está limitado e non pode afectar ou desincentivar as liberdades

63 TSX Galicia (Sala Contencioso-administrativa, Sección 1.ª), sentenza do 14 de xuño de 2017, recurso n. 72/2017, ES:TSXGAL:2017:4210, relator: Seoane Pesqueira (cesamento de funcionario interino do Concello de Santiago nomeado temporalmente de xeito abusivo).

64 TS (Sala C-A, Sección 1.ª), autos do 30 de maio de 2017 e do 13 de xuño de 2017, recursos n. 785/2017 e n. 1305/2017, ES:TS:2017:5070A e ES:TS:2017:5796A, relator: Menéndez Pérez (admisión de recurso de casación sobre utilización abusiva dunha relación de servizos con sucesivos nomeamentos temporais nos *asuntos Martínez Andrés e Castrejana López*). Véxase no mesmo sentido o auto do 12 de xuño de 2017, recurso 732/2017, ES:TS:2017:6109A, relator: Cudero Blas (cesamento de persoal estatutario eventual do Servizo de Saúde de Castela e León).

65 TS (Sala C-A, Sección 6.ª), sentenza do 13 de marzo de 2017, recurso n. 896/2014, ES:TS:2017:949, relator: Maurandi Guillén (desestima a pretensión dunha xuíz substituta para que se declarase a relación estatutaria/laboral como indefinida desde o seu nomeamento para o ano xudicial 2006/2007).

económicas do mercado europeo e non pode introducir discriminacións por razón do sexo, da idade, da discapacidade, etc. Así mesmo, o dereito da Unión Europea contribuíu a mellorar as condicións sociais dos empregados públicos en aspectos particularmente sensibles, como son as vacacións, o tempo de traballo, o traballo temporal, o recoñecemento de experiencias profesionais, etc.

En España a xurisprudencia europea está a producir unha converxencia e unha homoxeneización do estatuto dos empregados públicos (estatutario, laboral e funcionario)⁶⁶. Esta converxencia sería maior se non houberse dúas xurisdicións ocupadas en resolver os litixios dos empregados públicos: a xurisdición social e a xurisdición contencioso-administrativa.

Precisamente a aplicación da Directiva 1999/70 relativa ao emprego temporal pon de manifesto as contradicións do ordenamento español. Por unha parte, e no caso da xurisdición social, o problema do abuso da contratación temporal resólvese a través da figura do traballador indefinido non fixo e só se formulan algunhas discrepancias sobre o alcance da equiparación na indemnización dalgún dos tipos de empregados temporais. Por outra parte, e na xurisdición contencioso-administrativa, podería pensarse que non hai que recoñecer unha indemnización por cesamento do nomeamento de funcionario interino ou estatutario temporal, ao non se prever para ningunha das categorías equivalentes de duración indeterminada. En cambio, a solución ao abuso dos nomeamentos temporais na función pública e no persoal estatutario recea da figurada do indefinido non fixo porque, dese xeito, se estaría a afectar seriamente o principio de igualdade, mérito e capacidade.

En definitiva, foi a xurisprudencia europea a que está a propiciar unha converxencia no estatuto do empregado público en España. Agora ben, nesta tarefa debe recoñecerse que a responsabilidade do deseño é do lexislador, sendo a intervención xudicial só subsidiaria. Por iso, debe reprocharse a incuria do lexislador español, que está a propiciar un activismo xudicial que non pode ser uniformado por xurisdicións tan distintas como a social e a contencioso-administrativa, cando están en xogo principios esenciais do noso ordenamento.

6 Bibliografía

ALDOMÀ BUIXADÉ, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública*, Deputación de Barcelona, Barcelona, 2015.

CANO GALÁN, Y., “Contratación temporal en el ámbito universitario ¿pueden existir los profesores asociados?”, *Diario La Ley*, n. 9027, 24 de xullo de 2017.

CANTERO MARTÍNEZ, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 12, 2017.

CHAVES GARCÍA, J. R., e QUESADA SOLER, B., “La expansión desbocada del derecho laboral en la Administración”, *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n. 17, 2017.

66 CHAVES GARCÍA, J. R., e QUESADA SOLER, B., “La expansión desbocada del derecho laboral en la Administración”, *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n. 17, 2017, pp. 2061-2071.

GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016", *La Ley Unión Europea*, n. 41, 2016.

GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V., "Sobre el derecho de los empleados públicos interinos a recibir una indemnización a su cese", *Diario La Ley*, n. 9069, do 26 de outubro de 2017.

MOLINA NAVARRETE, C., "La doctrina «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿«Noble sueño» o «nueva pesadilla»?", *Diario La Ley*, n. 9053, do 3 de outubro de 2017.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Empleados públicos, administraciones españolas y jurisprudencia europea", *Actualidad administrativa*, n. 3, 2012.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Empleo público y jurisprudencia europea: los efectos innovadores en el estatuto del empleado público en España", *Revista Aranzadi Unión Europea*, n. 10, 2013.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 127, 2017.

A reconstrución da noción xurídica das empresas públicas peruanas

La reconstrucción de la noción jurídica de las empresas públicas peruanas

The reconstruction of the legal notion of Peruvian public companies

54 Regap

ORLANDO VIGNOLO CUEVA

Doutor en Dereito pola Universidade de Zaragoza (España)

Avogado pola Universidade de Piura (Perú)

Profesor da Universidade de Piura (Perú)

Director da Revista Anuario da Función Pública

Avogado do Estudio Echecopar (Perú)

orlandovignolo@yahoo.com

Recibido: 01/12/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Regap



NOTAS

Resumo: As empresas públicas deben ser definidas expresamente no dereito administrativo peruano, máis alá de toda discusión multidisciplinaria sobre a súa existencia efectiva e valor na actual realidade do país. Isto último é unha necesidade urxente para delimitalas no seu contido xurídico e asegurar que esta técnica teña equilibrados alcances, partindo sempre desde a súa xustificación constitucional e obrigatoria práctica ao servizo do interese público. Ademais, esta tarefa resulta necesaria debido á pouca precisión dogmática que mantén o noso lexislador no conciso e algo desordenado réxime de actividade empresarial do Estado, o cal acaba sendo só un máis nun conxunto de normas sectoriais que regulan varios destes suxeitos económicos de titularidade pública.

Palabras clave: Empresas públicas, principio de subsidiariedade, control público, influencia dominante, persoa xurídica, administracións públicas.

Resumen: Las empresas públicas deben ser definidas expresamente en el derecho administrativo peruano, más allá de toda discusión multidisciplinaria sobre su existencia efectiva y valor en la actual realidad del país. Esto último es una necesidad urgente para delimitarlas en su contenido jurídico y asegurar que esta técnica tenga equilibrados alcances, partiendo siempre desde su justificación constitucional y obligatoria práctica al servicio del interés público. Además, esta tarea resulta necesaria debido a la poca precisión dogmática que mantiene nuestro legislador en el escueto y algo desordenado régimen de actividad empresarial del Estado, el cual termina siendo solo uno más en un conjunto de normas sectoriales que regulan a varios de estos sujetos económicos de titularidad pública.

Palabras clave: Empresas públicas, principio de subsidiariedad, control público, influencia dominante, persona jurídica, administraciones públicas.

Abstract: Public enterprises shall be explicitly defined in Peruvian administrative law, beyond any multidisciplinary discussion on their actual existence and value in the current situation of the country. The latter is an urgent need to delimit them within their legal content and ensure that this technique has balanced approaches, always starting from its constitutional justification and obligatory practice in the service of the public interest. In addition, this task is necessary due to the little dogmatic precision that our legislator maintains in the brief and somewhat disordered regime of

the State's business activity, which ends up being additional to a set of sectoral norms that regulate several of these economic subjects of public ownership.

Keywords: Public enterprises, principle of subsidiarity, public control, dominant influence, legal entity, public administrations.

|

As empresas públicas estiveron e continúan ligadas á vida social e económica do Perú. A súa actual presenza, menos robusta e baixo cobertura de certas cuestións xurídicas promovidas por algún sector pequeno da doutrina nacional¹, aínda aparece marcada por frecuentes polémicas sobre o seu valor e, como non, as propias posibilidades de aplicación desta técnica de intervención administrativa². Cómpre dicir que nun país como o Perú, en que as empresas públicas foron utilizadas por distintos políticos e actores de xeito disfuncional (marcando así de forma negativa dúas xeracións de peruanos), non pode exonerarse a posibilidade de discutir sempre a súa presenza e as súas posibilidades.

Malia esta última correspondencia histórica e ao sempre peruano costume de marcar distancia ou enfrontarse ao contrario desde a practicidade (moitas veces sen fundamento ou proba teórica de apoio), vai sendo tempo de desideoloxizar a revisión deste instituto, sen apaixonamentos, sempre na procura de crear e xustificar bases conceptuais serias e medianamente recoñecibles, xa que finalmente as empresas públicas sempre existirán e o importante é que se utilicen dentro das marxes xurídicas previstas no noso dereito. Ademais, só este último presuposto pode asegurar un nivel de eficacia e servizo efectivo destas organizacións ao interese público, xa que, como ben indicaba MARTÍN MATEO, o importante destes suxeitos non é o ánimo de lucro (aínda que xamais deben ser deficitarias), senón que o verdadeiramente fundamental é *“a maximización dos seus resultados, dispoño con criterios de economicidade dos seus medios para a obtención dos fins propostos”*³.

Nesta última tarefa (de raíz basicamente multidisciplinaria), o dereito administrativo ten un papel esencial para presentar *equilibrio* na resposta concreta a partir de fundamentar conceptos claves tales como a propia definición xurídica da técnica (e o seu encaixe dogmático coa subsidiariedade constitucional), algún nivel de identificación do que significa o citado concepto legal de *“actividade empresarial do Estado”*, as posibilidades de establecer unha noción que implique suxeitos esquecidos e non estudados dentro desta última noción funcional, as razóns finais para superar a tendencia de *só particularizar* certas empresas públicas ao redor do réxime de empresas do Estado preceptuado no Decreto legislativo n. 1031 (sendo esta unha lei cun ámbito obxectivo que non deixa de ser escuro, pois a súa denominación non se axusta cos poucos suxeitos que finalmente regula), e cal é o alcance do dereito administrativo e das organizacións administrativas na fundación, estrutura, control ou influencia

1 A doutrina peruana sobre empresas públicas é moi escasa a pesar do número medianamente importante que subsisten no noso dereito. Para unha rápida revisión, debe tomarse en conta a CÉSPEDES ZAVALETA, A., *El estado empresario: verdades, conxecturas e mitos xurídicos*, Edicións Cabaleiro Bustamante, Lima, 2010; e o libro de parte xeral escrito polo profesor ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación xurídica da administración pública no ordenamento peruano*, Palestra, Lima, 2010.

2 Considero que as empresas públicas son unha técnica de intervención das administracións públicas, se se quere unha actividade máis desta organización do poder público, cuestión que aparece claramente definida polo profesor LAGUNA DE PAZ nos seguintes termos: *“Sexa como sexa, calquera aproximación á empresa pública debe empezar por resaltar que esta é unha actividade da Administración. A empresa pública representa un instrumento de intervención directa, que lle permite á Administración irromper activamente na vida económica”*. Vid. LAGUNA DE PAZ, J. C., *“La empresa pública autónoma: aspectos jurídicos”*, revista *Presupuesto y Gasto Público*, n. 16, 1995, p. 250.

3 MARTÍN MATEO, R., *Ordenación del sector público en España*, Civitas, Madrid, 1974, p. 61.

e actuacións sobre estas clases de suxeitos económicos. Entón son varios os problemas que aparecen e necesitan de respostas xurídico-administrativas. Algúns deles serán formulados e pretenden ser respondidos neste traballo.

Agora ben, esta problemática salientada non só se manifesta na nosa realidade. En moitos lados de Iberoamérica aparecen complicacións dos máis variados calados, en boa medida sostidas en múltiples causas, tales como o antigo proceso de fuxida do dereito administrativo, ou pola intensidade da corrente liberalizadora que se propugnou en momentos determinados nun país específico, o nivel de progresión da iniciativa privada nos distintos sectores da economía, ou simplemente polos intentos de refacer as intervencións administrativas desde as decisións políticas e configuradoras do lexislador correspondente.

En calquera caso, a xeito de comparación e tomando con pinzas os obxectos contrastados, no dereito español dos anos noventa xa se indicaba que os problemas de ennegrecemento da técnica tiñan reflexos, por exemplo, en que a súa praxe non está o *“suficientemente racionalizada, a carencia dunha normativa específica que estructure a figura, o seu carácter de tema testemuña, esencialmente polémica, sobre os desenvolvementos do cal se proxectaron concepcións e ideoloxías globais. Todos estes factores, como pode verse, non axudan á súa comprensión”*⁴.

Polo tanto, á vista do presentado e da necesidade de sistematizar un réxime que aparece marcado pola primacía das empresas estatais gobernadas desde o FONAFE⁵ mediante a aplicación do Decreto legislativo n. 1031 e o seu regulamento aprobado polo Decreto supremo n. 176-2010-EF, propono un traballo que intente responder as seguintes dúas cuestións esenciais:

(i) O valor da subsidiariedade horizontal ou social respecto das empresas públicas.

(ii) A noción de empresa pública aplicable no dereito administrativo peruano.

4 LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho administrativo económico*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 250.

5 O citado Fondo Nacional de Financiamento da Actividade Empresarial do Estado (FONAFE), xunto co Banco da Nación, é un dos poucos exemplos existentes no noso dereito das denominadas “empresas do dereito público” ou “empresas do Estado con potestades públicas”, segundo nomenclaturas recollidas polo apartado 1.1. da Lei n. 27170 e o apartado 4.3 do Decreto legislativo n. 1031. Este suxeito debe ser entendido como unha forma de *“ente público económico (...) con personalidade e estrutura xurídica-pública”* (neste caso adscrito ao Ministerio de Economía e Finanzas). Especificamente, considero que o FONAFE é unha organización do poder público que exerce potestades administrativas, sendo correcto asumir a súa condición de *“entidade da Administración pública (...) suxeita, polo tanto, a normas de dereito público e tamén de dereito privado especialmente en materia laboral”*. Vid. ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, cit., p. 85.

Polas competencias habilitadas polo lexislador ao FONAFE, todas elas recoñecidas no artigo 3 da Lei n. 27170 e outras espalladas ao longo do sinalado Decreto legislativo n. 1031 e o seu regulamento aprobado polo Decreto supremo n. 176-2010-EF (tales como a selección e aprobación dos directores que ingresan a dirixir estes suxeitos, ou o uso e distribución dos seus recursos monetarios), é evidente que este *holding público* cumprirá un papel de dirección e un rol xerárquico exclusivamente aplicado sobre o conxunto das denominadas empresas estatais postas baixo o seu ámbito de control. É máis, pode considerarse esta organización administrativa como representante do ou dos accionistas (os ministerios pertinentes do Poder Executivo) ante estas compañías públicas, a través do exercicio *“da titularidade das accións representativas do capital social de todas as empresas, creadas ou por crearse, en que participa o Estado”* (ver o apartado c do artigo 3 da Lei n. 27170).

Non obstante, estas condicións non disolven as distintas naturezas entre estes dous suxeitos de dereito, con personalidades (e capacidades) diferenciadas. Por un lado, unha Administración pública sometida primariamente ao réxime xurídico-administrativo; por outro, un conxunto de empresas públicas de titularidade do FONAFE, que deben responder por unha xestión económica realizada nun determinado sector, sendo estas últimas cabais sociedades mercantís. Polo tanto, se se quere, o lexislador dotou de diversas competencias de ordenación, control ou verificación *ex post* (de contido non normativo) e regulamentarias, recaídas sobre actuacións futuras das empresas do Estado. Todas van destinadas a que o FONAFE poida cumprir co seu obxectivo de conducir *“a actividade empresarial do Estado”*.

En suma, este traballo é bastante modesto no seu obxecto, pois concéntrase en responder as bases e o concepto da técnica, sen mirar aos costados e ás ramificacións da extensa problemática xurídica que actualmente aparece tras as empresas públicas.

II

Sempre é bo acudir ao pasado para explicar certas cuestións de fundamentación dunha técnica xurídica. Nesta sección quixera mostrar certos datos sobre o enlace entre unha negada subsidiariedade social, o réxime constitucional económico e o uso das empresas públicas durante o período posterior á reinstauración da democracia e o Estado de dereito no país (durante as dúas últimas décadas do século pasado). Este período estivo rexido pola Constitución de 1979 e foi un dos períodos máis convulsos, tenebrosos e escuros da nosa historia republicana (marcada pola peor crise económica que puidese experimentar un país suramericano, un galopante terrorismo e outros efectos propios de descomposición social e institucional).

Así, o articulado da antiga Constitución de 1979 non era de todo harmonioso, aparecendo, en concreto, unhas regras constitucionais económicas diverxentes e pouco claras que mesturaban figuras tan disímiles como descoñecidas para o noso dereito, tales como o mantemento da igualdade entre a iniciativa pública e a privada, a coexistencia de diversas modalidades de propiedade, pero facendo especial fincapé no cooperativismo, a libre iniciativa privada unida á participación excluínte do Estado ou dos cidadáns peruanos a través da reserva legal de sectores e actividades produtivas (se se quere, neste último punto apareceu unha estraña *publicatio* que permitía a transferencia da inicial titularidade pública nun ámbito específico a grupos empresariais conformados por peruanos de orixe).

Estas normas constitucionais parece que foron feitas para contentar todos os grupos políticos da antiga Asemblea Constituínte⁶, con moi pouca marxe de manobra e sen o debido tempo dada a habilitación que lle cedera o Goberno Revolucionario da época⁷. Esta falta dunha

6 Isto demostra o diario de debates da época. As diversas intervencións de relevantes constituíntes demostran que non entendían ben o que se discutía sobre as institucións constitucionais a seren incorporadas no réxime económico, outorgándolles categorías e efectos que non se axustan coas súas respectivas naturezas xurídicas, salvo excepcións puntuais. É máis, moitas das catro institucións principais que foron copiadas mecanicamente doutras constitucións da época apareceron sen analizarse ben a noción, o contexto e a tradición existentes nos países de recollida.

Así, pode citarse o dito do representante da esquerda D. VÉLIZ cando afirma que “o capítulo do réxime económico, lamentablemente, vemos que está totalmente influenciado polo neoliberalismo e isto significa que van existir trabas ao proceso de transformación. Sen ofender a ningún (...) parece que este capítulo o redactasen os membros da nova oligarquía (...) porque a maioría dos artigos os favorecer”. Pero máis estremecedora é a lectura da participación do socialcristián D. ALAYZA GRUNDY: “neste capítulo do réxime económico, establecemos catro institucións fundamentais para que sobre esas bases poida funcionar unha economía que sexa simultaneamente libre e orientada. Dúas institucións son esencialmente de ordenamento, a planificación democrática e o mercado (...) E creamos dúas institucións esenciais para a promoción da actividade económica, o pluralismo e a iniciativa privada libre”. Ver o diario de debates da Constitución de 1979 no seguinte enlace: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79DD/AsamConst/TomoCompletoAsamblea/TomoV.pdf>. Última revisión recollida 21/02/2017.

Debe agregarse que na doutrina peruana se recoñeceron estas mesturas encontradas de institucións económicas e xurídicas principalmente en OCHOA CARDICH, C., *Economía y constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979*, Cultural Cuzco, Lima, 1987, pp. 672-673. Logo estas mesmas cuestións foron asumidas integramente para explicar a antiga Constitución económica de 1979 e un implícito desgusto polo cambio a un “modelo económico neoliberal” que puña “de relevo a existencia dun compoñente constitucional de fondo significado social”. Esta tese última foi presentada polo profesor español FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la constitución de 1993”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 84, 1994, p. 37.

7 Non debe esquecerse que os militares que gobernaron durante a segunda parte da ditadura do Goberno Revolucionario estableceron que a Asemblea Constituínte de 1978 tiña como “exclusiva finalidade a dación da nova Constitución política do Estado, a cal contera esencialmente, entre outras, as disposicións que institucionalicen as transformacións estruturais que vén levando a cabo o Goberno Revo-

orde sistémica mínima⁸ acabou xerando, segundo o razoamento axeitado de KRESALJA, unha intervención empresarial pública na economía como nunca antes se coñecera na nosa realidade, a cal podía practicarse “mediante a planificación e a creación e funcionamento de empresas públicas, reservándose actividades con carácter eventualmente monopolístico, e tamén sancionando prácticas anticompetitivas”⁹.

Entón, inmediatamente xurdiu nos anos comprendidos entre a década dos oitenta e inicios dos noventa un innegable protagonismo prestacional e empresarial público que acompañou e marcou unha das etapas políticas, económicas e sociais máis funestas da nosa historia. Moitos destes resultados económicos, promovidos e obtidos polos dous gobernos democráticos seguintes, foron tratados nalgunha doutrina xurídica e, malia o paso do tempo, aparecen como antecedentes dun evidente desprestixio que aínda se mantén sobre a técnica das empresas públicas¹⁰.

Polo dito, cando se compara a Constitución de 1979 e a actual Carta constitucional, a pesar de que recoñecen e sosteñen un réxime económico baseado no eixe da economía social de mercado (polo menos polo explícito recoñecemento deste instituto), o certo é que a vixente si deseñou unha orde mínima co obxectivo de darlle elementos de expansión á primacía da persoa e ás organizacións intermedias creadas por esta (mediante diferentes formas de persoas xurídicas). En sentido contrario, a comentada Constitución de 1979 establecía que o Estado exercía a súa directa actividade empresarial co fin de promover a economía do país, prestar servizos públicos e alcanzar os obxectivos de desenvolvemento, sen que exista reserva de lei para formular a utilización casuística da empresa pública. Ademais, o artigo 114 desta Constitución sinalaba que, por causa de interese social ou seguridade nacional, a lei podía reservar para o Estado actividades produtivas ou de servizo, así como establecer reservas das ditas actividades en favor dos peruanos (pero contraditoriamente prohibindo os monopolios privados)¹¹.

Noutras palabras, as creacións de empresas públicas atopaban sustentos en diversos aspectos heteroxéneos, sen máis restricións que fundamentarse no interese social ou na seguridade nacional, mesmo coa posibilidade de establecer e aparecer protexidas tras monopolios legais que segmentaban e favorecían o desenvolvemento destas actuacións a favor destes suxeitos económicos, aínda que se pretendería logo encubrir estas evidentes vantaxes tras

lucionario da Forza Armada” (ver o artigo 2 do Decreto lei n. 21949), e outorgáronlle un tempo moi limitado para exercer funcións entre a súa instalación do 28 de xullo de 1978 e a súa conclusión de “*funcións na primeira quincena de xullo de 1979*” (ver o artigo 3 do citado Decreto lei n. 21949).

- 8 Sobre este caos xerado desde a Constitución de 1979, deben recordarse as atinadas palabras do profesor español L. LÓPEZ RODÓ, as cales permiten xustificar a imposibilidade de reunir nunha mesma carta constitucional a institucións de sentidos e visións políticas opostas. Ao respecto, é que “*en contraste coa prolidade dos textos constitucionais de inspiración marxista relativos ao modelo económico, as constitucións do mundo occidental son moi parcas e limitanse a consagrar a propiedade e a iniciativa privada*”. Vid. LÓPEZ RODÓ, L., “El modelo económico de la Constitución”, Vol. Col. *Administración y Constitución*, Servizo Central de Publicacións da Presidencia do Goberno, Madrid, 1981, p. 443.
- 9 Vid. KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, Palestra, Lima, 2010, p. 103.
- 10 Sobre este punto, un dato interesante é o recollido por KRESALJA, autor nacional que amargamente recoñece as “*graves ineficiencias das numerosas empresas públicas que xeraban o 20 % do PBI, comprometeron o desenvolvemento da economía e contribuíron a unha severísima crise política e económica*”. Vid. KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, cit., p. 71.
- 11 Esta prohibición de monopolios privados do artigo 133 da Constitución de 1979 aparece recoñecido e conceptualizado por OCHOA CARDICH, C., *Economía y Constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979*, cit., pp. 613 e ss.

declaracións legislativas vagas ou conceptos xurídicos indeterminados (como por exemplo a relativa “*reserva exclusiva de sectores económicos*” prevista no artigo 4 da Lei n. 24948).

Nese sentido, basta lembrar só algunhas normas legais de actividade empresarial do Estado dos anos oitenta que, con dose de irresponsabilidade financeira, sen asumir unha forzosa despartidarización e cunha evidente falta de razóns xurídico-administrativas medianamente recoñecibles, permitían que, por exemplo, o Estado puidese impulsar, montar e operar unha fábrica de cemento, a través da empresa estatal Corporación Departamental de Desenvolvemento do Cuzco, permitíndose a inmediata “*transferencia de recursos humanos, materiais e financeiros necesarios*” (ver o artigo 2 da Lei n. 24876).

Outra mostra do diverso e desordenado que era o protagonismo público é o ámbito obxectivo preceptuado polo artigo 4 da Lei n. 24948, que permitía a participación empresarial en sectores tan disímiles, de distinta complexidade e riscos económicos como: “*a exploración, extracción, transformación e comercialización dos recursos naturais estratéxicos (...) Na produción de bens e servizos vinculados directamente á defensa nacional (...) Na provisión de servizos públicos e culturais (...) Na comercialización de alimentos básicos para o consumo popular (...) Na actividade financeira e de seguros (...) Comercio exterior de bens e servizos de gran significación económica (...) Consultoría e enxeñaría de alta especialización*”.

Polo manifestado, non se pode entender o longo e continuado cambio económico e social acontecido no Perú sen ter en conta os caracteres da antiga economía social de mercado que describín, a mesma que se sostiña nunha tenue e básica subsidiariedade, nesgada tras un uso errático e partidarizado das empresas públicas, pero que aparecía desenvolvida sobre os ombros da imprecisión para permitir a súa práctica “*segundo o resultado das urnas e consecución do partido ou ideoloxía gobernante (...) tanto polos defensores de pór o acento na idea de liberdade económica como polos partidarios de estender a área de actuación do Estado ou da colectivización dos medios de produción baseándose nun suposto interese de carácter xeral ou social*”¹².

III

A historia avanzou e en poucos anos o Perú tivo unha nova Constitución. Así, a historia sitúanos bastante pronto ante un Congreso Constituínte Democrático que se encargou de preparar a Carta magna vixente. Esta asemblea instalada en decembro de 1992, logo do autogolpe de Estado promovido polo ex-presidente A. Fujimori, tivo un tratamento e un debate bastante limitado do principio de subsidiariedade, xa que case nin é mencionada ao longo de cada unha das exposicións, réplicas e dúPLICAS dos constituíntes, aparecendo máis ben implicitamente recoñecido, sen o seu nome, pero con certas liñas xurídicas básicas a través de participacións efectistas que buscaban atacar o serio problema económico e a xestión das empresas públicas creadas nos difícilísimos anos oitenta¹³. É máis, como farei notar nas

12 LÓPEZ RODÓ, L., “El modelo económico de la Constitución”, cit., p. 454.

13 Como ben recoñece o profesor KRESALJA, a norma de restrición da intervención empresarial pública contida no artigo 60 da CP constituíu “o núcleo do debate sobre o principio de subsidiariedade”. Vid. KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, cit., p. 97. Pola gran cantidade de tinta usada para comentar esta específica norma constitucional, a favor e en contra, desde distintos ámbitos e ciencias, é polo que segue crendo (ata agora) que esta é o eixe do principio de subsidiariedade e un produto “neoliberal”. Non obstante, esta forma de exame do instituto é un medio de diminución dun principio que é diametralmente distinto e con outras raíces históricas.

próximas liñas, moitas das intervencións e debates de textos que logo foron incluídos no réxime económico de Constitución cóanse entre os extremos de formulala con máis forza ou combater abertamente a intensidade da corrente neoliberalista que chegaba ao país¹⁴.

Cómpre adiantar un par de consideracións que son bastante aceptadas pola doutrina sobre o texto constitucional vixente¹⁵. En xeral, a actual Constitución tomou moito do articulado da súa antecesora, concentrando boa parte das súas reformas totais e parciais en diversas disposicións que permitían a intervención do Estado en modos empresariais e prestacionais directos e inmediatos na economía e na sociedade mesma¹⁶. Esta mecánica pragmática dos constituíntes recolleu –case sen mencionala– unha perspectiva estendida e máis substancial do principio de subsidiariedade nas súas dúas versións (social e territorial), acompañado doutras figuras que trataban de concretar maiores liberdades de contido económico (e o propio principio *pro libertate*). Neste último punto, case configurada como unha aposta polo descoñecido (e non estudado), radica un dos determinantes cambios no réxime económico da Constitución fronte á súa inmediata antecesora.

En todas as cuestións formuladas ao longo do debate do Congreso Constituínte Democrático se chegou á conclusión final de que a actuación empresarial estatal (pública) non debía ser nin directa nin “libre” nun determinado mercado ou sector. Así, a subsidiariedade social prohibitiva impúxose e quedou marcada como a principal variante do principio (e unha forma de ligazón formulou que esta actividade se poderá realizar sempre e cando se cumplan tres requisitos taxativos e obrigatorios, todos desprendidos do artigo 60 da Constitución e da lexislación de desenvolvemento, a saber:

(i) Que a realización da actividade empresarial de titularidade pública se atope autorizada por norma legal expresa aprobada polo Congreso da República, precaución formal que foi expresamente recollida polo noso Tribunal Constitucional como o establecemento dunha estraña “*reserva de lei absoluta*”¹⁷ (é máis un mecanismo para impedir a promulgación e a publicación doutros tipos de normas legais habilitantes a cargo do Poder Executivo, como os decretos legislativos ou os decretos de urxencia, ou, mesmo, as ordenanzas rexionais ou municipais que se atopan nas competencias propias dos concellos municipais ou rexionais). Nese sentido, este requisito foi expresamente ratificado polo lexislador no artigo 3 do Decreto legislativo n. 1031 nos seguintes termos: “*A actividade empresarial do Estado desenvólvese en forma subsidiaria, autorizada pola Lei do Congreso da República (...), en calquera sector económico*”.

14 Como ben expresa o profesor HAKANSSON, no Perú nunca existiu unha “*Constitución histórica*”. Por iso a CP foi produto da conxuntura (tanto como a Constitución de 1979). Isto maniféstase en que “*as disposicións do réxime económico na Constitución de 1993 (...) están redactadas conforme unha ideoloxía neoliberal, pero que hoxe en día poderían discutirse nalgúns Estados do primeiro mundo*”. Vid. HAKANSSON NIETO, C., *Curso de derecho constitucional*, Palestra-Universidad de Piura, Lima, 2012, p. 67.

15 Por todos, véxase FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993”, cit., pp. 29-31.

16 Polo afirmado, resulta correcto que a “*parte económica da Constitución (...) é a que maior transformación tivo en todo o texto de 1993 en relación coas Cartas anteriores*”. Vid. RUBIO CORREA, M., *Estudio de la Constitución política de 1993*, PUCP, Lima, 1999, pp. 192-193.

17 STCP, ditada no Exp. n. 0034-2004-PA/TC, do 13 de abril de 2007, F.X. 11. De xeito fundamentado, aínda que non comparto a súa posición, o profesor CHANG sinala que “*non só o Congreso ten potestade para crear empresas públicas, senón que tamén os gobernos rexionais (...) Isto implica que o Parlamento só pode crear empresas de carácter nacional, mentres que os gobernos rexionais o poden facer no seu ámbito*”. Vid. CHANG CHUYES, G., “La subsidiariedad del Estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria res. n. 3134-2010/sc1-indecopi”, *Vol. Col. II Convención Estudiantil en Derecho Público*, Universidad de Piura-Palestra, Lima, 2015, p. 151.

(ii) Que a intervención empresarial pública se realice nun sector económico ou social (non soamente mercado) nos cales exista unha ausencia total ou insuficiencia de privados que permita atender toda a demanda existente entre os cidadáns, considerándose estes como datos de motivación que deberán ser asumidos e expresado polo lexislador no contido e na exposición de motivos da concreta norma legal habilitante. Isto foi recoñecido polo Tribunal Administrativo de Defensa da Competencia como o "*recoñecemento da existencia dunha función supletoria do Estado ante as imperfeccións ou omisións dos axentes económicos, a prol do ben común*"¹⁸. Ademais, en idénticos termos aos presentados polo artigo 60 da Constitución, pódese revisar o texto do citado artigo 3 do Decreto legislativo n. 1031.

É máis, segundo unha situación que pode considerarse como extralimitada para o exercicio das potestades administrativas decisorias e de resolución de recursos administrativos, este requisito propio da xustificación foi instrumentalizado polo Tribunal Administrativo de Defensa da Competencia do INDECOPI¹⁹ mediante unha metodoloxía de investigación e estudo de corte económico que busca probar, ante as deficiencias e aberto esquecemento da lexislación de defensa da competencia, "*se a empresa ou entidade estatal cumpre un rol subsidiario á actividade privada*"²⁰, e, en segunda orde, "*cal é a oferta privada dispoñible*"²¹.

(iii) Que o obxectivo que se pretenda satisfacer ou salvagardar sexa un "*alto interese público ou unha manifesta conveniencia nacional*", posibilidades de corte finalista que deberán conectarse cos motivos de xustificación e, como non, aparecer no debate parlamentario, debendo ser a continuación colocadas na exposición de motivos e na específica norma legal habilitante aprobada polo Congreso da República. Neste punto estou de acordo co expresado por KRESALJA, en canto a que esta precaución ten carácter "*non só político, senón tamén técnico, sobre o que as forzas políticas aí representadas deberán opinar, máis aínda cando se trata de conceptos xurídicos indeterminados*"²².

Está claro que ambas as dúas cláusulas do artigo 60 da Constitución son aspectos que requiren dunha avaliación exclusiva do que posúe a condición de ser o froito directo do principio de representación, non sendo posible que ningún outro poder público se atope capacitado constitucionalmente para adoptar esta decisión. Máis aínda, o lexislador reservou para si esta decisión de xeito expreso coa forma excluínte da norma legal de habilitación preceptuada no noso ordenamento vixente (só por "*Lei do Congreso da República e sustentada en razón*

18 STCP, ditada no Exp. n. 7339-2006-PA/TC, do 13 de abril de 2007, F.X. 11.

19 O Instituto Nacional de Defensa da Competencia e da Protección da Propiedade Intelectual (INDECOPI) foi creado en novembro de 1992 mediante o Decreto lei n. 25868. Actualmente é considerado unha das organizacións administrativas máis importantes e reputadas no mantemento e correcto funcionamento da nosa economía social de mercado.

20 Resolución 3134-2010/SC 1-INDECOPI, do 29 de novembro de 2010, F.X. 82.

21 Resolución 3134-2010/SC 1-INDECOPI, do 29 de novembro de 2010, F.X. 83. Sobre esta metodoloxía económica, aínda que pode ser unha importante achega para tratar de comprobar a falta parcial ou ausencia de privados en sectores específicos, aprobado como un suposto "precedente administrativo de alcance xeral" e produto do Tribunal Administrativo máis respectado dentro e fóra do país, non deixa de ser un motivo máis dun acto administrativo resolutivo. Polo tanto, nin pode ser imposto ao lexislador como se pretende coar entre liñas (ver os numerals 80 e 81), nin tampouco pode ser sobrevalorado dentro do noso sistema de fontes (a xurisprudencia ordinaria e constitucional podería dar lugar a un cambio de sentido ou mesmo ao completo descarte da metodoloxía). Finalmente, aínda que non é este o traballo ideal, debo dicir que teño serias dúbidas en canto á existencia dunha potestade discrecional para aprobar este tipo de métodos, alleos á discusión formulada polo correspondente recurso administrativo, posto que este órgano conta só coas competencias entregadas polo lexislador para "*revisar en segunda e última instancia os actos impugnables emitidos pola Comisión ou a Secretaría Técnica*" e, no réxime sancionador de represión contra a competencia desleal, para "*actuar medios probatorios que permitan esclarecer os feitos imputados a título de infracción*", entre outras potestades de instrución ligadas ás dúas citadas e espalladas nalgunhas normas diversas (ver principalmente o artigo 27 do Decreto legislativo n. 1044).

22 KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, cit., pp. 108-109.

do alto interese público ou manifesta conveniencia nacional", segundo os termos do artigo 3 do Decreto legislativo n. 1031).

Finalmente, na mesma liña o Tribunal Administrativo de Defensa da Competencia do INDECOPI recoñeceu expresamente –como non podía ser doutro xeito– que o "*Congreso da República é o único (...) lexitimado para avaliar a oportunidade da intervención empresarial. En efecto, só o parlamento que posúe a representación de todos os sectores da sociedade pode –a través do consenso ao que deben arribar todas as forzas políticas para expedir a necesaria lei autoritativa que habilita a actividade– lograr a expresión máis xenuína e representativa do interese da comunidade*"²³.

Como peche de todo o anteriormente explicado, debe quedar claro que a subsidiariedade horizontal ten un amplo ámbito obxectivo, presentando sempre nun lugar estelar a prioritaria revalorización da persoa, os seus dereitos e impulso en calquera campo da realidade, importancia guiada sempre pola idea de que non resulta "*lícito quitarlles aos individuos e traspasarlle á comunidade o que eles poden realizar co seu propio esforzo e iniciativa*"²⁴. Ademais, esta colocación protagónica das persoas leva aparelada e conéctase cun grupo de variantes da propia figura que, desde o recoñecemento constitucional, se presentan compostas por unha serie de dereitos constitucionais ineludibles, mandatos de corte positivo e negativo e subprincipios (como o *pro libertate* e o pé de igualdade). Todas estas variantes convértense en parte da bagaxe da subsidiariedade horizontal e en auténticos medios para servir á supremacía das persoas prevista no artigo 1 da Constitución.

Por outra banda, a Constitución tamén previu un subprincipio da subsidiariedade social que aparece expresamente recollido no sinalado artigo 60, o cal ten impacto directo sobre as actuacións permanentes das empresas públicas. Este é o chamado *de pé de igualdade* entre as intervencións empresariais efectuadas polos privados e as xestionadas (de xeito subsidiario) polas organizacións administrativas ou empresas públicas de diversa índole²⁵. Sobre o particular, este parco texto constitucional sinala o seguinte:

"A actividade empresarial, pública ou non pública, recibe o mesmo tratamento legal".

Logo, o propio lexislador declarou no artigo 7 do Decreto legislativo n. 757 a reafirmación deste subprincipio e as distancias conceptuais evidentes entre as organizacións administrativas e as empresas públicas nos seguintes termos: "*cando unha mesma actividade económica é realizada polo Estado e por empresas privadas, iguais condicións son aplicables a ambos os dous. En ningún caso se outorgará ás empresas do Estado atribucións de imperio ou*

23 Resolución 3134-2010/SC 1-INDECOPI, do 29 de novembro de 2010, F.X. 124.

24 ARIÑO ORTIZ, G., *Empresa pública, empresa privada, empresa de interese xeral. Leccións retrospectivas, das que algo se pode aprender*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 158.

25 Esta diferenciación entre actividade, organización administrativa e empresa pública aparece claramente recollida no apartado 14.3 do Decreto legislativo n. 1044 e na visión económica que recolle maioritariamente o TADC do INDECOPI, órgano administrativo resolutivo que sinalou "*que non importa cal sexa a forma xurídica que adopte a entidade que presta os bens e servizos. Isto é, a actividade empresarial non é privativa das denominadas empresas públicas, pois mesmo unha entidade estatal pode desempeñar algún tipo de actividade comercial. Basta con corroborar que o Estado, a través de calquera tipo de organización, é o titular da xestión do medio de produción e prové directamente un ben que satisfai os consumidores*". Vid. Resolución 3134-2010/SC 1-INDECOPI, do 29 de novembro de 2010, F.X. 50. Non obstante, a pesar destes datos, creo que existe unha explicación xurídico-administrativa abandonada por este Tribunal Administrativo e a propia lexislación nos intentos por explicar a actividade empresarial estatal. Esta é que no noso país aínda seguimos recoñecendo as chamadas empresas do Estado de dereito público que aparecerían claramente exemplificadas nos citados FONAFE e no Banco da Nación. Ao respecto, véxanse as explicacións brindadas polo profesor ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación xurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, cit., p. 85.

propias da Administración pública, con excepción das facultades que o Estado delegue para a cobranza coactiva de tributos”.

Os anos posteriores non foron moi favorables para esta figura. Así, o tratamento paritario que formulou de xeito directo o Constituínte e a anterior declaración legal foron amplamente afectados pola posterior lexislación sectorial da actividade empresarial do Estado, presentando unha idea distorsionada da igualdade pretendida desde a Constitución, xa que non é posible, na actualidade, empregar os mesmos réximes xurídicos para os destinatarios desta norma constitucional. En calquera caso, o que máis primou en épocas posteriores á promulgación da vixente Carta magna é unha desigualdade de distinta intensidade que, malia que ontolóxica e con algunhas xustificacións, se distancia irracionalmente para as empresas públicas (estatais) e os suxeitos empresariais privados fóra das regras naturais do mercado e o propio dereito privado, mesmo con certas previsións que determinarían a posible derogación implícita do mencionado artigo 7 do Decreto legislativo n. 757.

No mesmo sentido, e seguindo o reconto feito por ABRUÑA, existiron varias normas contidas na antiga Lei n. 24948 que lles outorgaron ás empresas estatais directos *“privilexios, como gratuidade e exoneración de todo tributo, dereito, arancel ou taxa nas transferencias de accións e activos fixos (...) inembargabilidade das accións; e (...) con lei previa de delegación, podían contar coa posibilidade de exercer facultades coactivas (...) e ser axentes de percepción ou retención de tributos”*²⁶. Isto, na actualidade foi atenuado e existe unha clara tendencia a privatizar o réxime da actividade empresarial do Estado para a maioría destes suxeitos, co fin de achegar a lexislación sectorial á mencionada cláusula constitucional (aparecendo claras alusións a normas societarias por varios fragmentos).

Pero, en detrimento destes intentos últimos, mantéñense certas cuestións tales como a delegación legal de certas potestades administrativas de autoorganización ligadas á implantación de *“plans estratéxicos e nas metas establecidas nos seus programas e orzamentos anuais”* aplicados desde o *holding* público chamado FONAFE ou as súas entidades administrativas accionistas (ver o apartado 5.2 do Decreto legislativo n. 1031), a irracional aplicación de regras de contratación estatal (ver o apartado g do artigo 3 da Lei n. 30225), ou por último o exercicio tamén delegado de potestades para vincularse *“cos sistemas administrativos do Estado”* (ver o artigo 1 do Decreto legislativo n. 1031)²⁷.

26 ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, cit., p. 88.

27 A delegación de potestades administrativas a favor de empresas públicas (de forma xurídico-privada) segue sendo un problema serio e por resolver no noso dereito administrativo. En xeral, considero que debería extirparse esta posibilidade, co fin de que non existan distorsións na intervención empresarial pública, permitindo que as empresas estatais e municipais se comporten como axentes de mercado, con riscos propios e xurdan sobre os seus obxectivos outros tipos de controis. Se pretendemos manter un aparato concreto e pequeno de empresas públicas, debemos asumir que é produto da redución do dereito administrativo, na cal non cabe entregar potestades públicas a estes suxeitos de personalidade xurídico-privada, posto que as posicionarían nunha situación non igualitaria fronte aos seus competidores ou pares privados (en sentido positivo ou negativo). É máis, estas fórmulas de delegación distorsionan o concepto de Administración pública no noso dereito, aparecendo estrañas nocións na nosa LPAX ou nas propias normas de contratacións do Estado (como a consideración de entidades administrativas recalcadas sobre as *“persoas xurídicas baixo o réxime privado que prestan servizos públicos ou exerzan función administrativa en virtude de concesión, delegación ou autorización do Estado”* prevista no apartado 1.8 do título preliminar da LPAX). Neste punto, comparto a posición mantida pola profesora española CHINCHILLA, desde a perspectiva comunitaria, en canto que non poden cualificarse *“como poderes públicos as entidades do sector público que adoptan forma e natureza privada (as sociedades mercantís ou as fundacións), simplemente porque non o son; e non o son, precisamente, porque non exercen potestades, por máis que recentemente as leis recoñecesen, como asumindo unha anomalía que, como tal, non debería ter consagración legal, que pode haber sociedades mercantís que exerzan potestades públicas”*. Vid. CHINCHILLA MARÍN, M.A., *“El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo”*, *Revista Administración Pública*, n. 200, 2016, p. 373.

IV

Fronte a este panorama de desorde respecto á noción de empresas públicas, particularmente na formulación correcta do seu réxime aplicable e as relacións que deben manter no mercado (especialmente con outros operadores), vale un intento de reconstrución para mostrar o valor e a vinculatoriedade deste segundo e abandonado subprincipio de *igualdade de trato* contido no artigo 60 da Constitución.

Ao respecto, e así considero que aparece recoñecido expresamente nos artigos 3 e 4 do Decreto legislativo n. 1031 e o apartado f do artigo 1 do Decreto supremo n. 176-2010-EF), camiñamos directamente e sen sabelo cara á instauración dunha definición *funcional* desta técnica, cuestión en que nos parecemos moito á tendencia do dereito comunitario iniciada en 1980 coa Directiva 80/723 (a famosa “Directiva transparencia”²⁸.), aprobada para mellorar a competencia e a “*transparencia das relacións financeiras*” entre as organizacións do poder público dos Estados membros e os suxeitos económicos creados polos primeiros.

Neste punto, e directamente relacionado coa noción funcional nosa, non debemos esquecer que as empresas públicas se atopan por enriba dos seus “*réximes particulares*”²⁹ e mesmo das súas propias configuracións ou relacións de dependencia coas entidades administrativas. A resposta para catalogar unha organización como empresa pública é máis casuística e económica. Polo tanto, na súa identificación e correcta xuridificación, só cabe determinar que os “*poderes públicos, usando ou non entes instrumentais personificados, interveñen no mercado libre competindo coas empresas privadas. Non sempre estas operacións se fan utilizando a fórmula da sociedade mercantil, senón de organismos públicos sometidos a réximes distintos, mesmo de dereito público, que actúan no tráfico cos mesmos obxectivos das empresas*”³⁰.

A partir do indicado, na cualificación dunha empresa pública (estatal, municipal, de capital mixto), non importa a personalidade que teña e o réxime aplicable, pois sempre será un mecanismo de intervención orgánica das administracións públicas aplicada para brindar directamente servizos e prestacións a favor de usuarios ou consumidores dentro de sectores do mercado, o cal se xustifica en diversas e xa comentadas razóns de utilidade pública ou interese xeral. En suma, o importante é que, aínda que a empresa pública apareza como un novo suxeito con personalidade xurídica diferenciada, e en moitos casos adscrita e rexida polo sistema xurídico-privado, esta é sempre dependente, enormemente influída ou controlada por unha organización administrativa (sexa pola súa propia creadora ou por algunha outra encargada especificamente polo ordenamento, tal como sucede no país co FONAFE ou a

28 O artigo 2 desta norma comunitaria definía as empresas públicas como “*calquera empresa en que os poderes públicos poidan exercer, directa ou indirectamente, unha influencia dominante en razón da propiedade, da participación financeira ou das normas que a rexen. Presúmese que hai influencia dominante cando os poderes públicos, directa ou indirectamente, e respecto da empresa:*

- a) *posúen a maioría do capital subscrito da empresa, ou*
- b) *dispoñen da maioría dos votos inherentes ás participacións emitidas pola empresa, ou*
- c) *poden designar máis da metade dos membros do órgano de administración, de dirección ou de vixilancia da empresa”.*

29 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Thomson Civitas, Madrid, tomo II, 2004, p. 1084.

30 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit., p. 1084.

Caixa Militar-Policía³¹). En suma, como ben sintetizou MARTÍN MATEO, as empresas públicas son “organizacións económicas de control público”³².

Entón, cando un operador se atope fronte a unha empresa pública, non pode pretender rebater a titularidade, ou a influencia dominante, ou os controis públicos exercidos polas entidades administrativas competentes; máis ben ten que asumir que calquera destes criterios son indispensables para definir a correcta configuración e aparición desta técnica no caso concreto. Como corresponde, ambos os dous elementos de creación, constitución e de permanencia (existencia) da empresa pública quedarán marcados de arriba a abaixo polo dereito administrativo (con leis concretas e habilitantes que marcan este camiño), manifestándose nunha serie de relacións xurídico-administrativas de carácter interno que se presentan entre as organizacións administrativas matrices e os suxeitos económicos creados. Isto último sería o denominado *núcleo duro* de dereito administrativo que resulta irrefragable ante a aparición xurídica das chamadas empresas públicas (estatais ou municipais)³³.

Non obstante, e isto é algo que perdemos de vista de cara á igualdade de tratamento xurídico coas actuacións e empresas privadas, a descrita participación empresarial pública sempre deberá someterse ás regras de mercado, sendo o dereito privado o que prime no desenvolvemento do seu obxecto social e onde corresponda adicionalmente (as relacións cos seus provedores, a propia autoorganización e nas relacións con outras empresas), xa que baixo estes supostos (que non son poucos) deberá existir un necesario discernimento e flexibilización fronte a esta ciencia xurídica, co fin de outorgarlle unha autonomía de xestión necesaria, aceptacións claras de riscos de mercado e ser considerada un axente económico máis³⁴.

31 A Caixa Militar-Policía constitúe unha entidade administrativa capaz de exercer un conxunto de potestades administrativas, próxima en fisonomía ao FONAFE e ao Banco da Nación, pero con determinadas características particulares preceptuadas no seu réxime estatutario. Considero que a definición desta organización administrativa é un pouco complexa, na medida en que, sen deixar de ser unha entidade da Administración pública tradicionalmente coñecida, realiza bastantes actividades de administración e xestión económica, isto último sempre con fins pensionarios a favor do persoal militar e policial do país. Nese sentido, de conformidade co artigo 1 do Decreto lei n. 21021, esta entidade administrativa vén dotada de personalidade xurídico-pública interna, é dicir, pode actuar por si mesma sendo capaz de adquirir dereitos e contraer obrigas, e evidentemente ser un centro de imputación xurídica, sen prexuízo de ter un conxunto de persoas e medios materiais adscritos cara a fins diversos, directamente outorgados ou permitidos polo lexislador.

En segundo lugar, a partir do seu grande eixe de actuación (a Administración pensionaria), realiza unha serie de operacións económicas con contraprestación, tal como se pode desprender do artigo 2 do regulamento do Decreto lei n. 21021, aprobado mediante o Decreto supremo n. 005-75-CCFA, segundo os seguintes termos: i) Administrar o réxime de pagamento das pensións e compensacións dos seus membros, de conformidade co establecido no Decreto lei n. 19846, ii) Administrar os recursos da Caixa coa finalidade de incrementalos; e, iii) Administrar outros fondos e prestar outros servizos que sexan aprobados por decreto supremo, referendado conxuntamente polos ministros de Guerra, de Mariña, de Aeronáutica e do Interior (actualmente, Ministerio de Defensa e do Interior).

Así mesmo, pódese desprender do artigo 33 do Decreto lei n. 21021 que esta entidade realiza especificamente actividades financeiras e bolsistas, na medida en que constitúen recursos da Caixa certo tipo de rendementos obtidos das seguintes actuacións: “f) O rendemento dos seus investimentos; g) Os xuros das súas colocacións financeiras e doutras operacións”.

Ademais, o artigo 36 da mesma norma establece que “a caixa utilizará os seus recursos despois de cumprir as súas prestacións e gastos administrativos, en investimentos que aseguren unha rendibilidade (...)”. De conformidade coa súa política de investimentos, esta entidade administrativa ten algunhas empresas da súa propiedade en diversos eidos (inmobiliario, almacenista hoteleiro e bancario). Está claro que estas últimas encaixan directamente na noción funcional que se vén formulando neste traballo. En calquera caso, as empresas da Caixa susténtase no obxectivo institucional de “lograr a maior rendibilidade posible dentro dun marco de seguridade e reducido nivel de risco que garanta unha pensión digna para os seus afiliados (...) pondo en práctica criterios financeiros de diversificación e unha análise profunda das diferentes alternativas de investimento no mercado peruano de capitais”.

32 MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, Ceura, Madrid, 1985, p. 372.

33 Vid. MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, cit., p. 372. No dereito peruano, esta posición foi asumida polo desaparecido profesor A. CÉSPEDES, asumindo así o valor substancial destas notas definitorias das empresas públicas. Vid. CÉSPEDES ZAVALA, A., “Análisis de los rasgos administrativo-legales más característicos de las empresas públicas en la época contemporánea”, en AA. VV. *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo*, Paredes, Caracas, 2009, pp. 65-66.

34 Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 411.

De novo, o principio de pé de igualdade xera *equilibrio*, non debendo exaxerarse a extensión do núcleo duro ou esencial do dereito administrativo na lexislación pertinente das empresas públicas, ao ser esta unha situación que suporía a ruptura da constitucional igualdade do trato, a desnaturalización desta técnica e, sen dúbida, unha posible ameaza á posición de primacía da que gozan as persoas naturais e xurídicas en todo emprendemento empresarial. En segundo lugar, a clave de reconstrución tamén supón asumir o dereito privado “*como dereito xeral do tráfico económico*”³⁵, que proporciona a toda organización administrativa que controla unha empresa pública a necesaria “*capacidade de conexión das súas accións co mercado e coa actividade dos seus interlocutores privados*”³⁶. Por iso, como pedra de toque, a lexislación sectorial ten que cambiar en moitos fragmentos, eliminando toda referencia secundaria ou supletoria do dereito privado respecto de ámbitos non ligados ao acoutado núcleo duro de dereito administrativo³⁷.

V

Como adiantei liñas atrás, a nota definitoria das empresas públicas é o *control público* ao que sempre se atopan sometidas, o mesmo que é exercido por unha organización administrativa e pode manifestarse de diversas maneiras (sobre a organización en xeral, nos órganos de goberno, na propia xestión, na actividade interna, na toma de decisións da empresa, mediante a chamada “*acción ouro*”³⁸). Agora ben, este control, influencia ou dependencia pública dominante poden ser directos ou indirectos (mesmo se poden materializar mediante un suxeito distinto á organización administrativa, é dicir, podería aparecer unha empresa pública que controla a outra³⁹). En consecuencia, o elemento en cuestión sempre debe ser entendido de xeito extenso como un fenómeno que limita a autonomía e a xestión empresarial a través da intervención da Administración pública.

35 SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003, p. 299.

36 SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., p. 299.

37 O afirmado na última parte do parágrafo final suporía tamén un radical cambio de sentido na normatividade infralegal da actividade empresarial pública. Propoño un exemplo para entender mellor a formulación. O réxime de control público exercido polo *holding* estatal FONAFE que se practica sobre as denominadas empresas do Estado (todas elas configuradas como sociedades mercantís) lévase a cabo en paralelo coa aplicación do dereito privado, usado sobre as xestións xerais e actividades de mercado practicadas por estes últimos suxeitos. Non obstante, nestes últimos espazos de actuación, aparecen diversas directivas aprobadas polo Directorio do FONAFE que non necesariamente teñen que ver coas relacións xurídicas propias do descrito núcleo de dereito administrativo (por exemplo contratación, planificación de mercado, repartición de dividendos, aumentos de soldo de directivos, réxime de directores, etc.), sendo normas regulamentarias que producen unha menor marxe de manobra das empresas estatais no mercado, e, en segundo lugar, unha directa forma de inaplicar na práctica o principio do pé de igualdade (unha extensión irracional do dereito administrativo a situacións non naturais). Non obstante, non debo deixar de mencionar a situación diferenciada de flexibilización en que se veu introducindo a empresa estatal PETROPERÚ, unha das poucas que, por sucesivas normas legais (Leis n. 28840 e n. 30130), se viu apartada do dereito administrativo en espazos non ligados ao sinalado núcleo duro xurídico-administrativo. Malia estas cuestións máis que positivas, existen voces discordantes que censuran algunha destas leis, mesmo co rótulo de incumplidora do “*establecido no terceiro parágrafo do artigo 60 da Constitución*”. Esta cita pode ser revisada en CAIRAMPOMA ARROYO, V., “(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano”, *Vol. Col. V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2012, p. 328.

38 ABRUÑA PUYOL, A., y BACA ONETO, V., *Notas al curso de derecho administrativo*, promanuscrito, Facultade de Dereito da Universidade de Piura, Lima, 2012, p. 479.

39 Polo menos isto aparece claramente recoñecido no apartado f do artigo 1 do Decreto supremo n. 176-2010-EF, cando se indica que dentro das empresas estatais se consideran aquelas “*cuxo capital pertence, de xeito directo ou indirecto, integramente ao Estado; aquelas nas cales o Estado ten participación maioritaria; coas excepcións previstas na Lei de FONAFE*”. Agora ben, aínda que neste específico réxime de actividade empresarial estatal a posibilidade descrita non se concretou, si está claro que esta aparece establecida para as empresas de propiedade e control da Caixa Militar Policial (baixo o seu sistema estatutario e peculiar).

Agora ben, como no seu momento formulou SÁNCHEZ MORÓN⁴⁰, poderíase recoñecer doadamente a forte utilización instrumental do dereito privado (supostos en que se abre o espazo para pensar nun exercicio de potestade administrativa non tradicional, a consecuente transformación da organización administrativa nun accionista ou privado máis e a aparición do fenómeno de fuxida do dereito administrativo na súa versión máis ligada á actividade administrativa económica ou industrial⁴¹), aínda que as anteriores opcións se mesturan con formas xurídico-administrativas típicas (como a designación de directores mediante procedementos previos de selección e actos administrativos contidos nos “Acordos de Directorio do FONAFE” preceptuados no artigo 7 do Decreto legislativo n. 1031 e do artigo 15 do Decreto supremo n. 176-2010-EF).

No mesmo sentido, se cabe a formulación dunha *tipoloxía* destas manifestacións de poder e suxeición da organización administrativa fundante sobre estes suxeitos económicos poderíanse resumir os seguintes supostos⁴²:

(i) Control por resultados: É a forma de subordinación a través da cal o Estado, representado por algunha entidade administrativa, exerce unha función fiscalizadora ou de revisión de obxectivos, verificando os resultados últimos ou intermedios da xestión da empresa. Nesta fórmula menos invasiva da actividade empresarial, a organización administrativa controladora non participa no proceso interno de toma de decisións⁴³, xerándose un amplo espazo para a aparición dos procesos de *despolitización* que son tan urxentes e necesarios para o sostemento xuridicamente válido da técnica⁴⁴.

(ii) Control directo: Dáse cando a organización administrativa participa directamente na toma de decisións internas da empresa pública co fin de que se produzan os resultados esperados. Esta manifestación de control lógrase, xeralmente, a través da titularidade pública da maioría das accións da empresa, e pode ser, á súa vez, *económica* ou de *dirección*, recaendo neste último caso sobre toda ou partes da *xestión* e *dirección* mesma da empresa.

40 O importante profesor español indicaba sobre este punto que acerca das empresas públicas pouco “*importa, pois, o dato da personalidade xurídica, se se é ou non persoa ou se se ten personificación pública ou privada. O control, polo demais, pode lograrse mediante fórmulas de dereito privado (propiedade ou posición maioritaria na sociedade) ou mediante formas de dereito público (creación dun organismo público ou exercicio de potestades exorbitantes de dirección e control), pode ser directo ou indirecto*”. Ver esta cita en SÁNCHEZ MORÓN, M., “Introdución ao réxime xurídico da empresa pública en España”, *Revista de Administración Pública*, n. 93, 1980, p. 93.

41 Ao respecto, convén tomar en conta o afirmado por S. MARTÍN-RETORTILLO sobre a implantación de formas societarias nas empresas públicas. Decía o desaparecido profesor aragonés que “*en todo caso, un dato convén destacar moi en particular: a actividade das empresas que así se crean vén referida exclusivamente a unha actividade económica de produción de bens ou servizos e de dación destes ao mercado; ou, como moito, á xestión dalgún servizo público cun status en principio intercambiable co do concesionario. As empresas públicas nunca se entendeu que realicen actividade administrativa de ningún tipo*”. Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., “Reflexións sobre a fuxida do dereito administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 140, 1996, p. 30.

42 CÉSPEDES ZAVALETA, A., “El análisis de los rasgos administrativo-legales más característicos de las empresas públicas en la época contemporánea”, cit., p. 934.

43 Cabe resaltar que esta manifestación do control público foi moi pouco utilizada na xestión das empresas públicas peruanas.

44 Aínda que con algún dato que non comparto, hai algúns anos atrás afirmaba G. ARIÑO sobre a práctica e os “comportamentos” das empresas públicas que estas últimas non deben ter ningunha diferenza cos seus pares de titularidade privada, debendo seguir un proceso obrigatorio de despolitización que as afastase “*do dereito público, da influencia política, dos privilexios e das discriminacións que ás veces as acompañaron, asimilándoas todo o posible á empresa privada*”. Vid. ARIÑO ORTIZ, G., “De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas”, *Revista de Administración Pública*, n. 138, 1995, p. 11.

Ao respecto, estimo que resulta válido e moi necesario eliminar todo compoñente de *partidarización das empresas públicas*, sendo unha nota esencial nos tempos actuais que corren en Latinoamérica (pola loita anticorrupción que implica en boa medida a reforma de varias destas organizacións económicas de titularidade estatal). Non obstante, non creo que sexa correcto identificar a prohibición deste compoñente coa saída do dereito administrativo do seu réxime, pois este último –en doses axeitadas e concentradas– é fundamental para asegurar a xuridicidade do núcleo xurídico-público duro da empresa pública, ademais do seu propio servizo ao interese público (o cal debe aparecer e despregarse sempre para xustificar a creación legal, a propia causa e o obxecto deste suxeito).

(iii) Control indirecto: Nesta modalidade a organización administrativa non participa directamente na dirección do suxeito económico por non ser a súa accionista ou participacionista maioritario; é máis, pode posuír efectivamente unha intervención accionaria mínima, ou mesmo ningunha posible. Non obstante, ten a capacidade de tomar decisións esenciais e estratéxicas no interior da empresa pública, sexa por mandato normativo, polo control directo sobre outro suxeito económico que participa nos órganos de goberno da empresa pública, por unha obriga xerada desde o dereito privado ou pola aparición da chamada acción-ouro, entre outras posibilidades. Os exemplos máis típicos de *control indirecto* son a designación de máis da metade dos membros do directorio, a reserva da decisión sobre a ampliación ou redución de operacións, ou sobre a propia existencia xurídica da empresa pública.

(iv) Control dos criterios para a toma de decisións: É a forma de influencia que se dá por medio do nomeamento de directores e xerentes. Esta pódese especificar mediante a instauración de convenios de xestión para o cumprimento de determinados obxectivos preestablecidos, posibilitando a avaliación da xestión da empresa en función dos resultados previamente acordados cos seus directivos.

Para pechar este traballo, indicaremos que o control público e a súa execución mediante as súas diferentes modalidades permite non só modificar os supostos de aplicación da técnica estudada, posibilitando dar resposta sobre a natureza xurídica de varios operadores do mercado que pasaron desapercibidos ou sen categorías posibles no noso dereito (como as sinaladas empresas da Caixa Militar Policial ou as organizacións económicas de ESSALUD⁴⁵), senón que tamén permite asumir que as empresas públicas son obxecto dun concepto *amplio*, sen posibilidade ningunha de que na correspondente definición prime algún elemento formal ou tendencia á subxectivización⁴⁶. Como ben sinalaba FONT I LLOVET, “*en definitiva, pois, a empresa pública (...) non aludirá a unha forma, a un suxeito, a un ente, senón a unha organización económica activa peculiarmente relacionada coa Administración baixo o signo da dirección e o control. Convén recordar, non obstante, que os aspectos formais representan tamén a súa función. Non deberán ser tomados como o único dato definitorio*”⁴⁷.

Bibliografía

- ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010.
- ABRUÑA PUYOL, A., e BACA ONETO, V., *Notas al curso de derecho administrativo*, promanuscrito, Facultade de Dereito da Universidade de Piura, Lima, 2012.
- ARIÑO ORTIZ, G., “De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas”, *Revista de Administración Pública*, n. 138, 1995.

45 Estoume a referir ás empresas SILSA e ESVCISAC, creadas nos anos oitenta polo antigo IPSS (hoxe Seguro Social de SAÚDE, de sigla ESSALUD). Hai que indicar que ambas as dúas, baixo a noción explicada, son empresas públicas, pois tanto ESVCISAC como SILSA son suxeitos sometidos a un control público ou influencia pública dominante, que se manifesta na participación maioritaria dun organismo público no conxunto de accionistas das ditas empresas (ESSALUD é titular de case o 95 % das accións representativas do capital social dunha destas empresas).

46 FONT I LLOVET, T., “La empresa pública agraria”, *Revista Administración Pública*, n. 100-102, 1983, p. 2818.

47 FONT I LLOVET, T. “La empresa pública agraria” cit., p. 2833.

- ARIÑO ORTIZ, G., *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general. Lecciones retrospectivas de las que algo se puede aprender*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- CAIRAMPOMA ARROYO, V., "(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano", *Vol. Col. V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2012.
- CÉSPEDES ZAVALETA, A., "Análisis de los rasgos administrativo-legales más característicos de las empresas públicas en la época contemporánea", en AA. VV. *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo*, Paredes, Caracas, 2009.
- CÉSPEDES ZAVALETA, A., *El estado empresario: verdades, conjeturas y mitos jurídicos*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2010.
- CHANG CHUYES, G., "La subsidiariedad del estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria res. n. 3134-2010/sc1-indecopi", *Vol. Col. II Convención Estudiantil en Derecho Público*, Universidad de Piura-Palestra, Lima, 2015.
- CHINCHILLA MARÍN, M. A., "El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo", *Revista Administración Pública*, n. 200, 2016.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993", *Revista de Estudios Políticos*, n. 84, 1994.
- FONT I LLOVET, T., "La empresa pública agraria", *Revista Administración Pública*, n. 100-102, 1983.
- HAKANSSON NIETO, C., *Curso de derecho constitucional*, Palestra-Universidad de Piura, Lima, 2012.
- KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, Palestra, Lima, 2010.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., "La empresa pública autonómica: aspectos jurídicos", *Revista presupuesto y gasto público*, n. 16, 1995.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho administrativo económico*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2016.
- LÓPEZ RODÓ, L., "El modelo económico de la constitución", *Vol. Col. Administración y Constitución*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981.
- MARTÍN MATEO, R., *Ordenación del sector público en España*, Civitas, Madrid, 1974.
- MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, Ceura, Madrid, 1985.
- MARTÍN RETORTILLO, S., "Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 140, 1996.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Thomson-Civitas, Madrid, Tomo II, 2004.

OCHOA CARDICH, C., *Economía y constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979*, Cultural Cuzco, Lima, 1987.

RUBIO CORREA, M., *Estudio de la Constitución política de 1993*, PUCP, Lima, 1999.

SÁNCHEZ MORÓN, M., "Introducción al régimen jurídico de la empresa pública en España", *Revista de Administración Pública*, n. 93, 1980.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2010.

SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003.

regap



NOTAS

O novo réxime das notificacións administrativas

El nuevo régimen de las notificaciones administrativas

The new system of administrative notifications

54
Regap

NATALIA SOLAR JIMENO

Letrada da Xunta de Galicia
natalia.solar.jimeno@sergas.es

Recibido: 10/11/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Regap



NOTAS

Resumo: Este traballo analiza o novo sistema das notificacións administrativas establecido pola Lei 39/2015, do procedemento administrativo común das administracións públicas, onde conviven a notificación en papel e a notificación electrónica.

Palabras clave: Nova Lei do procedemento administrativo común das administracións públicas, notificacións administrativas, notificación en papel, notificación electrónica.

Resumen: Este trabajo analiza el nuevo sistema de las notificaciones administrativas establecido por la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, donde conviven la notificación en papel y la notificación electrónica.

Palabras clave: Nueva Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, notificaciones administrativas, notificación en papel, notificación electrónica.

Abstract: This job analyzes the new system of administrative notifications established by Law 39/2015, of the common administrative procedure of public administrations where paper notification and electronic notification coexist.

Keywords: New Law of the common administrative procedure of the public administrations, administrative notifications, paper notification, electronic notification.

Sumario: 1 Introducción. 2 As notificacións en papel. 2.1 Suxeitos. 2.2 Principais novidades na práctica da notificación en papel. 2.2.1 Receptor da notificación. 2.2.2 Horario do segundo intento. 2.2.3 Dualidade da notificación en papel e notificación en sede electrónica. 2.2.4 Finalización do proceso notificador. 3 As notificacións electrónicas. 3.1 Suxeitos obrigados. 3.2 Práctica da notificación electrónica. 3.2.1 Estrutura bifásica. 3.2.2 Funcionamento. 3.3 Cómputo de prazos. 3.4 A notificación por edictos. 3.5 Supostos excluídos. 4 Referencias xurisprudenciais.

1 Introducción

Antes da entrada en vigor da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante LPACAP), o réxime xurídico das notificacións administrativas regulábase nos artigos 58 e seguintes da LRX-PAC e completábase coas previsións establecidas para as notificacións electrónicas na Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos. O esquema básico que xurdía deste escenario xurídico era que as notificacións en domicilio se practicaban en papel e sobre a base de dous intentos cun lapso temporal de 3 días e unha diferenza horaria de 60 minutos, con obriga de acudir a unha notificación no BOE cando ambos os dous intentos fosen infrutuosos. A este esquema engadíase a posibilidade de substituír as notificacións en papel por notificacións electrónicas para aqueles interesados que o solicitasen, podendo realizarse a notificación electrónica a través do correo electrónico, a través dun enderezo habilitado único ou a través de comparecencia na sede electrónica da Administración notificadora.

Tras a entrada en vigor da LPACAP, o réxime xurídico das notificacións administrativas regúlase nos artigos 40 e seguintes, establecéndose un sistema dual onde conviven as notificacións en papel coas notificacións electrónicas. O esquema básico das notificacións en papel é similar ao anterior, baseándose nos dous intentos e posterior notificación no BOE, pero engádese a obriga de pór á disposición dos interesados a notificación na sede electrónica da Administración. Polo seu lado, a notificación electrónica deixa de ser voluntaria para os suxeitos previstos no artigo 14.2 LPACAP e só se permite a través de enderezo habilitado único ou comparecencia na sede electrónica da Administración, establecéndose a posibilidade de recibir previamente un aviso a través de SMS no móbil ou no correo electrónico.

Este réxime xurídico complétase, a nivel estatal, coas previsións establecidas na parte non derogada do Real decreto 1671/2009, do 6 de novembro, que desenvolvía parcialmente a citada Lei 11/2007, e para Galicia, coas previsións contidas nos artigos 28 e seguintes da Lei galega 2/2017, do 8 de febreiro, de medidas fiscais, administrativas e de ordenación (en diante Lei galega de medidas 2/2017).

2 As notificacións en papel

2.1 Suxeitos

O artigo 14 LPACAP establece que as persoas físicas poderán elixir en todo momento se se comunican coas administracións públicas para o exercicio dos seus dereitos e obrigas a través de medios electrónicos ou non, salvo que estean obrigadas a relacionarse a través de medios electrónicos coas administracións públicas. O medio elixido pola persoa para comunicarse coas administracións públicas poderá ser modificado por aquela en calquera momento.

Para modificar a canle de comunicación, opción só prevista para quen non estea obrigado a relacionarse electronicamente, o artigo 41.1 LPACAP fai referencia aos modelos normalizados que se deberán cubrir cada vez que a persoa interesada cambie o medio en que quere que se lle practiquen as notificacións (sempre que non estea obrigado a recibilas electronicamente). O anterior sistema establecido no xa citado RD 1671/2009 só exixía un consentimento expreso ou unha solicitude para poder optar ás notificacións electrónicas, o cal podía xerar

certo grao de inseguridade xurídica que, evidentemente, cos modelos normalizados se soluciona. Exemplo desta inseguridade xurídica é a Sentenza da Audiencia Nacional do 25 de novembro de 2011, na cal, admitindo como medio válido de notificación o fax, entende que non era válida a dita notificación, pois só constaba un consentimento tácito (citábase o número de fax na cabeceira da mercantil).

Este sistema complétase en Galicia co establecido no artigo 29 da Lei galega de medidas 2/2017, que establece que cando se solicite a creación dun enderezo habilitado único a través do Sistema de notificacións electrónicas de Galicia, mediante os modelos normalizados dispoñibles para estes efectos no propio sistema, iso determinará, a partir dese momento, a recepción das notificacións a través de medios electrónicos en calquera procedemento administrativo tramitado pola Administración xeral e do sector público autonómico. E aclara que nos procedementos iniciados por solicitude do interesado, cando o interesado elixa no modelo normalizado de solicitude que a notificación nese procedemento se practique por medios electrónicos, a Administración creará o seu enderezo habilitado único.

Nestes casos, a creación do seu enderezo electrónico habilitado implicará que as notificacións que deban cursarse se realizarán preferentemente por vía electrónica, sen prexuízo do seu dereito a cambiar en calquera momento o xeito de practicarse. Este cambio debe comunicarse mediante os modelos normalizados dispoñibles no sistema para iso.

Un problema que deriva desta posibilidade de cambiar é desde cando estes son operativos, é dicir, desde cando a Administración debe cambiar o modo de notificar. Neste aspecto, cómpre ter en conta o RD 1671/2009, cuxo artigo 37.3 (non derogado) establece que o cambio se fará efectivo para aquelas notificacións que se emitan desde o día seguinte á recepción da solicitude de modificación no rexistro do órgano ou organismo público actuante.

Regap



NOTAS

2.2 Práctica da notificación en papel

Centrándonos na práctica das notificacións en papel, hai que destacar que tres son as principais novidades que se establecen no novo réxime xurídico. Unha é a relativa a quen é a persoa que pode recoller a notificación no domicilio do interesado. Outra é a relativa á diferenza horaria que debe haber entre os dous intentos de notificación. E a terceira, referida á obriga de pór á disposición dos interesados as notificacións en papel na sede electrónica da Administración. A continuación analizaremos separadamente cada unha destas cuestións.

2.2.1 Receptor da notificación

En relación coa primeira novidade, cabe dicir que, se co anterior sistema calquera persoa que se atopase no domicilio do interesado podía recoller a notificación, agora especificase que só poderán recoller as notificacións os maiores de catorce anos, manténdose a necesidade de que conste igualmente a identidade da persoa que recolle a notificación, sendo suficiente a mención de nome, apelidos e DNI, como precisa a Sentenza do Tribunal Supremo do 20 de xullo de 2012. Agora ben, entendemos que coa nova precisión relativa á idade mínima para a recollida das notificacións, dentro das mencións relativas á identidade, deberá constar tamén a idade da persoa que recolle a notificación, pois se non a Administración descoñecerá un dato que será esencial para o éxito do proceso notificador. En efecto, imaxinemos o inicio dun procedemento sancionador que se notifica no domicilio do interesado e que

a notificación a recolle un menor de 14 anos. Se non consta tal extremo no xustificante de recepción xunto co resto das mencións de identidade que xa precisamos, podemos estar en presenza de dous escenarios diferentes.

Un, que o menor si lle faga entrega da notificación ao interesado e que este se dea por notificado ao presentar escrito de alegacións ao acordo de incoación. Neste caso, poderíamos falar dunha mera irregularidade non invalidante, pois sería aplicable a doutrina do Tribunal Supremo; entre outras, Sentenza do 26 de maio de 2011, que establece que non procede invalidar o proceso notificador por recollida por persoa improcedente cando o interesado recibiu sen problemas e sen reparo outras notificacións recollidas pola mesma persoa. É dicir, neste caso cumpriuse coa finalidade da notificación, que é dar a coñecer a un interesado un acto concreto e poder exercer as súas posibilidades de defensa fronte a el.

Pero no segundo dos escenarios cambia a perspectiva. En efecto, situámonos ante o mesmo punto de partida, un acordo de incoación dun expediente sancionador que é recollido no domicilio do interesado por un menor de 14 anos sen que conste no xustificante de recepción tal circunstancia. Resulta que neste caso o menor non lle entrega a notificación ao seu destinatario pero á Administración cónstalle recollida a notificación. Como o destinatario non coñece o acto, non fai alegacións e polo tanto non exerce as súas posibilidades de defensa. Neste caso si que se pode alegar a existencia dun vicio invalidante que pode implicar a nulidade do procedemento. Así pois, unha de dúas, ou consta a idade nos xustificantes de recepción ou a Administración deberá comprobar a través da consulta do DNI (dato que coñece, pois si que consta no xustificante de recepción) a idade do receptor da notificación para poder verificar a corrección do proceso de notificación e evitar eventuais nulidades.

2.2.2 Horario do segundo intento

Por outro lado, como xa avanzamos antes, o artigo 42.2 LPACAP introduce unha novidade importante relativa ao horario en que debe practicarse o segundo intento de notificación no domicilio do interesado cando o primeiro non tivo éxito.

Coa anterior LRX-PAC, o segundo intento debería realizarse dentro dos tres días seguintes e en hora distinta, sendo interpretada a expresión “hora distinta” polo Tribunal Supremo na súa Sentenza do 28 de outubro de 2004, ditada en interese de lei, como que sería preciso que entre o primeiro e o segundo intento mediase unha diferenza mínima de 60 minutos.

Agora mantense o lapso temporal dos tres días pero modifícase o horario en que debe realizarse, pois establecece que entre os dous intentos debe mediar unha diferenza mínima de tres horas, así como operarse un cambio na franxa horaria, de maneira que, se o primeiro intento se fixo antes das quince horas, o segundo debe realizarse despois das quince horas, e viceversa. Consecuentemente, garántese que, se o primeiro intento de notificación se realiza pola mañá, o segundo se realizará pola tarde, e viceversa.

Segue sen aclarar a LPACAP como debe computarse o prazo relativo aos tres días seguintes en que debe realizarse o segundo intento. En concreto, a dúbida xorde en se se debe ou non se debe computar o día en que se realiza o primeiro intento de notificación dentro dese prazo de tres días. E esta precisión entendemos que é importante, pois a virtualidade do procedemento depende de que se observasen todas as formalidades necesarias no

proceso notificador. Así, basta lembrar os supostos en que se declaraba a caducidade dos procedementos sancionadores cando entre o primeiro intento e o segundo non se gardara a diferenza horaria mínima de 60 minutos.

Pois isto mesmo pode suceder cando o segundo intento se realice o mesmo día que o primeiro intento (por entender que os tres días empezan a contar desde o día seguinte a aquel en que se realiza o primeiro intento) e polo tanto o segundo intento ao realizalo o mesmo día que o primeiro non sería válido.

Ou, ao revés, entender que o primeiro día é o día en que se realiza o primeiro intento e, polo tanto, se o segundo intento se realiza o terceiro día contando desde o día seguinte ao primeiro intento, estaría fóra de prazo e non se cumpriría coas exixencias formais da lei, ocasionando a nulidade do procedemento.

Neste sentido, podemos citar a Sentenza do Tribunal Supremo do 22 de novembro de 2012, en que admitiu que o segundo intento se realizase o mesmo día en que se practicara o primeiro intento pero gardando a diferenza horaria de 60 minutos (evidentemente partía dun suposto á luz da anterior lei). Se aplicamos este criterio, non sería válido o segundo intento realizado o terceiro día contado desde o día seguinte a aquel en que se practicou o primeiro intento, pois estaría fóra de prazo.

Non obstante, esta solución, entendemos, non é de aplicación co novo sistema da LPACAP, pois evidentemente non é factible para os supostos en que o primeiro intento se realiza máis tarde das 15.00 horas, xa que neste caso é obrigatorio facer o segundo intento o día seguinte. Entendemos que o espírito da norma non é computar un mesmo prazo de xeito diferente en función de como se practicase o primeiro intento, co cal, por aplicación do artigo 30.3 LPACAP, entendemos que debe computarse a partir do día seguinte a aquel en que teña lugar a notificación ou publicación do acto de que se trate, sendo conscientes de que aquí non hai aínda notificación, só intento de notificación, e de que a redacción do artigo 30.3 é idéntica ao que establecía o artigo 48.4 LRX-PAC e, polo tanto, aplicable ao suposto analizado na xa citada Sentenza do Tribunal Supremo do 22 de novembro de 2012 e que chegou a conclusión diferente.

2.2.3 Dualidade da notificación en papel e notificación en sede electrónica

A terceira novidade establecida vén determinada pola dualidade de notificación electrónica e en papel que se exige para os casos en que haxa que practicar unha notificación en papel. A LPACAP determina unha clara preferencia polas notificacións por medios electrónicos, e mostra diso é o artigo 42, que establece como a notificación en papel non exclúe a posta á disposición da notificación na sede electrónica da Administración ou organismo actuante, aclarando que o acceso á notificación na sede electrónica será totalmente voluntario para o interesado e que iso non determina, de conformidade co artigo 42.3, que o resto das notificacións se realicen por medios electrónicos, senón que se lle dará a oportunidade de realizar o resto das notificacións por ese medio.

Varios son os problemas que derivan deste sistema dual. O primeiro que podemos citar é o relativo a cando se entende realizada a notificación no caso de que haxa un acceso voluntario á sede electrónica cando tamén hai unha notificación en papel. En efecto, pode darse

Regap



NOTAS

o suposto de que un acto ou resolución que debe notificarse en papel por solicitarse así conforme os artigos 14.1 e 41.3 se poña ao mesmo tempo á disposición do interesado na sede electrónica. A persoa interesada voluntariamente accede ao contido desa notificación na sede electrónica antes de que chegue a notificación en papel. E resulta que este acceso ao contido, de conformidade co artigo 43.2, supón a práctica da notificación por medios electrónicos, pero non foi o medio elixido polo interesado para practicar a notificación. Este acceso voluntario tamén resulta ser unha notificación válida ao abeiro do artigo 41.1, pois establece que, con independencia do medio utilizado, as notificacións serán válidas sempre que permitan ter constancia do seu envío ou posta á disposición, da recepción ou acceso polo interesado ou o seu representante, das datas e horas, do contido íntegro e da identidade fidedigna do remitente e destinatario. E segundo o artigo 41.7, cando o interesado fose notificado por distintas vías, terase en conta a data da notificación que se practicou en primeiro lugar. De todo o anterior, a pregunta é se este acceso voluntario á sede electrónica supón a práctica dunha notificación válida e, se o acceso é anterior á notificación en papel, se será este acceso o que marque a data de notificación.

O mesmo problema aparece cando hai un acceso voluntario á sede electrónica e non se recolle a notificación en papel. Neste último suposto xorde a dúbida de se hai que esgotar ou non todo o proceso notificador, é dicir, a dúbida céntrase en determinar se hai que facer o dobre intento e posterior notificación polo BOE ou se dá por notificación válida o acceso voluntario á sede electrónica e polo tanto non sería preciso esgotar o proceso notificador en papel, malia ser o medio expresamente elixido polo interesado para recibir as notificacións.

Á vista do dito anteriormente, cremos que o acceso voluntario sería unha notificación válida, pois o xeito en que se practique a notificación non é unha das condicións de validez desta (*vid.* artigo 41). A maiores, entendemos que, pola contra, a previsión do artigo 41.7 quedaría case baleira de contido (pode haber, ao abeiro do artigo 43, unha duplicidade de notificacións electrónicas, pois poden coexistir a notificación en sede electrónica e a notificación en enderezo habilitado único) e sobre todo que co acceso voluntario á sede electrónica o interesado ten acceso ao acto que se pretende notificar e, polo tanto, se cumpre coa función que pretende a notificación, é dicir, o interesado non poderá alegar defectos formais cando tales deficiencias non afectan a que o interesado tivo coñecemento desde o momento en que accede á sede electrónica ao contido do acto, podendo desde ese momento exercer o seu dereito de defensa.

Outro problema que pode xurdir é qué pasa naqueles casos en que non se pon a notificación á disposición do interesado na sede electrónica. Neste caso, entendemos que se trata dunha mera irregularidade non invalidante, máxime cando estamos en presenza dunha notificación en papel que así escolleu voluntariamente o interesado ou porque non está obrigado a recibir as notificacións electrónicas. Non obstante, dito o anterior, pode formular problemas o caso en que non se recollese ningún dos dous intentos e non conste a posta á disposición en sede electrónica, é dicir, estaríase a omitir unha das formalidades que exige o artigo 42 LPACAP. Neste suposto, ao faltar a posta á disposición, poderíase argumentar que, ao non reunir todas as formalidades legalmente exixidas, o proceso notificador non é correcto e podería incorrerse nunha anulación deste.

Unha dúbida en relación coa posta á disposición é se hai que facer ou non o aviso previsto no artigo 41.6 LPACAP. Como veremos, o aviso ten unha función, e é avisar os interesados

de que teñen notificacións pendentes, pois en caso de que non haxa aviso, sobre todo nos procedementos de oficio, é probable que os interesados non saiban que se lles está a notificar algo. Se entendemos que, no caso de posta á disposición en sede electrónica da notificación en papel, o aviso non debe realizarse, está claro que a virtualidade da posta á disposición será nula, pois descoñecerán os interesados esta posibilidade de acceso. En calquera caso, a ausencia de aviso, tal como recolle o artigo 41.6, non priva de eficacia a notificación, que será considerada válida. Neste punto, cabe destacar o establecido na Lei galega de medidas 2/2017, cuxo artigo 29.4 establece como poderá incluírse na notificación en papel a información relativa á posta á disposición da notificación en sede electrónica.

Finalmente, hai que advertir que a posta á disposición da notificación en papel só está prevista para sede electrónica e non para enderezo habilitado único. Como veremos, a notificación electrónica pódese realizar a través de acceso á sede electrónica da Administración ou ben a través de acceso ao enderezo habilitado único. No entanto, a posta á disposición da notificación en papel só permite un medio. A explicación ten a súa lóxica, e é que para poder notificar a través de enderezo habilitado único cómpre crealo, permitindo as diferentes normas crear de oficio ás administracións públicas os enderezos habilitados únicos cando a notificación electrónica sexa obrigatoria e non estea previamente creado polo interesado. Pois ben, no caso de notificacións en papel, atopámonos ante interesados que non están obrigados a recibir notificacións electrónicas; polo tanto, a Administración non ten cobertura para crear de oficio o enderezo habilitado único, sendo só posible a posta á disposición en sede electrónica. Entendemos que se podería pór á disposición naqueles casos en que o interesado crease o seu enderezo habilitado único pero non procedería nunca que, para pór á disposición unha notificación en papel, a Administración crease de oficio o enderezo habilitado único. Non obstante, neste aspecto, a Lei galega de medidas 2/2017 permite non só pór á disposición a notificación en papel en sede electrónica, senón tamén crear de oficio o enderezo habilitado único, tal como se desprende do citado artigo 29.4, ampliando polo tanto os casos en que a Administración pode crear de oficio un enderezo habilitado único, pois non só poderá cando os destinatarios das notificacións estean obrigados a recibilas electronicamente, senón tamén cando teña que facer unha notificación en papel e póla á disposición en formato electrónico.

2.2.4 Finalización do proceso notificador

Por último, no suposto de que fracasen os intentos de notificación, haberá que acudir ao establecido no artigo 44 LPACAP, que exige a inserción dun anuncio no *Boletín Oficial del Estado*, con carácter obrigatorio, sen prexuízo de poder facer outros anuncios, pero de carácter facultativo e complementario, non formulándose nesta fase ningunha novidade respecto do réxime anterior que xa centralizara, desde a reforma operada pola Lei 15/2014, do 16 de setembro, de racionalización do servizo público e outras medidas, en vigor desde o 1 de xuño de 2015, no BOE todos os anuncios das notificacións infrutuosas con independencia de cal fose a Administración autora do acto obxecto de notificación.

En relación coa notificación por anuncios, convén lembrar que se trata dunha fase residual e, polo tanto, seguindo a Sentenza do Tribunal Supremo do 29 de setembro de 2011: “«só pode ser empregada cando se ten a convicción ou certeza da inutilidade de calquera outra modalidade de citación» (STC 65/1999, cit., FX 2);” engadindo a Sentenza do Tribunal Supremo do 12 de maio de 2011 que “antes de acudir á notificación edictal ou mediante

Regap



NOTAS

comparecencia, intente a notificación no domicilio idóneo, ben porque este consta no mesmo expediente [SSTC 76/2006, do 13 de marzo, FX 4; e 2/2008, do 14 de xaneiro, FX 3,], ben porque a súa localización resulta extraordinariamente sinxela, normalmente acudindo a oficinas ou rexistros públicos (SSTC 135/2005, do 23 de maio)”. Neste sentido, destaca a Sentenza do Tribunal Supremo do 13 de xuño de 2017, que establece que, naqueles casos en que non se poida realizar a notificación no domicilio do interesado pero conste un teléfono móbil, deberá usarse ese dispositivo para indagar un domicilio útil antes de continuar co procedemento, argumentando que “A notificación persoal debe realizarse sempre que, sen esforzos desproporcionados, a Administración poida obter o domicilio actual do interesado (sentenzas 6/2017, 200/2016, 151/2016, 150/2016, 181/2015, 137/2014, 136/2014, 126/2014, 59/2014, 30/2014, entre moitas outras) e pouca desproporción había neste caso cando a Comunidade Autónoma de Castela e León dispuña do teléfono móbil do Sr. Balbino desde o primeiro momento. Ese mesmo que, como se dixo, utilizou no último momento sen que parece que fixese entón ningunha pescuda extraordinaria”. Polo tanto, antes de acudir á notificación por anuncios, haberá que ver se a Administración dispón ou non doutro domicilio, pois, en caso de que conste outro e non se intentase aí a notificación, o proceso notificador poderá ser declarado nulo. A maiores, hai que precisar que a posibilidade de poder notificar nun segundo domicilio debe realizarse desde o primeiro momento en que non teñan éxito as notificacións realizadas no primeiro domicilio, xa que non se evitará a nulidade do procedemento se só se acode ao segundo domicilio na fase final do procedemento, pois, de feito, poder notificar a finalización do procedemento noutro domicilio útil diferente do domicilio que lle constaba á Administración só será proba que determine a nulidade de todo o anterior, dado que, se constaba o segundo domicilio ao final do procedemento, o lóxico é pensar que ese dato se puido ter conseguido antes e se podería ter notificado todo persoalmente, evitando a notificación por anuncios, que é un sistema subsidiario.

3 As notificacións electrónicas

3.1 Suxeitos obrigados

O artigo 14.2 da LPACAP establece a obrigatoriedade das notificacións electrónicas para as persoas xurídicas; as entidades sen personalidade xurídica; os que exerzan unha actividade profesional para a que se requira colexiación obrigatoria, para os trámites e actuacións que realicen coas administracións públicas en exercicio da dita actividade –enténdense aquí incluídos os notarios e rexistradores da propiedade e mercantís–; os que representen un interesado que estea obrigado a relacionarse electronicamente coa Administración, e os empregados das administracións públicas para os trámites e actuacións que realicen con elas por razón da súa condición de empregado público. Esta obrigatoriedade pode verse ampliada regulamentariamente, tal como prevé o quinto apartado do artigo 41.1.

3.2 Práctica da notificación electrónica

Como xa avanzamos, o artigo 43.1 da LPACAP determina como únicos sistemas factibles para a práctica das notificacións electrónicas a comparecencia na sede electrónica da Administración ou organismo actuante ou a través de enderezo electrónico habilitado único, e establece unha estrutura bifásica, pois diferencia entre aviso de notificación e notificación

propriadamente dita. En efecto, a persoa interesada poderá facilitar un dispositivo electrónico ou enderezo de correo electrónico para recibir o aviso da notificación. Mentres o aviso da notificación se recibe no dispositivo electrónico ou correo electrónico facilitado para o efecto, nunca se poderá practicar unha notificación nin no dispositivo electrónico nin no correo electrónico. Desaparece, polo tanto, a posibilidade que se establecía na anterior Lei 11/2007 de practicar notificacións nos correos electrónicos.

3.2.1 Estrutura bifásica

A mencionada estrutura bifásica (aviso e notificación) parte dun esquema moi lóxico; non obstante, entendemos que falla nas súas consecuencias prácticas. En efecto, o esquema está deseñado para advertir os interesados de que teñen notificacións pendentes. Evidentemente, se non hai un aviso previo, sobre todo nos procedementos iniciados de oficio, o interesado non vai saber que ten algo pendente coa Administración, salvo que de forma periódica visite virtualmente as sedes electrónicas das diferentes e multitude de administracións ou consulte, en caso de que o teña, o seu enderezo habilitado único. Non obstante, a ausencia de aviso, de conformidade co artigo 41.6 da LPACAP, non afecta á validez da notificación. Chama a atención esta ausencia de efectos xurídicos ante a non práctica do aviso, pois o teor literal do artigo 41.6 da LPACAP parece establecer a obriga de practicar o aviso sempre que o interesado comunicase un dispositivo electrónico ou un enderezo de correo electrónico, pois os termos do citado artigo son imperativos –“enviarán”–, co cal non ten sentido que se estableza a obriga cando ningunha consecuencia xurídica xorde da súa ausencia. Así, pode acontecer que a Administración non mande o aviso por non dispor dos datos para enviálo, xa que o artigo 41.1 establece só a posibilidade e non a obriga de comunicar os datos para enviar o aviso. Nos casos de ausencia de datos, é evidente que a Administración non pode realizar o aviso, sendo lóxico neste caso que a ausencia de aviso non afecte á validez da notificación. Pero o que non é lóxico é que, se a Administración ten o dato, a falta de aviso tampouco teña ningunha repercusión. Entendemos que neste caso o aviso si tería que ser obrigatorio e, en caso de non practicalo, a notificación non sería válida. Non obstante, a lei non distingue os motivos en virtude dos cales o aviso non se practicou, e outorga a mesma consecuencia xurídica, dando validez a toda notificación, con independencia de se houbo ou non aviso. Con esta previsión, tampouco afectarían á validez da notificación aqueles casos en que a Administración se equivoca e realiza o aviso pero nun número equivocado ou nun enderezo de correo electrónico erróneo, sendo moi discutible pola contra que, dando o interesado os seus datos correctamente e polo tanto mostrando a súa vontade a recibir os avisos, se a Administración posteriormente se equivoca en realizar o aviso por meter mal os datos subministrados polos interesados, iso derive nun prexuízo para o administrado. En efecto, como logo veremos, se a notificación electrónica non se acepta nun prazo de dez días naturais, enténdese rexeitada e coas consecuencias previstas no artigo 41.5 LPACAP, é dicir, enténdese cumprido o trámite e continúa o procedemento. Dito isto, se a Administración se equivoca no aviso, é factible que teñamos un procedemento integramente e validamente notificado sen coñecemento por parte do interesado. Entendemos que non é este o espírito da lei e, polo tanto, haberá que esperar aos pronunciamentos dos tribunais para que se aclaren os casos en que a ausencia ou o erro no aviso non afectan á validez da notificación.

Neste aspecto destaca a solución establecida pola Lei galega de medidas 2/2017. En efecto, a citada lei prevé, no seu artigo 30.3, para os procedementos iniciados de oficio cuxos

regap



NOTAS

destinatarios están obrigados a recibir notificacións electrónicas, a posibilidade de realizar, a maiores do aviso, unha comunicación en papel no domicilio do interesado. En tal comunicación recordaráselle ao interesado a súa obriga de relacionarse por medios electrónicos coa Administración, informaráselle da creación de oficio do enderezo electrónico habilitado único e da forma de acceso ao sistema, e indícaráselle que ten dispoñible nela unha notificación electrónica, así como as consecuencias legais de non acceder a ela no tempo establecido legalmente. En relación con esta comunicación, cabe dicir que a súa virtualidade tampouco parece que sexa maior que a do aviso, pois o teor literal da Lei galega de medidas 2/2017 establécea como unha mera posibilidade a practicar polo órgano notificante, co cal, en ausencia dela, entendemos que non procedería nunca declarar a nulidade do procedemento.

3.2.2 Funcionamento

De conformidade co artigo 43 LPACAP, as notificacións electrónicas poderanse realizar a través de comparecencia na sede electrónica da Administración ou organismo actuante ou a través do enderezo electrónico habilitado único. Hai que precisar que o réxime xurídico das sedes electrónicas e do enderezo habilitado único se atopa fóra da LPACAP, sendo conveniente ter en conta cal é a normativa que é de aplicación.

E así, en relación coa sede electrónica, a nivel estatal, cabe ter en conta os artigos 3 a 8 (non derogados) do RD 1671/2009, en que se establece o réxime xurídico das diferentes sedes electrónicas dos órganos da Administración xeral do Estado e dos seus organismos públicos vinculados ou dependentes.

A nivel autonómico, a sede electrónica da Xunta de Galicia aparece configurada no artigo 8 do Decreto 198/2010, do 2 de decembro, que regula o desenvolvemento da Administración electrónica na Xunta de Galicia e nas entidades dela dependentes, e defínea como o enderezo electrónico a través do cal os cidadáns acceden á información, aos servizos e aos trámites electrónicos, que representa unha fonte de información auténtica en que o organismo titular identificado coa sede garante responsablemente a integridade, veracidade e actualización da información e os servizos aos cales se poida acceder a través dela.

Por outro lado, en relación co enderezo habilitado único, hai que citar o artigo 38 do mencionado RD 1671/2009, que establece que serán válidos os sistemas de notificación electrónica a través de enderezo electrónico habilitado sempre que cumpran, polo menos, os seguintes requisitos:

- a) Acreditar a data e hora en que se produce a posta á disposición do interesado do acto obxecto de notificación.
- b) Posibilitar o acceso permanente dos interesados ao enderezo electrónico correspondente, a través dunha sede electrónica ou de calquera outro modo.
- c) Acreditar a data e hora de acceso ao seu contido.
- d) Posuír mecanismos de autenticación para garantir a exclusividade do seu uso e a identidade do usuario.

Existirá un sistema de enderezo electrónico habilitado para a práctica destas notificacións que quedará á disposición de todos os órganos e organismos públicos vinculados ou dependentes da Administración xeral do Estado que non establezan sistemas de notificación propios. A creación pode ser voluntaria para os interesados que así o soliciten, pero tamén se pode crear de oficio por parte da Administración cando a notificación electrónica sexa obrigatoria e o destinatario non teña creado previamente o seu enderezo habilitado único.

Fronte ao réxime estatal, e en termos moi similares, a nivel autonómico deben terse en conta os artigos 29 e 30 da Lei galega de medidas 2/2017. E así, o artigo 29, relativo aos interesados que non están obrigados a relacionarse a través de medios electrónicos coa Administración, establece como poderán solicitar a creación do seu enderezo habilitado único para recibir a partir dese momento as notificacións a través de medios electrónicos en calquera procedemento administrativo tramitado pola Administración xeral e do sector público autonómico, e concreta que nos procedementos iniciados por instancia de parte, cando o interesado elixa no modelo normalizado de solicitude que a notificación nese procedemento se practique por medios electrónicos, a Administración creará o seu enderezo habilitado único. Nestes casos, a creación do seu enderezo electrónico habilitado implicará que as notificacións que deban cursarse co interesado se realizarán preferentemente por vía electrónica, sen prexuízo do seu dereito a decidir e a comunicarlle en calquera momento á Administración pública que as notificacións sucesivas se deixen de practicar por medios electrónicos. En particular, nos sucesivos procedementos iniciados por solicitude do interesado, a notificación en cada unha delas practicarase polo medio sinalado para o efecto por aquel no modelo normalizado de solicitude.

Á vista do citado artigo 29, doadamente se pode interpretar que a creación voluntaria dun enderezo habilitado único, con independencia de cal sexa o motivo de creación, determina *per se* que todas as notificacións posteriores deban realizarse electronicamente ata que o interesado, que non está obrigado a relacionarse electronicamente coa Administración, manfeste o contrario. É dicir, para a Lei galega de medidas 2/2017, a creación do enderezo habilitado único nestes casos é unha determinación do xeito en que unha persoa quere recibir as notificacións. Nestes casos, non suscitan problemas os procedementos iniciados por instancia de parte, pois o interesado saberá da súa existencia e ademais na solicitude volveráselle preguntar polo modo en que quere ser notificado. En cambio, si que presentan problemas os procedementos iniciados de oficio, os cales son descoñecidos para o particular ata a notificación do acordo de iniciación. E así, se o interesado ten creado o enderezo habilitado único, váiselle notificar electronicamente, mesmo a pesar de non estar obrigado a iso. Hai que advertir que o enderezo habilitado único, como o seu nome indica, é único para toda a Administración, co cal podemos atoparnos con casos en que se crease un enderezo habilitado único para un procedemento moi concreto e, posteriormente, un departamento diferente da mesma Administración use ese enderezo habilitado único para entender que o particular quere recibir electronicamente a notificación dun procedemento iniciado de oficio, cando non está obrigado a iso. Esta vinculación da lei galega xera problemas cando, facendo uso dos artigos 41.1 LPACAP e 31 da Lei galega de medidas 2/2017, as administracións amplíen regulamentariamente a obriga de practicar electronicamente as notificacións para determinados procedementos e para certos colectivos de persoas físicas que, por razón da súa capacidade económica, técnica, dedicación profesional ou outros motivos, quede acreditado que teñen acceso e dispoñibilidade dos medios electrónicos necesarios. En efecto, é perfectamente factible que un interesado que non está obrigado a relacionarse electronicamente teña

Regap



NOTAS

creado o seu enderezo habilitado único porque regulamentariamente se lle exixira para un procedemento concreto e a pregunta lóxica que xorde é se, só por ter creado este enderezo habilitado único, o resto dos procedementos lle serán notificados electronicamente. É certo que a vinculación que estamos a analizar, de conformidade co teor literal do artigo 29, só fala de creación voluntaria e os supostos de ampliación serán creacións obrigatorias; non obstante, ou ben se limita a utilización do enderezo habilitado único a ese procedemento concreto para o que foi creado, ou o efecto que se vai producir é que no sistema vai saltar que o enderezo habilitado único está creado e, polo tanto, a notificación que debe practicarse é a electrónica, podendo producirse un vicio no xeito de practicarse a notificación, pois nin está obrigado a recibir a notificación electrónica, nin a escolleu expresamente.

Por outra banda, para os interesados que estean obrigados a relacionarse a través de medios electrónicos coa Administración, o artigo 30 da Lei galega de medidas 2/2017 establece a necesidade de ter creado o enderezo habilitado único e, en caso de non telo, habilitase a Administración para que o cree de oficio. Como xa vimos anteriormente, a Lei galega de medidas 2/2017 non só lle permite á Administración crear de oficio o enderezo habilitado único cando haxa que realizar unha notificación electrónica a quen estea obrigado, senón tamén para pór á disposición do interesado a notificación en papel e cumprir así coa obriga que impón o artigo 42.1 LPACAP.

O artigo 43 LPACAP permite realizar a notificación a través de sede electrónica, de enderezo habilitado único ou ben a través de ambos os dous sistemas, e é neste punto onde entendemos que ten cabida a novidosa mención do artigo 41.7, que prevé a preferencia para aqueles casos en que haxa un suposto de dobre notificación. En efecto, o citado artigo 41.7 establece que nos casos en que se notificase por distintas canles, se tomará como data de notificación a que se tivese producido en primeiro lugar. Pois ben, naqueles casos en que se poña a notificación electrónica á disposición do interesado, tanto en sede electrónica como en enderezo habilitado único, en caso de que acceda ás dúas notificacións, a que se terá en conta será a primeira delas.

Centrándonos xa na notificación propiamente dita, o artigo 43 LPACAP xa aclara o que se entende por tal ao establecer que é o acceso ao contido da notificación.

O artigo 43.2 diferencia cando hai ou non acceso ao contido da notificación. E así, cando se accede ao dito contido, será ese momento o que se teña en conta para os efectos de considerar practicada a notificación. Pola contra, cando non se acceda ao contido da notificación, o citado artigo establece que se entenderá rexeitada unha vez que transcorran dez días naturais desde a posta á disposición. En relación co non acceso, hai que facer dúas precisións. Primeiro, destaca que os días son naturais e non hábiles, co cal os sábados, domingos e festivos entran no cómputo. Segundo, de conformidade co artigo 43.3, entenderase cumprida a obriga de notificar no prazo máximo de duración dos procedementos, coa posta á disposición da notificación na sede electrónica da Administración ou no enderezo habilitado único, é dicir, haberá que agardar os dez días naturais para entender rexeitada a notificación, pero, unha vez que este rexeitamento ten lugar, a eficacia e validez da notificación retrotráese ao momento en que esta se puxo á disposición do administrado para os efectos mencionados.

Evidentemente, o cambio co anterior sistema é enorme, pois, no caso de notificación electrónica, recae sobre o administrado a carga de acceder á sede electrónica da Administración ou ao enderezo habilitado único. É certo, como xa vimos, que pode existir un aviso previo,

pero mentres que a súa ausencia non priva de eficacia a notificación, a ausencia do dito aviso non garante a inexistencia de notificacións pendentes de acceso. Isto debe conectarse co establecido no segundo apartado do artigo 43.2, pois, transcorridos dez días naturais sen acceder ao contido da notificación, esta entenderase rexeitada cos efectos previstos no artigo 41.5 LPACAP, é dicir, entenderase efectuado o trámite e continuará o procedemento, o que dará lugar a situacións pouco desexadas para os administrados, como, por exemplo, que transcorran os prazos para a interposición dos recursos administrativos ou contencioso-administrativos que correspondan, co que queda o acto firme e consentido para todos os efectos.

Neste sentido, xorden dúbidas sobre a equiparación dun rexeitamento expreso nas notificacións en papel e un rexeitamento tácito da notificación electrónica, no sentido de se procede ou non darlle o mesmo tratamento xurídico. E así, destaca a Sentenza da Audiencia Nacional do 13 de xullo de 2017, que en materia de notificacións electrónicas tributarias (con idéntico réxime ao aspecto agora tratado) reproduce os argumentos do Tribunal Supremo na súa Sentenza do 22 de febreiro de 2012 e na que equipara o rexeitamento da notificación en papel coa falta de acceso ao correo electrónico. Polo tanto, á vista do anterior, con independencia de cal sexa a causa pola que non se accede á notificación electrónica, as consecuencias son as mesmas que se hai un rexeitamento expreso da notificación en papel.

3.3 Cómputo de prazos

Recompilando o xa mencionado para as notificacións electrónicas, podería darse o suposto, non tan raro, de que todo un procedemento, por exemplo un procedemento sancionador que se inicia de oficio por parte da Administración, incluída a resolución final, fose notificado mediante a posta á disposición do administrado na sede electrónica da Administración actuante pero sen aviso previo. Transcorren en cada trámite notificado dez días naturais sen acceder ao contido. As notificacións son todas válidas, considéranse rexeitadas e continúa o procedemento ata a súa resolución final. O procedemento enténdese rematado o día da posta á disposición e non o día en que transcorran os dez días, é dicir, operaría a validez da notificación con efectos retroactivos, xurdindo entón a pregunta de se deben descontarse estes dez días naturais para o cómputo dos recursos procedentes. Por un lado, hai que precisar que o artigo 43.3 establece a consideración do día da posta á disposición como o día a ter en conta só para os efectos de entender realizada a notificación no prazo máximo de duración do procedemento; polo tanto, entendemos que ese día da posta á disposición non sería aplicable para o cómputo dos prazos dos recursos. Así pois, entendemos que haberá que manexar para unha mesma notificación dúas datas diferentes en función do prazo que se estea a computar, pois para o prazo máximo de notificación será o día da posta á disposición e para o prazo de recursos será o día en que transcorran os dez días naturais.

Un debate similar formulouse na Sentenza do Tribunal Supremo do 14 de outubro de 2016. O suposto de partida era que, despois de facer os dous intentos da notificación, o interesado a recolleu días máis tarde na oficina de correos. O interesado recorreu contra o acto partindo da data en que recolleu a notificación na oficina de correos; porén, a Administración declarou extemporáneo o citado recurso, pois entendía que a data a ter en conta era a do segundo intento. O Supremo deulle a razón ao recorrente e dixo expresamente:

Regap



NOTAS

“Amparamos esta tese nos seguintes argumentos:

1. O precepto en cuestión refírese, cabalmente, ao momento en que se ten por cumprida a obriga de notificar en prazo, que se fixa na data do intento de notificación debidamente acreditado. Parece claro que se o legislador quixese considerar exclusivamente o momento concreto da notificación (cando, como é o caso, esta ten efectivamente lugar) así o establecería expresamente.

2. Acoller como data relevante para os efectos de caducidade só a da notificación da resolución ao interesado non só suporía inaplicar aquel precepto, senón privalo da súa finalidade, que non é outra que a de equiparar a notificación (para os únicos efectos de respectar o prazo de duración do procedemento) o intento validamente efectuado e constatado no expediente.

3. Esta é a tese que deriva da xurisprudencia desta sala anterior e posterior á sentenza do Pleno do 3 de decembro de 2013: o intento de notificación é o determinante para entender cumprida a obriga de resolver en prazo, aínda que unha doutrina anterior a aquela sentenza se refería á forma concreta de acreditar a realización do dito intento (a constancia pola Administración do intento infrutuoso, situado entón como data determinante para cumprir aquela obriga).

4. A interpretación anterior refírese, exclusivamente, ao suposto de feito que o artigo 86.4 da Lei 30/1992 considera, isto é, para entender cumprido o deber de resolver os procedementos en prazo. Distinto é o caso, como xa sinalou esta sala, da eficacia do acto notificado, que se despreza a partir da notificación, momento en que empezan a correr os prazos de impugnación en sede administrativa ou en vía xudicial”.

Máis problemas presenta a interpretación do artigo 43.3 naqueles casos en que si se accedeu á notificación electrónica no prazo dos dez días. Imaxinemos que só nos quedan oito días para notificar a resolución final dun procedemento sancionador. A notificación ponse á disposición do interesado o día en que aínda faltan eses 8 días. Se non hai acceso á notificación, o procedemento non estará caducado, pois, como vimos, o día final será o día da posta á disposición. Pero, se o interesado esgota o prazo dos dez días naturais que ten para acceder ao contido da notificación e accede o día 10, a notificación enténdese realizada ese día 10 e polo tanto fóra do prazo máximo de tramitación do procedemento. Se aplicamos unha interpretación literal do artigo 43.3, parece que sempre hai que observar o momento da posta á disposición, pois o dito precepto non diferencia se hai ou non hai acceso ao contido da notificación. Con esta solución elimínase tamén inseguridade xurídica no cómputo dos prazos, pois non vai depender da vontade dos interesados determinar o día final do prazo. Non obstante, cabe dicir que, se conectamos o artigo 43.3 co artigo 40.4, parece falar de intento de notificación e polo tanto excluíría o suposto en que a notificación é aceptada, xa que non estaríamos ante un intento, co cal podería ser que un mesmo procedemento sancionador estivese caducado para o interesado que accedeu á resolución final esgotando o prazo dos dez días que antes mencionabamos e ese mesmo procedemento non caduque para outro interesado que non accedeu á notificación electrónica (advírtase que este non acceso pode que non sexa voluntario, pois non sería estraño que o procedemento sancionador se inicie e remate sen ningún coñecemento por parte do interesado, sobre todo naqueles casos en que non se realiza o aviso). Polo tanto, para evitar sorpresas e mentres os tribunais non resolvan esta cuestión relativa ao cómputo de prazos, sería aconsellable que

a resolución final dos procedementos sancionadores sempre se faga coa marxe mínima de dez días naturais para evitar incorrer en caducidades.

E, para rematar co asunto do cómputo dos prazos, procede traer a colación a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Estremadura do 31 de marzo de 2016, na cal se determina como debe computarse o transcurso do prazo dos dez días naturais. O pronunciamento foino ao abeiro da derogada Lei 11/2007, pero cabe dicir que o tema do cómputo dos prazos é idéntico ao establecido na actual lei, co que doadamente se pode entender que o mencionado nesta sentenza é aplicable á LPACAP. E, así, establece expresamente: “A cuestión é cando se entende notificado o requirimento que foi posto á disposición da parte actora o día 11/10/2012 ás 21.05 horas.

O artigo 28.3 da Lei 11/2007, do 22 de xuño (RCL 2007, 1222 e 1293), de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos, baixo o título de “Práctica da notificación por medios electrónicos”, dispón o seguinte: “Cando, existindo constancia da posta á disposición, transcorresen dez días naturais sen que se acceda ao seu contido, entenderase que a notificación foi rexeitada cos efectos previstos no artigo 59.4 da Lei 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 e RCL 1993, 246) de réxime xurídico e do procedemento administrativo común e normas concordantes, salvo que de oficio ou por instancia do destinatario se comprobe a imposibilidade técnica ou material do acceso.

En aplicación deste precepto, consideramos que o prazo de dez naturais se computa desde as 00.00.01 horas do día seguinte á posta á disposición –desde as 00.00.01 horas do día 12/10/2012– e remata ás 24.00.00 do día 21/10/2012. Unha vez transcorrido o día dez, enténdese que a notificación foi rexeitada cos efectos previstos no artigo 59.4 da Lei 30/1992, do 26 de novembro. Non existe, realmente, controversia en canto ao cómputo deste prazo de dez días. O prazo de dez días esténdese desde as 00.00.01 do día 12/10/2012 e remata ás 24.00.00 horas do día 21/10/2012”.

3.4 A notificación por edictos

Outro debate que xorde céntrase en determinar se procede ou non acudir á notificación edictal nos casos das notificacións electrónicas, pois, como xa vimos, se no prazo de dez días naturais o interesado non accede ao contido da notificación, esta entenderase rexeitada. E, de conformidade co artigo 41.5, se hai rexeitamento da notificación, o trámite dáse por efectuado e continúa o procedemento. Parece que, facendo unha interpretación literal dos artigos mencionados, as notificacións electrónicas están excluídas do ámbito de aplicación do artigo 44, o cal literalmente menciona as notificacións infrutuosas, e, ben que é certo que existen diferentes posturas doutrinarias ao respecto, entendemos moi acertadas as previsións da Sentenza da Audiencia Nacional do 19 de xullo de 2016, que analizou un suposto moi similar ao debate que estamos a analizar. En efecto, na sentenza citada pártese dunha notificación electrónica realizada con todas as formalidades exixidas (evidentemente, analiza a normativa anterior da Lei 11/2007), pero que non foi aceptada no prazo de dez días naturais, polo cal o trámite se considerou realizado e continuou o procedemento. A parte actora formulaba a necesidade de realizar dous intentos, non só un, por aplicación do artigo 59.2 da Lei 30/1992, e a sentenza contestou: “Pero estas normas non poden ser de aplicación no caso da notificación electrónica, non só polo feito de que o lexislador establece un réxime xurídico distinto, senón tamén porque a dita regulación non obedece a unha

Regap



NOTAS

motivación arbitraria; lonxe diso, a diferenza no tratamento xurídico é razoable. En efecto, non ten sentido acudir á vía edictal, pois a notificación si foi posible desde o momento en que se cumpriron todos os requisitos exixidos pola norma. Tampouco ten sentido intentar unha segunda notificación, pois a norma non a exige, xa que se ten a certeza de que aquela se atopa á disposición do solicitante. Outra cousa é que o destinatario non acceda ao seu contido en prazo por causas a el non imputables, o que deberá alegar e xustificar". Á vista deste pronunciamento e tendo en conta a interpretación literal dos artigos citados, hai que considerar que o artigo 44 non é de aplicación para as notificacións electrónicas.

3.5 Supostos excluídos

Finalmente, o artigo 41.2 establece dúas prohibicións para a realización das notificacións electrónicas que abrangue os supostos en que o acto que hai que notificar conteña elementos non susceptibles de converterse a formato electrónico e as que conteñan medios de pagamento a favor dos obrigados, como pode ser un cheque.

E, a maiores, o artigo 41.1, parágrafo segundo, establece a posibilidade de non practicar a notificación electrónica cando a notificación se realice con ocasión da comparecencia espontánea do interesado ante as oficinas de asistencia en materia de rexistro e solicite a comunicación ou notificación persoal nese momento e cando para asegurar a eficacia da actuación administrativa resulte necesario practicar a notificación por entrega directa dun empregado público da Administración notificante.

En relación con este segundo suposto, cabe dicir que deste xeito se introduce a figura do axente notificador. Non obstante, a eficacia deste medio de notificación depende de que se cumpran o resto dos requisitos establecidos para a validez das notificacións, é dicir, debe quedar constancia do envío, da recepción, das súas datas e horas, do contido íntegro e da identidade fidedigna do remitente e do destinatario. Á vista do anterior, non haberá problema nestas notificacións cando as diferentes administracións contén cun corpo de axentes notificadores, pero para aqueloutras que non dispoñan deste corpo de axentes notificadores a recomendación é que a notificación sexa practicada por funcionarios que teñan a condición de autoridade pública, xa que, de conformidade co artigo 77.5, da LPACAP: "*Os documentos formalizados polos funcionarios aos cales se lles reconece a condición de autoridade e nos cales, observándose os requisitos legais correspondentes, se recollan os feitos constatados por aqueles, farán proba destes salvo que se acredite o contrario*".

En relación con este último aspecto, podemos traer a colación a Sentenza do Tribunal Supremo do 8 de maio de 2017. Neste suposto analizouse a corrección dunha notificación levada a cabo a través das forzas e corpos de seguridade do Estado ante a imposibilidade de poder practicar a notificación correspondente. Neste suposto o interesado vírase privado do seu correo corporativo e negábase a recibir as notificacións no seu correo particular. Ante esta actitude obstrutiva, decidiuse acudir á notificación a través dun membro do Corpo Nacional de Policía. O Supremo entendeu que este xeito de notificar, ademais de permitirlle ao interesado coñecer o acto e defenderse del, cumpría coa normativa vixente nese momento, pois o artigo 59.1 da LRX-PAC permitía realizar as notificacións por calquera medio que posibilita ter constancia da recepción polo interesado, así como a data, a identidade e o contido do acto notificado. Pois ben, agora, a posibilidade de acudir a este xeito de notificar xa aparece expresamente no precepto que estamos agora a analizar.

4 Referencias xurisprudenciais

AUDIENCIA NACIONAL (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª). Sentenza do 25 de novembro de 2011, recurso de apelación n. 67/2011.

AUDIENCIA NACIONAL (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª). Sentenza do 19 de xullo de 2016, recurso n. 573/2013.

AUDIENCIA NACIONAL (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª). Sentenza do 13 de xullo de 2017, recurso n. 50/2015.

TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE ESTREMADURA (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª). Sentenza do 31 de marzo de 2016, recurso n. 326/2015.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), Sentenza do 28 de outubro de 2004, recurso de casación en interese de lei n. 70/2003.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª). Sentenza do 12 de maio de 2011, recurso de casación n. 142/2008.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª). Sentenza do 26 de maio de 2011, recurso de casación n. 5423/2008.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª). Sentenza do 29 de setembro de 2011, recurso de casación n. 1529/2011.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). Sentenza do 20 de xullo de 2012, recurso de casación n. 4189/2011.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª). Sentenza do 22 de novembro de 2012, recurso de casación n. 6281/2010.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª). Sentenza do 8 de maio de 2016, procedemento especial de protección de dereitos fundamentais n. 4820/2016.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Sentenza do 14 de outubro de 2016, recurso de casación n. 2109/2015.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Sentenza do 13 de xuño de 2017, recurso de casación n. 2638/2015.

regap



NOTAS

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Maxistrado (Galicia, España)
fcominges@poderjudicial.es

Regap



NOTAS

Sumario: 1 Administración local. 1.1 Falta de lexitimación do concello para exixir a imposición dunha sanción disciplinaria ao seu secretario-interventor pola comisión de infraccións graves ou moi graves. 1.2 Competencias dos concellos en materia de telecomunicacións (estacións de telefonía móbil). 1.3 Obrigas dos concellos respecto da conservación dos camiños rurais no seu termo municipal. 1.4 Competencia do aparelador municipal para emitir informes sobre instrumentos de planeamento urbanístico. 2 Colexios profesionais. 2.1 Ámbito competencial da Comunidade Autónoma de Galicia para regular a materia de colexios profesionais. 3 Expropiación forzosa. 3.1 Valoración de predio edificado en solo urbano consolidado, cualificado no planeamento urbanístico como sistema xeral viario. 3.2 Carácter non indemnizable do demérito dunha vivenda pola situación de fóra de ordenación e a perda de calidade de vida que lles supuxo aos seus moradores a execución dunha autoestrada nas súas inmediacións. 4. Medio ambiente e urbanismo. 4.1 Declaración de nulidade dun plan xeral por falta de xustificación do notable incremento de densidade de vivenda previsto nel. 4.2 Modificación puntual de plan xeral para establecer e regular o uso de crematorio. Omisión de avaliación ambiental estratéxica. 4.3 Información en materia de medio ambiente. Dereito de acceso aos expedientes de concesións mineiras e de obtención de copia dos documentos que constan neles. 4.4 Normas de identificación e ordenación zosanitaria dos animais equinos en Galicia. 5 Persoal. 5.1 Nomeamento fraudulento de persoal funcionario temporal para cubrir necesidades estruturais ou permanentes da Administración. Dereito a manterse no posto ata que se cubra mediante o procedemento legalmente establecido ou se amortice. 5.2 Os funcionarios interinos carecen de dereito indemnizatorio polo seu cesamento en legal forma. Inaplicabilidade do precedente da Sentenza do TXUE “De Diego Porras” ás relacións funcionariais. 5.3 Sanción disciplinaria a funcionario que desempeñaba fóra do seu horario laboral unha actividade docente sen autorización previa de compatibilidade. 5.4 Aptitude dos enxeñeiros de camiños para desempeñar xefaturas de servizo da Xunta de Galicia relacionadas co urbanismo e o medio ambiente. Improcedencia de reservar as ditas xefaturas exclusivamente a arquitectos. 6 Proceso contencioso-administrativo. 6.1 Medidas cautelares. Ponderación dos intereses en conflito. Prevalencia dos vinculados á protección do medio ambiente sobre os económicos do promotor dunha actividade industrial. 6.2 Responsabilidade patrimonial por deficiente prestación sanitaria dunha mutua de accidentes de traballo e enfermidades profesionais: competencia da Sala do Contencioso-

Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza. 6.3 Reclamación contra o Instituto Galego de Vivenda e Solo por defectos construtivos en vivendas de protección. Competencia da xurisdición civil. 7 Tributos. 7.1 Imposto sobre o incremento de valor dos terreos (plusvalía). 7.2 Excepcionalidade da notificación de liquidacións mediante publicación por edictos. Debe investigarse o domicilio actual do suxeito pasivo para practicar a notificación persoal. 7.3 Imposto de bens inmobles (IBI). As academias de policía non se benefician da exención correspondente a centros públicos de ensino. 7.4 Cuantificación da taxa por ocupación do dominio público a operadoras de telecomunicacións. Inaplicabilidade do tipo do 1,5 % dos ingresos de facturación establecido na lexislación de facendas locais. 8 Turismo. 8.1 Regulamento regulador dos apartamentos e vivendas turísticas en Galicia. 9 Universidades. 9.1 Obtención de sexenios por silencio administrativo positivo.

1 Administración local

1.1 Falta de lexitimación do concello para exixir a imposición dunha sanción disciplinaria ao seu secretario-interventor pola comisión de infraccións graves ou moi graves

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia –TSXG–, na súa sentenza do 27 de setembro de 2017 (Rec. 172/2017, relator: Seoane Pesqueira), confirmou en apelación a inadmisión do recurso promovido por un concello contra a resolución da Dirección Xeral de Administración Local da Xunta de Galicia que desestimou a denuncia formulada por aquel contra a súa secretaria-interventora pola posible comisión de infraccións graves ou moi graves, coa seguinte motivación:

«(...) Tal como se desprende do estudo da xurisprudencia do Tribunal Supremo, a doutrina xeral sobre a lexitimación activa en interpretación do artigo 19 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, presenta peculiaridades propias cando, téndose seguido un determinado procedemento sancionador ou disciplinario, o denunciante neste pretende combater a resolución do órgano administrativo competente para dilucidala, sexa impondo unha sanción ou acordando o arquivo. Así, a xurisprudencia do Tribunal Supremo vén apreciando a falta de lexitimación dos recorrentes en supostos asimilables ao actual, é dicir, en asuntos nos cales o denunciante que provoca coa súa denuncia un expediente sancionador ou disciplinario por parte da Administración pretende recorrer xurisdicionalmente contra a decisión ao respecto do órgano administrativo correspondente. (...) Debe tomarse nota de que o Tribunal Supremo se está a referir, nestes casos, a recorrentes que, como no noso, se consideraban directamente prexudicados pola actitude denunciada, e, malia iso, denégalles a lexitimación. A doutrina indicada supón dar por boas as seguintes afirmacións, que se atopan explícita ou implícitamente contidas nesta:

a) A facultade de denunciar un feito perseguible de oficio pola Administración non lle concede ao denunciante a condición de parte interesada, nin a posibilidade polo tanto de recorrer, mesmo cando, sen prexuízo de que a Administración o poida perseguir de oficio, o feito causou ou pode ter causado un prexuízo directo ao denunciante.

b) O exercicio de accións sancionadoras ou disciplinarias só conclúe no seu caso coa imposición dunha sanción ao denunciado, pero non coa reparación material ao denunciante, nin no sentido dunha indemnización nin no da revogación da actuación xurisdicional realizada.

c) O mero interese moral que, polo tanto, lle resta ao denunciante de que se sancione o denunciado non é suficiente para fundamentar a súa lexitimación.

(...) O argumento crucial nesta materia é que o denunciante, mesmo cando se considere a si mesmo vítima da infracción denunciada, non ten un dereito subxectivo nin un interese lexítimo a que o denunciado sexa sancionado. O poder punitivo perténcelle unicamente á Administración que ten encomendada a correspondente potestade sancionadora e, por conseguinte, só a Administración ten un interese tutelado polo ordenamento xurídico en que o infractor sexa sancionado.

É verdade que as cousas non son así no dereito penal propiamente dito, onde existe mesmo a acción popular; pero iso é debido a que hai normas que expresamente establecen excepcións ao monopolio público sobre o exercicio do ius puniendi, excepcións que non aparecen no dereito administrativo sancionador. É máis: aceptar a lexitimación activa do denunciante non só conduciría a soste que posúe un interese que o ordenamento xurídico non lle recoñece nin protexe, senón que levaría tamén a transformar os tribunais contencioso-administrativos nunha especie de órganos de apelación en materia sancionadora. Isto último suporía dar por bo que poden impor as sancións administrativas que non impuxo a Administración, o que chocaría co chamado carácter revisor da xurisdición contencioso-administrativa. Noutras palabras, os tribunais contencioso-administrativos poden e deben controlar a legalidade dos actos administrativos en materia sancionadora; pero non poden substituír a Administración no exercicio das potestades sancionadoras que a lei lle encomenda a aquela.

(...) Neste caso, hai que engadir que o apartado 10 do artigo 92 bis da Lei 7/1985, do 2 de abril, de bases de réxime local, na redacción que lle deu a Lei 27/2013, do 27 de decembro, lle atribúe ao órgano competente da corporación local a competencia para a incoación de expediente disciplinario ao funcionario con habilitación de carácter nacional (condición que reúne a señora xxxxxxx, en canto secretaria-interventora) cando os feitos que se imputan puidesen ser constitutivos de falta leve, mentres que lle corresponde á comunidade autónoma, respecto dos funcionarios de corporacións locais no seu ámbito territorial, cando os feitos denunciados puidesen ser constitutivos de falta grave tipificada na normativa básica estatal. Polo tanto, a corporación local nin é competente para a incoación respecto a faltas graves ou moi graves, nin está lexitimada para impugnar a resolución do órgano correspondente da comunidade autónoma que denega a apertura de expediente disciplinario por faltas graves, pois con iso entremeteríase no que constitúe competencia deste último órgano, todo iso sen prexuízo de que acorde a incoación por falta leve se considerase que existen motivos para iso».

1.2 Competencias dos concellos en materia de telecomunicacións (estacións de telefonía móbil)

Na Sentenza do TSXG (Secc. 2.^a) do 9 de novembro de 2017 (Rec. 4156/2014, relator: Recio González) declarouse a nulidade dunha parte da ordenanza do Concello de Vilagarcía de Arousa reguladora das condicións urbanísticas da instalación e funcionamento dos equipos de telecomunicacións, por establecer varias restricións que invaden o ámbito competencial exclusivo estatal sobre a regulación técnica das estacións de telefonía móbil. Afírmase na sentenza o seguinte ao respecto:

«(...) O artigo 14 da ordenanza recorrida podería conculcar o disposto no artigo 34 da LXTEL, no artigo 72.1 da LXCA, nos artigos 4, 8 e 12 da Lei 3/2013 e no artigo 149.1.21 da CE.

Regap



NOTAS

Respecto da suxeición a licenza, dispón o artigo 14 da ordenanza impugnada que "(...) as estacións de radio ou instalacións quedarán suxeitas á obtención de licenzas municipais e de actividade nos seguintes casos: - Que a superficie que ocupen sexa de máis de 300 metros cadrados, computándose para este efecto toda a superficie incluída dentro do cercado das instalacións da estación. - En canto ás construcións novas, que teñan un impacto en áreas naturais protexidas. - Que teñan un impacto no patrimonio histórico-artístico. - Que teñan un impacto no uso privado e a ocupación de activos de dominio público. 2. Para a instalación e o funcionamento dos equipos e elementos de telecomunicacións será necesaria a presentación e aprobación previas do plan de implantación e estas deberán axustarse ás súas disposicións ou ás actualizacións progresivas".

Considera a demandante que con esta redacción se esquece a LXTEL e xurisprudencia aplicable, en concreto o artigo 34.6, e que é contrario á normativa comunitaria, que hai que acudir ao artigo 71 bis da Lei 30/1992 –declaración responsable e comunicación previa–; non ten competencias a Administración local respecto ao plan, e que non necesitan de licenza de actividade. Que non se sinala o procedemento a seguir para a presentación do plan. Considera imposible presentar un plan. Que son cuestións técnicas. E que non se pode exixir a achega de documentación xa presentada. Remítese aos artigos 34 e 35 da LXTEL, artigos 7 e concordantes da Lei 3/2013, e artigo 149.1.21 da CE.

A parte demandada sinala que o plan é para garantir unha boa cobertura territorial mediante a disposición xeográfica da rede e a axeitada localización das antenas e protección de edificios ou conxuntos catalogados, vías públicas e paisaxe urbana; pero da lectura do dito artigo 14.2 dedúcese que se trata de cuestións técnicas que, de acordo coa normativa e xurisprudencia inicialmente exposta, son de competencia estatal, polo que procede a súa anulación. Así mesmo, e con relación ao resto do precepto, ten razón a parte demandante en canto que o réxime aplicable actualmente exige a declaración responsable-comunicación previa, non a licenza, polo que procede a anulación do artigo 14 xa que establece excepcións ao dito réxime.

- As disposicións transitorias: (...). Terceira disposición transitoria: "Dentro dun período de 1 mes a partir da entrada en vigor desta ordenanza, todas as instalacións existentes no Concello Municipal deben certificar o cumprimento dos límites de referencia do RD 1066/01, coa copia da última certificación requirida presentada ao Ministerio de Industria".

A parte demandante sostén a produción das mesmas vulneracións; que se vulnera o principio de colaboración entre administracións, artigo 34.4; imprecisión xurídica na redacción do que se exige; que se trata dunha competencia estatal; vulnérase o artigo 69 da LXTEL, porque se dificulta o impulso das redes de telecomunicación. (...).

De acordo coa xurisprudencia inicialmente referida, respecto da repartición competencial nesta materia, debe entenderse que coa DT se invaden competencias estatais, ao tratarse de cuestións técnicas, polo que procede a súa anulación e, en atención ao exposto, a estimación parcial da demanda, coa anulación dos preceptos seguintes: o artigo 14.1 xa que considera excepcións ao réxime actualmente aplicable respecto da comunicación previa e declaración responsable; o artigo 14.2 e a DT 3.^a.

1.3 Obrigas dos concellos respecto da conservación dos camiños rurais no seu termo municipal

O TSXG (Secc. 2.^a) na súa sentenza do 27 de xullo de 2017 (Rec. 4545/2016, relator: Fernández Conde) analizou a extensión da obriga competencial dos concellos sobre a conservación dos seus camiños rurais, coas seguintes conclusións:

«(...) incumbe ao Concello apelante o axeitado mantemento e conservación do camiño público, en condicións aptas para o tránsito, en virtude do disposto no artigo 25.2.d) da Lei reguladora das bases do réxime local Lei 7/1985, do 2 de abril (...) e en virtude do artigo 26.1 a) do mesmo texto legal (...). Non obstante, este deber de mantemento, conservación, seguridade e vixilancia non pode estenderse máis alá da exigencia nunha extensión e intensidade determinadas polo estándar exigible que vén dado polo axeitado e normal para as circunstancias de lugar e uso do camiño –a vía–, quedando probado na instancia que se trata dun camiño en zona rural, camiño de montaña para dar servizo a unha aldea con tres edificacións, e que mesmo cando se teña convertido nun complexo turístico rural, iso non lle atribúe ao camiño de acceso outra natureza distinta que a de ser un “camiño rural” e de montaña, polo que o grao de mantemento e conservación debe ser o dos múltiples existentes desta condición e non o dunha estrada convencional, co que as exigencias no seu mantemento non poden ser equivalentes (...). Entendemos como obras de conservación as que se limitan a manter o camiño en condicións de tránsito axeitado; tampouco podería entenderse como tales as que alteran as súas características morfolóxicas (...). Non por iso ha de obrigarse a Administración a asumir a execución das que exceden as propias de conservación e mantemento do camiño público, e non son desta natureza as que se sinalan no informe, porque implican unha modificación do camiño en que deberían executarse desmontes, noiros, ampliación de calzada, rebaixes de pendente, rectificacións, etc.; unha eventual concorrencia de deficiencias habilitaría para desenvolver razoablemente a adopción de medidas necesarias para manter o camiño en condicións de seguridade, conforme, claro está, a súa natureza de camiño rural, pero non autoriza a que se lle aplique un tratamento que converta o camiño rural nunha estrada dando un resultado moi próximo ao que lle correspondería se o fose, pois non é a súa natureza».

Regap



NOTAS

1.4 Competencia do aparelador municipal para emitir informes sobre instrumentos de planeamento urbanístico

A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS) do 25 de xullo de 2017 (relator: De Oro-Pulido López, Rec. 2860/2016) confirmou a competencia do arquitecto técnico municipal do Concello de Baiona para emitir informe desfavorable sobre un estudo de detalle de iniciativa privada, cos seguintes argumentos:

«(...) Interesa ante todo sinalar, dunha parte, que a disposición adicional da referida Lei 12/1986 establece que “o establecido nesta lei non será directamente aplicable aos arquitectos e enxeñeiros técnicos vinculados á Administración pública por unha relación de servizos de natureza xurídica administrativa, os cales se rexerán polas súas respectivas normas estatutarias”, e, doutra, que a argumentación do motivo se fundamenta na falta de habilitación do arquitecto técnico para a redacción dun estudo de detalle, cando o obxecto de debate, moito máis limitado, consiste en determinar, como sinala a sentenza recorrida, se un estudo

de detalle “se axusta ao planeamento municipal aplicable”. (...) Por último, e en relación co recente criterio xurisprudencial a que se refire a sentenza recorrida, que rexeita o monopolio competencial a favor dunha profesión técnica específica, sempre que o título facultativo en cuestión integre un nivel de coñecementos técnicos axeitados á actuación a realizar conforme os estudos exixidos para obter ese título profesional, non está de máis recordar a nosa sentenza do 14 de novembro de 2014 –Recurso de casación 2679/2012– que declara: “Esta Sala do Tribunal Supremo considerou superadas as categorías de técnicos superiores e de grao medio, ao posuíren todos unha titulación universitaria superior, e por iso non resulta axustada á interpretación que a dita xurisprudencia realizou dos artigos 1 e 2 da Lei 12/1998, de 1 de abril, reguladora das atribucións profesionais dos arquitectos técnicos e enxeñeiros técnicos EDL 1986/9905, a decisión do Tribunal a quo declarando axustada a dereito a negativa do Concello a aprobar un estudo de detalle por vir avalado coa sinatura dun enxeñeiro técnico industrial cando se acreditou que o dito estudo de detalle non tiña outra finalidade que aumentar a altura das edificacións para o proceso produtivo da industria instalada nestas, sen xerar aumento da edificabilidade asignada ás parcelas obxecto da modificación nin do resto dos parámetros aplicables ás ditas parcelas obxecto do proxecto presentado».

2 Colexios profesionais

2.1 Ámbito competencial da Comunidade Autónoma de Galicia para regular a materia de colexios profesionais

O Tribunal Constitucional, na súa Sentenza 62/2017, do 17 de maio (relator: Martínez-Vares García) anulou varios preceptos da Lei 11/2001, do 18 de setembro, de colexios profesionais da Comunidade Autónoma de Galicia, modificados pola Lei 1/2010, do 11 de febreiro (de adaptación á Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior), por invadir a competencia básica estatal sobre a dita materia. Concretamente porque:

A) «(...) A regulación impugnada establece a exixencia dunha comunicación previa para o exercicio da actividade na Comunidade Autónoma de Galicia, o que contradí a lexislación básica que previu que basta unha única comunicación para exercer en todo o territorio nacional, e que non admite a exixencia de comunicacións previas para exercer nunha parte do territorio».

B) «(...) neste caso, o lexislador autonómico exerceu unha competencia básica do Estado ao establecer a colexiación obrigatoria para os profesionais médicos e demais profesionais de ciencias da saúde ao servizo das administracións públicas cuxas funcións comprendan a realización de actos profesionais que teñan como destinatarios inmediatos os usuarios do Sistema Público de Saúde de Galicia, así como tamén para o exercicio da actividade privada, na disposición agora impugnada. En definitiva, o artigo 3.2 da Lei 2/1974, de colexios profesionais, na redacción dada a este pola Lei 25/2009, constitúe parámetro de constitucionalidade na materia que nos ocupa, e dado que nel se lle atribúe ao lexislador estatal a competencia para establecer os supostos en que a colexiación obrigatoria resulte exixible para o exercicio profesional, ao abeiro do artigo 149.1.1 e 18 CE, non podemos senón concluír a inconstitucionalidade e nulidade do apartado segundo do artigo 2 da Lei 1/2010, do 11 de febreiro, xa que lle dá unha nova redacción ao artigo 3.2 da Lei de colexios profesionais

de Galicia, na medida en que a Comunidade Autónoma non é competente para establecer o réxime de colexiación obrigatoria previsto nel».

C) «(...) a norma básica precisa os supostos de visado obrigatorio determinando que, nos colexios de profesións técnicas, unicamente procede a petición dos clientes ou nos casos en que o Estado o estableza. A norma autonómica, porén, ao establecer os dous supostos en que debe exercerse a función de visar, repite un deles pero, ao definir o segundo, non reproduce fielmente as bases, senón que as altera na medida en que a xenérica referencia á lei posibilita a intervención autonómica nun ámbito que a norma básica lle reservou ao Estado. O lexislador autonómico parafraseou un precepto básico estatal, de tal xeito que, lonxe de contribuír á intelixencia dun desenvolvemento adecuado das bases, introduciu confusión. Consecuentemente, procede declarar que o apartado quinto do artigo 2 da Lei de Galicia 1/2010, que lle dá unha nova redacción á letra i) do artigo 9 da Lei de colexios profesionais de Galicia, invadiu a competencia estatal para ditar lexislación básica sobre corporacións profesionais (artigo 149.1.18 CE) e, por iso, que é inconstitucional e nulo (...)».

D) «O lexislador autonómico previu, na norma impugnada, que os colexios profesionais han de contar cun servizo de visado, debendo entenderse que os colexios profesionais que deben contar co dito servizo de visado son os que determina a base estatal, isto é, os colexios das profesións técnicas (...)».

E) «A norma estatal é determinante ao excluír do visado tanto os honorarios como as demais condicións contractuais, cuxa determinación queda suxeita ao libre acordo entre as partes, e o control técnico dos elementos facultativos do traballo profesional. Ao non conter a norma autonómica a dita exclusión, atopámonos ante un suposto de reprodución parcial nun precepto autonómico dunha norma estatal básica que determina a invalidez da norma autonómica, por non respectar a lexislación básica do Estado (...)».

F) «O artigo 13.3 da Lei 2/1974 establece o réxime de responsabilidade aplicable ao exercicio da función de visado polos colexios profesionais que pola súa dimensión pública están equiparados ás administracións públicas de carácter territorial (por todas, STC 201/2013, do 5 de decembro, FX 3). De acordo con iso, o Estado estableceu a referida regulación ao abeiro da súa competencia exclusiva sobre o sistema de responsabilidade de todas as administracións públicas, ex artigo 149.1.18 CE. O dito sistema de responsabilidade implica unha normativa común para todo o territorio como garantía indemnizatoria xeral (STC 61/1997, FX 33). Neste caso, atopámonos ante un suposto de reprodución parcial da norma básica estatal pola norma autonómica na medida en que omite un dos requisitos necesarios para que proceda a responsabilidade subsidiaria colexial, como é que os defectos causantes do dano garden relación directa cos elementos que se visaron nese traballo concreto. En consecuencia, ao modificar o réxime de responsabilidade establecido con carácter básico pola normativa estatal pola súa reprodución parcial, debemos declarar a inconstitucionalidade e nulidade do artigo 10 quinquies 3 da Lei de colexios profesionais de Galicia, na redacción dada polo artigo 2.10 da Lei 1/2010».

Regap



NOTAS

3 Expropiación forzosa

3.1 Valoración de predio edificado en solo urbano consolidado, cualificado no planeamento urbanístico como sistema xeral viario

Na Sentenza do TS (Secc. 5.ª) do 13 de novembro de 2017 (Rec. 1068/2016, relator: Herrero Pina) establécese o criterio definitivo para determinar o xusto prezo dun predio situado en solo urbano consolidado, sen edificabilidade, expropiada para a execución da terceira rolda de circunvalación da cidade da Coruña, coas seguintes conclusións:

«(...) cando se acode para a determinación da edificabilidade á media do uso maioritario no ámbito espacial homoxéneo, esta sala vén declarando que, para a determinación do aproveitamento, debe descontarse da superficie total a destinada a usos dotacionais non lucrativos, tomando en consideración unicamente a superficie con aproveitamento lucrativo, xa que o que se persegue é determinar o aproveitamento patrimonializable por metro cadrado no espazo considerado, que é o que pode ser obxecto de xusto prezo como representativo do sacrificio efectivo derivado da expropiación. É significativa para o efecto a Sentenza do Pleno desta Sala do 14 de abril de 2015, que se refire xa ao texto refundido da Lei do solo 2/2008 e ao regulamento de valoracións, e sinala que a fórmula examinada persegue a mesma finalidade que o artigo 29 da Lei 6/98 e declara que da superficie do ámbito correspondente debe descontarse a superficie de solos dotacionais e, en definitiva, que debe considerarse unicamente a superficie do ámbito que é susceptible de aproveitamento lucrativo. (...). A razón desta exclusión é que, como observou repetidamente esta sala, o solo chamado a un destino non lucrativo non pode ser tido en conta ao aplicar o artigo 29 LSV, pois iso equivalería a facer depender o valor dos predios afectados da finalidade a que o planificador destina a zona onde se atopan.

Noutro caso desvirtuariase o obxectivo perseguido pola norma, que non é outro que o de que o propietario do solo expropiado sen atribución de aproveitamento sexa retribuído en atención a un aproveitamento equivalente ao recoñecido expresamente para os que si o teñen, equivalencia que, ante a diversidade dos aproveitamentos establecidos, se identifica coa media ponderada destes.

Pois ben, a aplicación deste criterio leva a compartir a alegación da parte recorrente, no sentido de que o xurado debeu descontar da superficie do ámbito homoxéneo tomado en consideración os 24.927,415 m² correspondentes a vías e dotacións públicas, co que se obtén unha edificabilidade de 2,1 m²/m², equivalente á atribuída directamente polo planeamento. (...). Por outra banda, que a edificabilidade resultante da aplicación da media do ámbito homoxéneo resulte equivalente á edificabilidade neta establecida no planeamento é unha consecuencia necesaria cando o ámbito homoxéneo tomado en consideración coincida co ámbito e uso ao que o planeamento lle atribúe directamente unha determinada edificabilidade neta, como é este caso, en que o xurado sinala expresamente que se delimita como ámbito espacial homoxéneo onde é de aplicación a norma zonal 9.2. (...).

Denúncianse, no seguinte apartado, as mesmas infraccións en canto ao desconto de gastos de urbanización, con argumentos semellantes aos que se acaban de expor, e que debemos estimar, pois é doutrina reiterada que, tratándose de solo urbano consolidado, o que non se discute no caso, non caben deducións por gastos de urbanización. Unicamente, e con carácter

excepcional ou particular, cabe a dedución de gastos de urbanización pendentes sempre que se xustifique suficientemente a súa realidade e alcance (artigo 24.1.c) TRLS 2008) (...).

Distinta resposta merece a pretensión de indemnización independente das construcións e outros elementos existentes na parcela, ao efecto da cal se invoca a infracción dos artigos 22.3 e 24.2 do TRLS de 2008 e do artigo 33 da Constitución, alegando que a interpretación de ambos os dous preceptos conduce á taxación de tales elementos, pois o artigo 22.3 é taxativo e no suposto do artigo 24.2.b) non se están a taxar.

Contrariamente a esta formulación, o artigo 24.2 do TRLS de 2008, ao que en definitiva se reconduce a solución da cuestión, establece con claridade que o valor de taxación do solo edificado –que é o caso, mesmo cando a representación do Concello o cuestione– será o superior dos dous seguintes: o determinado pola taxación conxunta do solo e da edificación existente, polo método de comparación ou o determinado por método residual, aplicado exclusivamente ao solo, o que supón, dunha parte, que necesariamente ha de efectuarse unha dobre valoración e, de outra, que só no caso de aplicar a valoración conxunta por comparación se toman en consideración as edificacións existentes, noutro caso só se valora o solo. Neste suposto o xurado chegou á conclusión de que resultaba superior o valor obtido polo método residual, o que non foi cuestionado pola parte, e, en consecuencia, non cabe unha valoración independente das edificacións como pretenden os recorrentes».

Regap



NOTAS

3.2 Carácter non indemnizable do demérito dunha vivenda pola situación de fóra de ordenación e a perda de calidade de vida que lles supuxo aos seus moradores a execución dunha autoestrada nas súas inmediacións

O TSXG (Secc. 3.ª), na súa Sentenza do 25 de outubro de 2017 (Rec. 7198/2014, relator: Paz Eiroa), desestimou a reclamación indemnizatoria formulada polo propietario dunha vivenda que quedou en situación de “fóra de ordenación” como consecuencia das obras de execución dunha autoestrada. Denegou tamén a indemnización reclamada pola perda de calidade de vida que levan consigo os ruidos e vibracións xerados polo tráfico da autoestrada, con estes argumentos:

«(...) As limitacións legais que condicionan o exercicio dos dereitos de uso non son, por si mesmas, indemnizables ao non entrañaren unha privación singular de dereitos e intereses lexítimos (a título de exemplo, Sentenza do 18 de decembro de 2012 –casación 2335/10– e as que nelas se citan, que, malia que referidas ás limitacións derivadas da Lei de estradas, a súa doutrina é plenamente transplantable), [...] Cuestión distinta é que, como consecuencia da expropiación parcial, o resto non expropiado debeña antieconómico, antieconomicidade que non pode confundirse co demérito sufrido [...] polos restos non expropiados como consecuencia da división do predio, o que, certamente, deberá ser valorado e indemnizado no xusto prezo da expropiación que, para tales efectos, fixe o xurado” –STS, Sección Quinta, do 16 de xuño de 2017, Recurso 32/2016, reiterando outras–. Este tribunal vén reiterando que “en canto ao demérito derivado da expropiación, procede a súa indemnizabilidade en supostos de solo urbano cando o establecemento de servidumes e afeccións leva consigo perda de edificabilidade, cando se acredite o prexuízo derivado da afección, pero nos solos rurais, o T.S., Secc. 6.ª, 2/6/2014, Rec. núm. 4161/2011, entende que as limitacións derivadas da zona de influencia constitúen unha limitación do dominio derivada da lexislación de estradas,

de sorte que só serían indemnizables, conforme a lexislación de estradas, a ocupación de zona de servidume e os danos e perdas causados pola súa utilización; neste tipo de solos non urbanos, a imposibilidade ou limitación para edificar non é indemnizable, ao non existir dereito a edificar en solo non urbanizable; podería predicarse unha indemnizabilidade das afeccións en solo rural na medida en que afecten á utilidade que pola súa propia natureza veu prestando o ben expropiado, aínda que se estaría a forzar o instituto expropiatorio, cunha finalidade fundamentalmente tuitiva, permitindo ou recoñecendo indemnizacións por razón do demérito derivado da imposición de afeccións que non teñen causa directa na expropiación que se acomete, senón no proxecto de obra pública do que a expropiación é mero instrumento, cando o interesado non actuou en defensa do seu interese, no expediente do mesmo proxecto de obra pública que xustificou a expropiación, alegando e acreditando a mingua do uso que suporía para o ben a expropiar” –termos da Sentenza ditada o 19 de outubro de 2017 no Recurso 7172/2015–. (...) Este TSXG, na S. núm. 141/14, do 29 de xaneiro, PO núm. 7285/10, no seu F.D. 4.º, in fine, considera que o T.S. no Rec. 4227/2009, S. do 17/7/2012, indica que unha cousa é a indemnización por demérito, que vén determinada en función da depreciación efectiva do predio como consecuencia do prexuízo real ocasionado pola expropiación, prexuízo que necesariamente debe acreditarse e, se é o caso, indemnizarse conforme os criterios de valoración dese demérito e outra distinta a relativa á constitución das servidumes e limitacións que establece a lexislación sobre estradas, que, por non entrañar unha privación singular de dereitos e intereses lexítimos, non son indemnizables; así pois, por iso, os conceptos reclamados como perda de calidade de vida persoal non son susceptibles de indemnización ao non derivaren da expropiación, que non pode estenderse a outras consecuencias que derivan do establecemento dun servizo público, cuxas consecuencias e limitacións veñen concretadas por normas con rango de lei (de estradas) e delimitan o contido da propiedade de acordo co interese social desta (artigo 33 CE); é dicir, o predio ou a vivenda non sufriu, como consecuencia da expropiación, deméritos indemnizables por razón de ruído nin perda de privacidade, considerando este TSXG, na S. 201/2010 sobre ruidos e vibracións, que se afirma que causa a vía nos bens expropiados, que non son consecuencia directa da expropiación do solo, senón do establecemento do servizo público para o que se expropiaron, maiormente cando calquera proxecto de vía pública debe ter incorporadas medidas para evitar prexuízos acústicos, e o seu incumprimento non é exixible por vía indemnizatoria a quen responde do xusto prezo, senón á Administración que debe cumprir o programa de seguimento e vixilancia ambiental” –Sentenza deste tribunal do 31 de maio de 2016, Recurso 7626/2013–».

4 Medio ambiente e urbanismo

4.1 Declaración de nulidade dun plan xeral por falta de xustificación do notable incremento de densidade de vivenda previsto nel

O TS (Secc. 5.ª) na súa Sentenza do 12 de xullo de 2017 (Rec. 1859/2016, relator: Fernández Valverde) confirmou en casación a declaración de nulidade total do Plan Xeral de Ordenación Municipal de Abegondo (A Coruña) por proxectar no seu territorio un incremento desmedido e inxustificado da densidade de vivenda, carecendo ademais dun verdadeiro estudo económico-financeiro. Incide o tribunal en que:

«(...) debemos destacar os seguintes aspectos:

a) A sentenza, desde o principio do fundamento cuarto, deixa constancia do amplo espectro probatorio que toma en consideración: “Do contido do informe técnico achegado acompañando a demanda e do informe elaborado por perito xudicialmente designado, así como da documentación existente en autos e mesmo no expediente”.

b) A sentenza, igualmente, sinala desde o principio que o incremento previsto de 2.622 vivendas non alcanza o nivel mínimo de xustificación exixido polos apartados 3.1.4 e 3.1.15 do Decreto 19/2001, do 10 de febreiro.

c) A sentenza, analizando datos do PXOU, compara vivendas situadas no municipio en 1991 (3.037), 2009 (3.348); isto é un incremento dunhas 300 vivendas en 20 anos.

d) Igualmente, realiza unha comparativa poboacional, destacando que no citado período de tempo (1991/2009) a poboación descendeu de 6.165 a 5.798 habitantes.

e) Recoñece, non obstante, que outros municipios da bisbarra da Coruña aumentaron a poboación, e que tal diferenza “pode deberse á circunstancia sobre localización duns e outros en relación coa cidade da Coruña e cos puntos máis relevantes de dinamización económica”.

f) A sentenza deixa constancia da “ampla marxe de apreciación da Administración competente en materia de planeamento para que efectúe as súas previsións relativas a poboación e vivendas”, pero, igualmente, deixa constancia da ausencia de elementos significativos que puidesen servir de apoio ás optimistas previsións de crecemento poboacional e demanda de vivendas do PXOU, destacando a ausencia de novas circunstancias de orde económica, industrial, de servizos ou mesmo de organización social que xustifique o crecemento de 164 vivendas/ano durante 16 anos, facendo referencia á desproporcionalidade de tal crecemento e á irracionalidade deste, xa que iso implicaría –segundo o perito de designación xudicial– triplicar a poboación no horizonte temporal dos 16 anos mencionados (isto é, un incremento de máis de 10.000 habitantes en 16 anos, en relación cos menos de 6.000 da actualidade).

g) Por último, a sentenza de instancia destaca que, ao mesmo tempo, as mencións a vías de comunicación non as fai suficientes, e que a distribución da poboación dentro do municipio está ausente.

h) Obviamente, expón a sentenza, tan desproporcionado incremento incide decisiva e negativamente na viabilidade económica do PXOU, como a sentenza dos informes –que cita expresamente– do interventor municipal, do perito xudicial e do achegado pola parte actora.

(...) Pois ben, de conformidade coa anterior doutrina, non podemos aceptar a formulación da recorrente en relación coa valoración da carga da proba, nin cos outros extremos a que o motivo se refire, pois era a ela á que lle correspondía acreditar a viabilidade do crecemento poboacional que a sentenza puxo en dúbida e a paralela proporcionalidade do número de vivendas, xa que a xustificación dos parámetros de crecemento non xustificaban este; obviamente, era ela a que tiña que acreditar que os expresados datos cuantitativos proxectados no PXOU, e negados pola plataforma recorrente, con base en datos históricos, contrastados e obxectivos de poboación e vivendas, contaban con algunha xustificación contundente na programación do PXOU, o cal, a xuízo da sentenza de instancia, de ningún xeito se conseguiu, segundo expresa esta; pois ben, ante tal situación, estamos impedidos nesta sede casacional

Regap



NOTAS

de proceder á revisión do tema probatorio que se nos formula, e que a propia recorrente non conecta coa existencia de indefensión ningunha. Isto é, non contamos con elementos para alterar a valoración probatoria –o que lles correspondía ás demandadas, unha vez postas en dúbida as proxeccións expostas no planeamento coa motivación que contiñan–, nin a interpretación xurídica realizada pola sala de instancia, no marco da xurisprudencia que salientamos (...).

A sentenza non nega –de ningún xeito– a discrecionalidade con que contan as administracións demandadas para proxectar a súa decisión de planeamento, pero a sentenza de instancia, tomando en consideración todos os elementos que antes salientamos, non consegue atopar xustificación nos que fundamentar tan desmedido crecemento; nin a historia poboacional do municipio (cun leve descenso poboacional nos últimos anos), nin o cómputo das vivendas construídas nos anos anteriores, nin, por outra parte, os posibles factores de crecemento poboacional lle serven á sala para xustificar os crecementos expresados, e, tal forma de proceder na valoración dos elementos expresados de ningunha maneira se nos aparece como afectante ao citado “principio de desenvolvemento territorial e urbano sustentable”, pois o planeamento proxectado –se é que realmente pretende un desenvolvemento sustentable– non acredita nin un uso racional dos recursos naturais, nin toma en consideración os requirimentos que veñen impostos pola economía, o emprego, a cohesión social, e, entre outros extremos, a protección do medio ambiente, que son os elementos que o precepto establece».

4.2 Modificación puntual de plan xeral para establecer e regular o uso de crematorio. Omisión de avaliación ambiental estratéxica

A Sentenza do TSXG do 16 de novembro de 2017 (Rec. 4110/2015, relator: Recio González) anulou a modificación puntual do plan xeral de ordenación urbana de Pontevedra aprobada para establecer e regular o uso de crematorio no seu termo municipal, por non terse tramitado a preceptiva avaliación ambiental estratéxica. Concluíu o tribunal que:

«(...) A Lei 21/2013, do 9 de decembro, de avaliación ambiental, explica na súa exposición de motivos que, en materia de medio ambiente, a regulación básica estatal e a autonómica de desenvolvemento deben asegurar, por imperativo do artigo 45 da Constitución, a protección e preservación do medio ambiente, para o cal un marco básico e común é absolutamente indispensable; e que esta lei se asenta na competencia exclusiva do Estado en materia de lexislación básica sobre protección do medio ambiente, sen prexuízo das facultades das comunidades autónomas de estableceren normas adicionais de protección (artigo 149.1.23.a da Constitución). Conforme dispón no seu artigo 6, sobre o ámbito de aplicación da avaliación ambiental estratéxica, “1. Serán obxecto dunha avaliación ambiental estratéxica ordinaria os plans e programas, así como as súas modificacións, que sexan adoptados ou aprobados por unha Administración pública (...).

(...) No suposto aquí analizado, do feito de que os proxectos posteriores se teñan que someter á avaliación ambiental, non se debe deducir a exclusión ao mesmo trámite para a modificación do plan, máxime cando se pon de manifesto, e non foi negado pola parte contraria, que o plan non foi sometido. Cómpre engadir que, conforme dispón o artigo 93 da LOUGA, “4. A revisión do planeamento e as modificacións de calquera dos elementos dos plans, proxectos, normas e ordenanzas se suxeitarán ás mesmas disposicións enunciadas para a súa tramitación e aprobación, sen prexuízo do disposto no artigo 62 desta lei...”.

Aínda que a posible incidencia sobre o medio ambiente é evidente que sexa maior cando se presente un proxecto para un crematorio e se deba analizar se se aproba o proxecto, iso non pode excluír o sometemento ao trámite ao aprobarse a modificación do planeamento, e posto que con esta modificación se di, entre outras cousas, que a distancia que ha de ser respectada é de 50 metros, con relación aos usos residenciais, terciarios ou equipamentos comunitarios, pódese deducir que de forma xeral xa se está a incidir sobre o medio ambiente e pódense deducir efectos ambientais significativos. Dentro do anexo II refírese, entre outros criterios, á incidencia sobre a saúde, ao que cómpre engadir que se trata dunha actividade contaminante, xa que así o di a Lei 34/2007, do 15 de novembro, de calidade do aire e protección da atmosfera, e o Decreto 133/2008, do 12 de xuño, polo que se regula a avaliación de incidencia ambiental (vixente ata o 28 de decembro de 2013); e con estas referencias, sen entrar na análise do resto dos apartados, xa se deduce que si que concorre, coa aprobación do plan e sen necesidade de esperar á aprobación dos proxectos, sendo lóxico que os proxectos de autorización de crematorios non os estudase aínda o órgano ambiental».

4.3 Información en materia de medio ambiente. Dereito de acceso aos expedientes de concesións mineiras e de obtención de copia dos documentos que constan neles

A Sentenza do TSXG (Secc. 3.^a) do 22 de novembro de 2017 (relator: Cibeira Yebra Pimentel, Rec. 7363/2015) recoñeceu o dereito dun cidadán a obter na Xunta de Galicia copia dun expediente de concesión mineira que afectaba de xeito moi relevante ao medio ambiente (explotación aurífera de Corcoesto), coas seguintes consideracións:

«(...) Como principal principio regulador desta materia, o artigo 105 b) da Constitución española dispón que a lei regulará, entre outras materias, o acceso dos cidadáns aos arquivos e rexistros administrativos, salvo no que afecte á seguridade e defensa do Estado, a investigación dos delitos e a intimidade das persoas, e este precepto constitucional remite expresamente á configuración legal do exercicio do dereito de acceso aos arquivos e rexistros administrativos, como dereito non fundamental, aínda que relacionado co dereito de participación política, co de liberdade de información e co de tutela xudicial efectiva, e tal dereito reflicte unha concepción da información que consta en mans do poder público acorde cos principios inherentes ao Estado democrático (xa que o acceso aos arquivos e rexistros públicos implica unha potestade de participación do cidadán e facilita o exercicio da crítica do poder) e ao Estado de dereito (pois o dito acceso constitúe un procedemento indirecto de fiscalizar a Administración á lei e de permitir con máis eficacia o control da súa actuación pola xurisdición contencioso-administrativa) STS 9/12/2003, réxime de acceso que foi desenvolvido despois polo artigo 37 e concordantes da Lei 30/92, no cal con toda claridade se establece que os cidadáns –sen mención ningunha a que sexan titulares de dereitos ou intereses lexítimos relacionados co caso– teñen dereito a acceder aos rexistros e aos documentos que, formando parte dun expediente, consten nos arquivos administrativos, calquera que sexa a forma de expresión, gráfica, sonora ou en imaxe, ou o tipo do soporte material en que figuren, sempre que tales expedientes correspondan a procedementos rematados na data da solicitude.

Certo é que a lei establece determinados límites ao exercicio dese dereito –artigo 37.2 Lei 30/92– (...). Pero en ningún destes casos se atopa o solicitado polo actor neste recurso, e nin

Regap



NOTAS

sequera pode discutirse de ningunha maneira a súa lexitimación para pedilos –recoñecida inicial e legalmente a calquera cidadán polo feito de selo–, porque, de xeito engadido, o actor demostrou estar domiciliado nun núcleo rural do contorno da mina de que se trata, e, loxicamente, coa condición de posible afectado na realidade pola actividade mineira en discusión que puidese desenvolverse nese ámbito físico, aparecendo como razoable e fóra de calquera motivación espuria ou de intención abusiva que pretenda informarse de todos os condicionantes fácticos e xurídicos relacionados cos dereitos mineiros da concesionaria, actual e anteriores, da explotación a que se refire. Neste sentido, tamén hai que sinalar que a Lei 38/1995, do 12 de decembro, sobre o dereito de acceso á información en materia de medio ambiente –pola que se integra a Directiva 90/313/CEE do Consello e contén mesmo unha normativa máis ampla que a da Lei 30/92–, establece o dereito de todos os nacionais que integran o espazo europeo a acceder a toda a información ambiental que estea en poder das administracións públicas, coas escasas limitacións que se conteñen no seu artigo 3, e que ten o carácter de lexislación básica de acordo co artigo 149 da CE. Iso leva consigo a obrigada desestimación da primeira causa de inadmisibilidade alegada pola Administración demandada, na medida en que o actor estaba plenamente lexitimado para realizar a petición que fixo, non tratándose tampouco de ningún modo dunha actuación administrativa non susceptible de impugnación –segunda causa de inadmisibilidade–, pois, ditado despois o necesario acto de denegación expresa do pedido, exerceuse correctamente e en tempo adecuado o oportuno recurso xurisdiccional, ao que agora pasa a ofrecerse resposta.

Noutra orde de cousas, tampouco podía deducirse que había que entender estimada tal solicitude por silencio administrativo positivo, xa que, en materia de dominio público e medio ambiente, o silencio sempre opera en sentido negativo ao que se solicita.

Iso lévanos a entrar directamente no tema de fondo do que aquí se discute. As razóns do rexeitamento a concedelos expostas na primeira resolución do 11 de abril de 2013 son totalmente insuficientes e inaceptables. Xa se dixo que a lexitimación era manifestamente clara tal como se presentaba a causa da súa petición, sendo un mero subterfuxio para non recoñecela dicir que a posible condición de interesado neste expediente non se podía estender aos expedientes anteriores, e non sendo tampouco un argumento válido dicirlle que tiña que xustificar o seu interese conforme o artigo 37 da Lei 30/92, nin a mera cita de que había que aterse ás restricións dos documentos nominativos en canto á intimidade das persoas e materias protexidas, pois nada se xustificaba con relación a isto, e na propia tese da parte actora admitíase expresamente que, se nalgún dos documentos puidese existir algún dato persoal relacionado coa intimidade dalgunha persoa, se fixese omisión del, pero que se presentase a documentación básica e obxectiva de todo o relativo á adquisición e vixencia deses dereitos mineiros que ao final se dicía que posuía a última titular da concesión de explotación da mina (...).».

4.4 Normas de identificación e ordenación zoonosanitaria dos animais equinos en Galicia

O TS (Secc. 4.^a), na súa sentenza do 11 de xullo de 2017 (Rec. 2652/2015, relator: Toledano Cantero), desestimou o recurso de casación interposto pola Asociación Cabalar Monte Acibal de Amil e a Asociación Lobo contra a Sentenza do TSXG que á súa vez desestimou

o recurso formulado fronte ao Decreto 142/2012, do 14 de xuño, da Xunta de Galicia polo que se establecen as normas de identificación e ordenación zoonosanitaria dos animais equinos.

Analízase nesta sentenza o peculiar réxime dos cabalos que permanecen en semiliberdade nos montes de Galicia sometidos á tradicional práctica dos curros. Os recorrentes opúñanse sobre todo á obriga exixida no referido decreto de implantar un microchip nos équidos, coa conseguinte asunción de responsabilidades polo seu titular. O Tribunal Supremo afirmou o seguinte na sentenza:

«(...) O decreto impugnado establece un detallado réxime xurídico que, partindo da consideración de explotación equina extensiva respecto a estes animais, e a determinación dun réxime de titularidade aos que atribúen para si a súa posesión, obriga os propietarios dos animais á súa identificación mediante a implantación dun transpondedor ou microchip no pescozo dos cabalos, establece o réxime de aseguramento de danos a terceiros, a necesidade da preceptiva autorización expresa de pastoreo nos terreos en que habitan estes cabalos salvaxes, a consideración das asociacións e “titulares” de cabalos salvaxes como persoas responsables de pasto de uso común e titulares dun dereito de aproveitamento de pastos, o réxime xurídico das reses sen dono, a regulación dos espazos de acollida para animais non identificados, coa exixencia, se é o caso, de peche perimetral (...).

O réxime civil de propiedade e posesión dos animais salvaxes non é incompatible co exercicio das potestades administrativas de tutela do interese público en materia de sanidade animal, e a prevención dos eventuais riscos que para terceiros poidan orixinar os animais que deambulen en liberdade, así como a obriga de contar cun seguro que cubra as responsabilidades en que se puidese incurrir. Tampouco o é establecer o destino dos animais salvaxes que, carecendo de dono ou posuidor, lles poidan ocasionar un dano ás propiedades de terceiros, ou un risco para a seguridade de persoas ou cousas. Obviamente, a obriga de identificación non é substituíble polas formas tradicionais de identificación ou marcas que se realizan nos cabalos nos denominados curros. Ao contrario, existe un amplo conxunto de normas que establecen o sistema de identificación, e que resultan plenamente compatibles co disposto no artigo 465 do Código civil. Así, o Regulamento (CE) 504/2008, da Comisión, do 6 de xuño, polo que se aplican as directivas 90/426/CEE e 90/427/CEE, no que se refire aos métodos de identificación dos équidos, establece as bases do actual sistema de identificación individual dos cabalos. Esta norma dispón a utilización de transpondedores electrónicos como método xeral de identificación, aínda que lles permite aos Estados membros a utilización de marcas alternativas en certas condicións. Igualmente, a disposición comunitaria faculta as autoridades competentes dos Estados membros a eximir da obriga de identificación determinadas poboacións de équidos salvaxes que se manteñen confinadas en áreas definidas mentres non as abandonen.

Por outra parte, o Real decreto 1515/2009, do 2 de outubro, polo que se establece un sistema de identificación e rexistro dos animais da especie equina, modificado polo Real decreto 1701/2011, do 18 de novembro, sinala as condicións de aplicación da normativa comunitaria no Estado español e prescribe a marca auricular electrónica como a única alternativa autorizada na identificación de animais nados en explotacións de produción e reprodución cuxo obxectivo sexa a produción de équidos de abasto.

Nos supostos dos animais carentes de titular, a norma impugnada establece o procedemento de actuación e o destino que se lles deba dar aos animais sen dono que deambulen en

Regap



NOTAS

liberdade nalgunha das situacións que poden ocasionar un eventual perigo para os intereses de terceiros, previsión que non infrinxe o disposto no artigo 465 do Código civil, xa que se trata de animais que carecen de titular ou posuidor.

En definitiva, o que formula a parte é a súa preferencia por unha diferente política legislativa en relación cos cabalos en réxime de liberdade característicos de Galicia, por considerar que eximir de todas as obrigas que impón o decreto recorrido aos que se benefician, por máis que sexa en moi escasa medida, da explotación destes animais, resultaría máis axeitado para garantir a subsistencia das poboacións de cabalos en réxime de liberdade. Os seus argumentos, por moi dignos de consideración que poidan ser, están no ámbito das opcións de política legislativa, pero non permiten sustentar o control de legalidade, que é o único que corresponde aos tribunais».

5 Persoal

5.1 Nomeamento fraudulento de persoal funcionario temporal para cubrir necesidades estruturais ou permanentes da Administración. Dereito a manterse no posto ata que se cubra mediante o procedemento legalmente establecido ou se amortice

O TSXG, nas súas sentenzas do 14 de xuño de 2017 (relator: Seoane Pesqueira, Rec. 72/2017) e 8 de novembro de 2017 (relator: Rivera Frade, Rec. 250/2017), avanzou na súa interpretación da xurisprudencia comunitaria sobre a contratación temporal fraudulenta no sector público, recualificando o vínculo dos recorrentes coa Administración como unha interinidade análoga á establecida pola xurisdición social sobre o “persoal indefinido non fixo” (*indefinito*). É dicir, recoñeceulle na práctica o dereito a permanecer no posto de traballo ata que se provea definitivamente polo procedemento establecido (oposición/concurso), ou se amortice logo da creación do posto (se non existise na RPT).

Na primeira das ditas sentenzas o actor fora nomeado no ano 2008 polo Concello de Santiago de Compostela como funcionario interino para a realización de programas concretos de carácter temporal que debían finalizar en 2011. O seu nomeamento foise renovando ata que en 2016 se dispuxo o seu cesamento. Concluíu o TSXG o seguinte na sentenza:

«(...) O Real decreto legislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público, no seu artigo 10 ofrece unha regulación dos funcionarios interinos e das causas da interinidade, establecendo no seu apartado primeiro que son funcionarios interinos os que, por razóns expresamente xustificadas de necesidade e urxencia, son nomeados como tales para o desempeño de funcións propias de funcionarios de carreira cando se dea algunha das seguintes circunstancias: (...) c) A execución de programas de carácter temporal, que non poderán ter unha duración superior a tres anos, ampliable ata doce meses máis polas leis de función pública que se diten en desenvolvemento deste estatuto.

E é que, co EBEP, no ano 2007 incorporouse a posibilidade de acudir ao nomeamento de funcionarios interinos en supostos que fosen máis alá dos considerados na vella legislación por razóns de urxencia e necesidade, buscando con iso o legislador unha solución ao

desenvolvemento de programas, proxectos e, en xeral, actividades que non teñen vocación de permanencia sen necesidade de crear un vínculo funcional fixo co persoal nomeado para desenvolvesas, de maneira que a situación de interinidade debe cesar unha vez que finalice o prazo de vixencia do programa. Na Resolución do 21 de xuño de 2007 da Secretaría Xeral para a Administración Pública, pola que se publicaron as instrucións do 5 de xuño dese mesmo ano para a aplicación do EBEP no ámbito da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos, dicíase, a propósito destas novas causas de interinidade (apartados c) e d) do artigo 10.1 do EBEP), que o obxectivo que se pretendía conseguir era reducir ao mínimo indispensable a utilización das figuras dos contratos por obra ou servizo e por circunstancias da produción. A redacción do artigo 10.1 do EBEP, unida á modificación que tivo lugar no ano 2014, poñen de manifesto que a nova causa de interinidade recollida no apartado c) do precepto busca un obxectivo moi claro: executar programas de carácter temporal que correspondan a necesidades non permanentes, que se adapten aos obxectivos do programa. O cal ha de ter, á súa vez, reflexo no procedemento de selección dos funcionari@s interin@s que o vaian desenvolver, de maneira que o procedemento de selección debe adaptarse a tales obxectivos e non ás características dalgún posto de traballo da Administración que o aproba. En canto á nota de temporalidade, estes programas deben ter unha temporalidade predefinida, como xa advertía a Comisión para o Estudo e Preparación do EBEP, no informe da cal se recollen dúas suxestións ao respecto: que estes programas deben ter unha duración determinada a priori, e que debe quedar prohibido o nomeamento de interinos para programas que se prorroguen ou que reiteren outros inmediatamente anteriores de similar contido, pois neste último caso o que procede é unha planificación que conduza ao nomeamento de persoal fixo.

Así mesmo, convén lembrar que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea ditou o 14 de setembro de 2016 unha sentenza que resolve os asuntos acumulados Martínez Andrés e Castrejana López, asunto C-184/15 (persoal eventual) e C-197/15 (interino), respectivamente, á parte doutras dúas de mesma data que abordan cuestións substancialmente análogas (asunto C-596/14 De Diego Porras e asunto C-16/15 Pérez López), dando resposta na primeira a dúas peticións de decisión prejudicial formuladas, conforme o artigo 267 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE), polo Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco, concluíndo:

1) A cláusula 5, apartado 1, do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada, asinado o 18 de marzo de 1999, que figura no anexo á Directiva 1999/70/CE do Consello, do 28 de xuño de 1999, relativa ao Acordo marco da CES, a UNICE e o CEEP sobre o traballo de duración determinada, debe interpretarse no sentido de que se opón a que unha norma nacional, como a controvertida no litixio principal, sexa aplicada polos tribunais do Estado membro de que se trate de tal modo que, no suposto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se lles concede ás persoas que asinaron un contrato de traballo coa Administración un dereito ao mantemento da relación laboral, mentres que, con carácter xeral, non se lle recoñece este dereito ao persoal que presta servizos para a dita Administración en réxime de dereito administrativo, agás que exista unha medida eficaz no ordenamento xurídico nacional para sancionar os abusos cometidos respecto do dito persoal, o que lle incumbe ao xuíz nacional comprobar.

2) O disposto no Acordo marco sobre o traballo de duración determinada, que figura no anexo á Directiva 1999/70, en relación co principio de efectividade, debe interpretarse no

regap



NOTAS

sentido de que se opón a normas procesuais nacionais que obrigan o traballador con contrato de duración determinada a exercer unha nova acción para que se determine a sanción apropiada cando unha autoridade xudicial declarou a existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, na medida en que delas derivan para o dito traballador inconvenientes procesuais en forma, en particular, de custos, de duración e de normativa de representación procesual que poden facer excesivamente difícil o exercicio dos dereitos que lle confire o ordenamento xurídico da Unión.

Con iso trata de saír ao paso o TXUE da utilización abusiva dos contratos de traballo de duración determinada ou nomeamentos temporais, resultando ilustrativo que un dos asuntos acumulados trata do caso dun arquitecto, primeiro contratado laboralmente e despois nomeado funcionario interino durante máis de quince anos por un Concello (caso Juan Carlos Castrejana López fronte ao Concello de Vitoria), sendo o motivo expresado para o cesamento que o programa se executara na súa totalidade e que o contexto de crise impuña a redución de gastos, aclarando que lle corresponde ao xuíz nacional comprobar se se produciu o dito abuso. (...).

Á luz da normativa anteriormente mencionada e xurisprudencia comunitaria, debe dilucidarse se o nomeamento sucesivo e encadeado do demandante desde xaneiro de 2008 ata maio de 2016 respondeu a necesidades temporais ou se, pola contra, tras a fachada do nomeamento como funcionario interino para a execución de programas, en realidade o actor cubriu necesidades permanentes e estruturais.

O certo é que tanto o contido do expediente como a proba documental evidenciaron que o señor xxxxxx non se limitou na oficina de rehabilitación a realizar os labores relativos ao programa para o que foi designado como funcionario interino en xaneiro de 2008 (...). É dicir, o recorrente estaba nomeado funcionario interino para a execución dun programa, e a partir de 2012 tamén realizaba tarefas doutros programas (...). O demandante non se limitou ás funcións que serían propias do programa para o que foi nomeado funcionario interino, mesmo tendo en conta as sucesivas prórrogas, senón que desenvolveu os labores propios dun auxiliar administrativo na oficina de rehabilitación, coas atribucións que ten permanentemente asignadas, polo que se utilizou abusivamente a figura do nomeamento interino, con encadeamentos sucesivos que veñen entrañar as fraudes a cuxo paso trata de saír a xurisprudencia do TXUE.

É lóxico que o actor non impugnase ningún dos nomeamentos e prórrogas sucesivos, pois, en definitiva, permitíanlle seguir prestando os seus servizos para o Concello, ademais de que o encadeamento fraudulento de nomeamentos se comproba unha vez que, á vez que se realizan os labores propios do programa que motivou o inicial nomeamento, se levan a cabo labores ordinarios e permanentes dun auxiliar administrativo. Iso á parte de que xa vimos que o pronunciamento segundo da Sentenza do 14 de setembro de 2016 do TXUE declara que deben tratar de evitarse os obstáculos procesuais que dificulten a efectividade da sanción apropiada tras a apreciación da existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada ou nomeamentos temporais, como o que agora se examina (...).

O incumprimento polo Concello de Santiago de Compostela da normativa de aplicación produciuse nunha dobre vertente, en primeiro lugar no carácter das funcións desenvolvidas polo funcionario interino, que o foron de carácter permanente, e en segundo lugar na nota da temporalidade do programa ao abeiro do cal se produciu o seu nomeamento, ao ser

nomeado para a execución dun programa que carecería dunha temporalidade predefinida, prolongándose a situación irregular durante máis de oito anos (...). A consecuencia indeclinable da apreciación da fraude no encadeamento de nomeamentos sucesivos debe ser o reintegro do recorrente á praza de funcionario interino de auxiliar administrativo, pero non pode mudarse o nomeamento polo de praza vacante da letra a) do artigo 10.1 do Real decreto legislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público (que derogou a Lei 7/2007), porque non existe tal praza vacante. En canto aos efectos económicos, debido a que desde o 30 de maio de 2016 ata que se produza o reintegro efectivo o recorrente non desempeñou o traballo, convén aclarar que tales efectos non poden consistir na totalidade dos emolumentos que tería que percibir, pois, ben que a determinación ha de efectuarse na fase de execución, cómpre ter en conta as sumas que puidese obter o señor Ezequiel neste tempo, desde o cesamento ata a reincorporación».

O TS, nos seus autos do 30 de maio, 12 e 13 de xuño de 2017 (núms. 785/2017, 732/2017 e 1305/2017) admitiu a trámite varios recursos de casación cuxo obxecto precisamente é o de determinar se procede ou non aplicar analoxicamente a estas situacións administrativas as mesmas medidas adoptadas “pola xurisprudencia da orde social” (figura do *indeterino*), e se «o afectado pola utilización abusiva dos nomeamentos temporais ten ou non dereito a indemnización, por que concepto e en que momento».

regap



NOTAS

5.2 Os funcionarios interinos carecen de dereito indemnizatorio polo seu cesamento en legal forma. Inaplicabilidade do precedente da Sentenza do TXUE “De Diego Porras” ás relacións funcionariais

No noso dereito administrativo dispónse expresamente que «O cesamento do persoal funcionario interino non dá lugar a indemnización» (artigo 24.3 Lei 2/2015, do emprego público de Galicia). O demandante (funcionario interino cesado sen indemnización) pretendía que, por aplicación do efecto directo e útil da cláusula 4.ª da Directiva 1999/70/CE, do Consello, do 28 de xuño de 1999, relativa ao Acordo marco da CES, a UNICE e o CEEP, sobre o traballo de duración determinada, se lle recoñecese o mesmo dereito indemnizatorio que o establecido para a extinción por causas obxectivas dos contratos dos traballadores fixos no artigo 53.1.b) do Estatuto dos traballadores (20 días por ano de servizo), conforme o criterio do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE) na súa polémica sentenza do 14 de setembro de 2016 ditada no asunto C-596/14 “De Diego Porras”. O TSXG (Secc. 1.ª), na súa Sentenza do 15 de novembro de 2017 (Rec. 293/2017, relator: López González), desestimou a reclamación co argumento de que:

«(...) aínda que aos funcionarios interinos se lles debe aplicar o mesmo réxime que aos funcionarios de carreira, non procede, en cambio, establecer tal asimilación respecto do persoal laboral. Certo é que o traballo de todos eles é semellante e que, sobre tal aserto, podería postularse unha igualdade de trato; pero non o é menos que o ordenamento xurídico vixente só prevé esa equiparación entre os funcionarios interinos e os de carreira, e para estes últimos non se prevé ningún tipo de indemnización por razón de cesamento na súa función».

5.3 Sanción disciplinaria a funcionario que desempeñaba fóra do seu horario laboral unha actividade docente sen autorización previa de compatibilidade

A Sentenza do TSXG (Secc. 1.^ª) do 18 de outubro de 2017 (relator: Rivera Frade, Rec. 106/2017) desestimou o recurso interposto por un funcionario contra a sanción de tres meses de suspensión de emprego e soldo que se lle impuxo pola comisión da infracción moi grave tipificada no artigo 95.2 do texto refundido do Estatuto básico do empregado público, por desenvolver unha actividade docente fóra do seu horario laboral sen autorización previa de compatibilidade. Afirmase na sentenza que:

«(...) o Sr. xxxxxxx, funcionario de carreira do corpo xeral administrativo, subgrupo C1 destinado na Xefatura Provincial de Tráfico de Lugo, veu realizando unha segunda actividade exercendo como profesor asociado na Escola Universitaria de Relacións Laborais de Lugo, cuxo titular é a Fundación Campus Universitario de Lugo, durante o segundo cuadrimestre dos cursos académicos 2014/2015 e 2015/2016, sen ter solicitado e consecuentemente sen ter obtido o preceptivo recoñecemento de compatibilidade. E así mesmo queda acreditado que o Sr. xxxxxxx percibe un complemento específico cuxa contía supera o 30% das súas retribucións básicas, excluídos os conceptos que teñen a súa orixe na antigüidade, polo que non cumpre o requisito exixido no artigo 16.4 da Lei 53/1984, do 26 de decembro, para obter a autorización de compatibilidade, salvo que solicitase e se lle recoñecese a redución de contía de complemento específico (...).

O que lle reprocha a Administración no acordo sancionador é a ausencia da preceptiva autorización administrativa, que exige tanto o artigo 14 da Lei 53/1984 como o artigo 8 do regulamento de desenvolvemento. Para que este reproche sancionador se considere conforme a dereito, non é necesario que a Administración explique en que medida o labor docente desenvolvido comprometeu a imparcialidade e o interese público. Tampouco é relevante que nos últimos anos o actor estivese suspendido de feito das funcións inherentes ao seu posto de traballo na Xefatura Provincial de Tráfico. O relevante para os efectos de entender cometida a infracción imputada e pola que o Sr. xxxxxx foi sancionado é que desenvolveu unha actividade privada sen ter recoñecida a compatibilidade, pois nin sequera chegou a solicitala. Consta que no ano 2004 presentou unha solicitude de compatibilidade, pero tamén que acabou desistindo dela, sen que volvese presentar outra en momento posterior.

O centro en que desenvolveu a actividade privada trátase dunha fundación benéfico-privada de interese galego, titular da Escola de Relacións Laborais de Lugo, cuxa titulación está adscrita á Universidade de Santiago de Compostela. Pero a natureza privada da entidade titular do centro universitario en que desenvolveu o seu labor docente carece de relevancia para os efectos de entender cometida a infracción. No título de imputación xa figuran como elementos integrantes da conduta pola que foi sancionado a existencia dunha segunda actividade laboral privada respecto á principal desempeñada para a Dirección Xeral de Tráfico, incumprindo o actor coa obriga de obter o recoñecemento de compatibilidade para o exercicio da dita actividade, que ademais non podería obter, pois na súa actividade pública desempeña un posto de traballo polo que percibe un complemento específico que supera a porcentaxe establecida no apartado 4 do artigo 16 da Lei 53/1984, extremo que non cuestiona na súa demanda. Para os efectos de entendela incurso na infracción administrativa pola que foi sancionado, carece de relevancia a carga docente que tiña que soportar, ou o feito de que as súas retribucións fosen máis ou menos cuantiosas, ou a finalidade que pretendía conseguir

coa dita ocupación. A cualificación da conduta como infractora atende á concorrencia de datos obxectivos que neste caso concorren, como é que desenvolveu unha actividade privada sen ter obtido autorización para iso.

O feito de que a Administración coñecese desde o ano 2004 que o actor estivo a prestar servizos como docente na Escola de Relacións Laborais de Lugo, pois fixo valer o seu historial docente no concurso específico para examinador-coordinador da XPT de Lugo, non desvirtúa o carácter infractor do seu comportamento. Non consta que a dita circunstancia fose valorada como mérito. E, para o caso de que así fose, non eliminaba a existencia de pedir autorización para o desempeño, anos despois, dunha actividade docente privada.

Polo demais, non se aprecia relación entre a incoación do expediente en que recaeu a sanción obxecto de recurso (incoado no mes de outubro de 2016) –e recordemos que o foi por non ter pedido autorización de compatibilidade coa actividade docente desenvolvida nos cursos académicos 2014/2015 e 2015/2016–, coa declaración como testemuña oito anos antes, nin co acoso laboral do que di ter sido obxecto a partir dese ano. A sucesión cronolóxica dos feitos relatados na súa demanda permite descartar un ánimo de represalia na incoación do procedemento sancionador e na sanción finalmente imposta.

Por último, e en canto á sanción, tendo en conta que, conforme o disposto no artigo 96 c) do TREBEP, “Por razón das faltas cometidas poderán imporse as seguintes sancións: c) Suspensión firme de funcións, ou de emprego e soldo no caso do persoal laboral, cunha duración máxima de 6 anos”, a sanción de suspensión de funcións durante un total de tres meses non se entende desproporcionada, ao terse prolongado a actuación infractora durante dous cuatrimestres, un por cada ano académico».

Regap



NOTAS

5.4 Aptitude dos enxeñeiros de camiños para desempeñaren xefaturas de servizo da Xunta de Galicia relacionadas co urbanismo e o medio ambiente. Improcedencia de reservar as ditas xefaturas exclusivamente a arquitectos

Na súa Sentenza do 4 de outubro de 2017 (Rec. 178/2014, relator: López González) o TSXG estimou o recurso promovido polo Colexio de Enxeñeiros de Camiños, Canles e Portos de Galicia, anulando en parte a relación de postos de traballo da Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas, xa que reservaban varias xefaturas de servizo exclusivamente para arquitectos, con exclusión dos enxeñeiros. Considerou o tribunal que:

«(...) non se achegan outros extremos xustificativos que os referidos ás facultades de autoorganización que á Administración lle competen na materia, incidindo en que, aínda que se produciron algúns leves retoques, no substancial que aquí interesa mantívose, respecto aos ditos postos, o previsto na RPT de 2011. Tal argumentación resulta evidentemente insuficiente se temos en conta, dunha parte, que as funcións que se indican respecto dos repetidos postos son perfectamente asumibles polos enxeñeiros de camiños, canles e portos, que contan entre as especialidades propias da carreira a de Urbanismo, estando plenamente capacitados para o desenvolvemento das funcións relativas a ordenación do territorio e urbanismo, materias para as que os enxeñeiros de camiños, canles e portos reúnen similar idoneidade que os arquitectos superiores.

Consecuentemente, partindo da base de que a reserva dun posto para os que posúan unha titulación concreta só é admisible cando a súa necesidade se deduza obxectivamente da índole das funcións a desempeñar ou da aplicación da normativa ou regulamentación a ter en conta e que, no caso concreto que se analiza, tal pretendida necesidade está contradita non só pola normativa xeral e aqueloutras referidas ao contido dos estudos e especialidades da titulación de Enxeñeiro de Camiños, Canles e Portos, senón tamén, e entre outras posibles, polo mesmo artigo 84 da Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia, na redacción e coas modificacións introducidas nela pola Lei 15/2004, do 29 de decembro, que no seu punto 2 literalmente establece que “a redacción do proxecto do plan xeral –de urbanismo, enténdese, por referencia ao momento 1– deberá realizala un equipo multidisciplinario formado por un mínimo de tres especialistas con titulación universitaria de segundo ou terceiro ciclo, dos que polo menos un deles terá que ser arquitecto ou enxeñeiro de camiños, canles e portos”, extremo do que se deduce que en materia de urbanismo e ordenación do territorio é equiparable a idoneidade de arquitectos superiores e enxeñeiros superiores da rama que se di, polo que se evidencia, e se segue de todo iso, que a exclusividade establecida a favor dos arquitectos superiores nos citados postos de traballo da RPT aprobada non conta co apoio necesario e suficiente para oporse con éxito á impugnación articulada pola parte demandante».

6 Proceso contencioso-administrativo

6.1 Medidas cautelares. Ponderación dos intereses en conflito.

Prevalencia dos vinculados á protección do medio ambiente sobre os económicos do promotor dunha actividade industrial

Na Sentenza do TS (Secc. 5.^a) do 18 de xullo de 2017 (Rec. 2559/2016, relator: Fernández Valverde) confirmouse a desestimación da medida cautelar solicitada polo titular dunha fábrica de fariñas e aceites de peixes no recurso contencioso-administrativo que interpuxo contra unha resolución da Xunta de Galicia que revisou de oficio e declarou a nulidade da renovación da autorización ambiental integrada previamente concedida á dita industria. A fábrica sitúase no espazo natural protexido Enseada de San Simón, incluído na lista galega de Lugares de Importancia Comunitaria da Rede Europea Natura 2000, e declarado zona de especial protección dos valores naturais. Afirmo o alto tribunal o seguinte nesta sentenza:

«A recorrente insiste na ausencia de toma en consideración pola sentenza de instancia do carácter irreparable dos prexuízos que se lle producirían á recorrente de non poder continuar coa súa actividade, non tendo, pois, en conta o mandato do periculum in mora, logo da valoración das circunstancias de intereses en conflito, xa que se produciría unha situación irreversible con parada da actividade, peche da industria e desaparición da entidade mercantil, que contaba con licenza pero que a Administración procedeu á súa revisión de oficio, sendo esta unha situación diferente da da industria que non contaba con tal licenza ou autorización. O certo, non obstante, é que a sala de instancia tomou en consideración os intereses ambientais en xogo, dándolles a estes un carácter prevalente, como xa expuxemos.

Desde outra perspectiva –a ambiental–, cómpre lembrar que a protección ambiental se nos presenta hoxe –no marco da ampla, recente e variada normativa sobre a materia, en boa

medida froito da transposición das normas da Unión Europea– como un reto certamente significativo e como un dos aspectos máis sensibles e prioritarios da expresada e novidosa normativa. Xa no apartado I da exposición de motivos da Lei 8/2007, do 28 de maio, de solo (texto refundido desta aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2008, do 20 de xuño), se apelaba no marco da Constitución española –para xustificar o novo contido e dimensión legal– ao “bloque normativo ambiental formado polos seus artigos 45 a 47”, de onde deduce “que as diversas competencias concorrentes na materia deben contribuír de xeito leal á política de utilización racional dos recursos naturais e culturais, en particular o territorio, o solo e o patrimonio urbano e arquitectónico, que son o soporte, obxecto e escenario daquelas ao servizo da calidade de vida”.

Pois ben, desde tal consideración, e tendo en conta o principio de desenvolvemento territorial e urbano sustentable (artigo 2 do citado texto refundido), os novos dereitos dos cidadáns na materia (artigo 4) e os deberes destes (artigo 5), o actual contido do dereito de propiedade (artigo 9), así como o réxime de utilización do solo rural (artigo 13), debemos chegar á conclusión de que actuacións como a de autos –desde a perspectiva cautelar desde a que agora a analizamos– supoñen unha “perturbación grave dos intereses xerais” e, en consecuencia, xustifican plenamente a denegación da medida cautelar pretendida. É, sen dúbida, a expresada proxección normativa a que nos move a tal consideración, nun suposto como o de autos –recordamos– en que a autorización ambiental integrada coa que contaba a industria foi anulada pola STSX de Galicia do 15 de decembro de 2011».

Regap



NOTAS

6.2 Responsabilidade patrimonial por deficiente prestación sanitaria dunha mutua de accidentes de traballo e enfermidades profesionais: competencia da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza

O TS (Sala de Conflitos), no seu Auto do 26 de setembro de 2017 (Rec. 10/2017, relator: Martínez Micó), resolveu o conflito negativo de competencia suscitado entre a Sala do Contencioso-Administrativo e a do Social do TSXG sobre unha reclamación de responsabilidade patrimonial por deficiente prestación sanitaria dirixida por un traballador fronte á mutua FREMAP. O Tribunal Supremo conclúe que lle corresponde o coñecemento do asunto, en primeira e única instancia, á Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, porque:

«(...) como consecuencia da plena identificación das mutuas como “parte do sector público estatal de carácter administrativo”, o réxime de reclamación xudicial de indemnizacións en concepto de responsabilidade patrimonial por prestacións defectuosas das entidades colaboradoras da Seguridade Social vén dado pola remisión que o artigo 68.4 (hoxe 99.2) do TRLXSS –que neste caso si estaba vixente cando se iniciou este procedemento– realiza á Lei reguladora da xurisdición social, sendo obvio que tal remisión inclúe o artigo 3 g) da dita norma procesual, cuxa forza excluínte abrangue, sen ningunha dúbida, “as reclamacións sobre responsabilidade patrimonial (...) das demais entidades, servizos e organismos do Sistema Nacional de Saúde”, no que claramente se inclúen para estes efectos as referidas mutuas. (...) Tal precepto prevé que “As reclamacións que teñan por obxecto prestacións e servizos da Seguridade Social obxecto da colaboración na súa xestión ou que teñan o seu fundamento nestas, incluídas as de carácter indemnizatorio, se substanciarán ante a orde xurisdiccional social, de conformidade co establecido na Lei 36/2011, do 10 de outubro,

reguladora da xurisdición social". Pero o inciso en cuestión –“incluídas as de carácter indemnizatorio”– non pode, como ben di o auto da Sala do Social de Galicia do 28 de marzo de 2017, interpretarse no sentido de entender que se produciu unha modificación legislativa froito da cal a orde social sería competente en accións de responsabilidade de danos e perdas por deficiente prestación de asistencia sanitaria por unha mutua, e iso, ademais de polo xa exposto, en esencia porque tal inciso se refire ás prestacións da Seguridade Social de carácter indemnizatorio que poidan ser a cargo dunha mutua, como sería o caso, por exemplo, das indemnizacións prestacionais previstas para a incapacidade permanente parcial ou por unhas lesións permanentes non invalidantes nos termos recollidos no texto refundido da LXSS. O propio artigo 68.4 da LXSS remite á LRXS –“de conformidade co establecido en...”– e, como vimos, a LRXS exclúe no artigo 3 da orde xurisdiccional social accións como a que nos ocupa. En definitiva, que tal inciso do artigo 68.4 da LXSS non está referido ás indemnizacións de danos e perdas por deficiente asistencia sanitaria prestada por unha mutua –que están excluídas da orde xurisdiccional social, segundo o máis arriba exposto–, senón, unicamente, ás prestacións de Seguridade Social que consisten nunha indemnización.

Resulta esclarecedora, ademais, a observación que realiza a Sala do Social do TSX de Galicia no sentido de descartar calquera posible antinomia entre, dun lado, o conxunto normativo que forman o citado artigo 3.g) da LXS, a DA 12 da (hoxe derogada) Lei 30/92, o artigo 2.e) da LXCA, e o artigo 9.4 da LOPX, todos eles coincidentes na atribución deste tipo de litixios (en materia de responsabilidade patrimonial por danos e perdas derivados dunha prestación defectuosa) á xurisdición contencioso-administrativa, e, doutro lado, a referencia ás reclamacións “de carácter indemnizatorio” que contiña o artigo 68.4 do TRLXSS de 1994, xa que estas últimas deben entenderse referidas –como apunta o tribunal– ás prestacións e servizos, precisamente, de carácter indemnizatorio que teñen ao seu cargo –no marco da súa colaboración coa Seguridade Social e por tanto da súa propia actividade ordinaria– estas mutuas, mentres que a responsabilidade patrimonial derivada precisamente do carácter defectuoso ou disfuncional desa actividade non constitúe obviamente prestacións indemnizatorias, ou, se se quere, indemnizacións cun fundamento prestacional, que é o que describe a norma, senón que se trata de meras reclamacións de responsabilidade obxectiva por mal funcionamento dunha entidade que para estes efectos a lei considera “de carácter administrativo” e “integrada no sector público estatal”.

E finalmente está claro que o artigo 2.r) LXS, que tamén invocaba a Sala do Contencioso-Administrativo do TSX galego no seu auto do 10 de xullo de 2015 para excluír a competencia da orde xurisdiccional contencioso-administrativa, non é aplicable ao caso, xa que nin as mutuas colaboradoras da Seguridade Social, como FREMAP, son fundacións laborais, nin os seus asociados son os traballadores que os empresarios asociados a elas aseguran, o que comporta a existencia dun preito entre o asegurado e a aseguradora, suposto distinto do que poida existir entre a aseguradora e o empresario mutualista desta que asegurou con ela o seu empregado».

6.3 Reclamación contra o Instituto Galego de Vivenda e Solo por defectos construtivos en vivendas de protección. Competencia da xurisdición civil

O TSXG (Secc. 2.^a), na súa Sentenza do 26 de outubro de 2017 (Rec. 4321/2017, relator: Recio González), confirmou en apelación o auto que inadmitiu, por falta de xurisdición

contencioso-administrativa, a reclamación indemnizatoria formulada por adquirentes de vivenda protexida fronte ao IGVS, a construtora, o arquitecto e o aparelador, por defectos construtivos. Afírmase na sentenza o seguinte:

«(...) É un proceso por vicios ou defectos da construción, non por responsabilidade patrimonial da Administración. É unha cuestión contractual entre unha Administración e un particular, un contrato que se rexe polo dereito privado, aínda que haxa unha Administración polo medio. (...) O certo é que examinando as actuacións se verifica que se trata dunha reclamación por responsabilidade contractual dos artigos 1101 e 1591 do Código civil (...). Como se sinala no ATS, especial sección 42 do 19 de xuño de 2009, Sentenza: 67/2009, Recurso: 80/2008, e partindo de que as accións exercidas son as de responsabilidade contractual por defectos construtivos dos artigos 1.591 e 1.101 do Código civil, e no seu concepto de promotora-vendedora das construcións, o tema debe ser resolto non na perspectiva da responsabilidade patrimonial da Administración pública, senón desde a óptica da responsabilidade contractual da Administración pública (...). E partindo de que a normativa aplicable é a contractual, hai que entender que os contratos de execución de obra e de compravenda de vivenda son contratos privados e que as reclamacións formuladas son alleas á cualificación de “actos separables”, polo que a competencia para coñecer das pretensións da comunidade accionante lles corresponde aos tribunais da orde xurisdiccional civil, ao que non obsta a natureza xurídica do IGVS porque se en todo contrato administrativo ha de ser unha das partes unha Administración pública, non todos os contratos que asina unha Administración pública son administrativos (...). Así, no ATS, especial sección 42 do 18 de decembro de 2009, Sentenza: 74/2009, Recurso: 19/2009, dise o seguinte: “Con carácter previo debe resaltarse que o obxecto do proceso vén configurado no aspecto obxectivo pola causa petendi e o petitum da demanda, que, no caso, se concreta nunha reclamación contractual derivada de contrato de compravenda, acumulándose ás accións de cumprimento de varios contratos a de responsabilidade por vicios ruínóxenos do artigo 1.591. A anterior apreciación é importante para os efectos de determinar a competencia xurisdiccional, porque exclúe a aplicación da normativa procesual relativa á responsabilidade patrimonial stricto sensu das administracións públicas, respecto da que rexe un criterio amplo para a atribución da competencia xurisdiccional aos tribunais da orde contencioso-administrativa, e centra a cuestión no ámbito da responsabilidade contractual, respecto da que, para determinar o sector xurisdiccional competente, xa non é decisiva a condición de Administración pública da entidade demandada, senón o carácter administrativo, privado ou mixto do contrato e, se é o caso, a faceta do contrato en que se orixina a controversia (artigos 5 e ss. TRLCAP, RD legislativo 2/2000, do 16 de xuño; Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público). Por iso, cando se pretende a responsabilidade contractual dunha entidade pública, non é definitiva esta condición para declarar a competencia da orde xurisdiccional contencioso-administrativa, pois non é aplicable o artigo 2.e) LXCA, senón o 2.b), o cal ha de complementarse coa Lei de contratos das administracións públicas. As accións exercidas na demanda formulada pola comunidade de propietarios refírense aos contratos de compravenda asinados polo Instituto Galego da Vivenda e Solo con cada un dos adquirentes dos predios que integran o edificio. Trátase de contratos privados e acciónase por cuestións eminentemente civís, sen que caiba confundir os ditos contratos co de adquisición –promoción– do edificio polo IGVS».

Regap



NOTAS

7 Tributos

7.1 Imposto sobre o incremento de valor dos terreos (plusvalía)

O Tribunal Constitucional, na súa Sentenza 59/2017, do 11 de maio (BOE 15/06/2017), declarou a nulidade da regulación do imposto sobre o incremento de valor dos terreos –IIVT– (plusvalía) establecida nos artigos 107.1, 107.2.a) e 110.4 do texto refundido da Lei reguladora das facendas locais aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo (LFL), «na medida en que someten a tributación situacións de inexistencia de incrementos de valor».

O TSXG (Secc. 4.ª), na súa Sentenza do 14 de xullo de 2017 (Rec. 15002/2017, relator: Fernández Leiceaga), interpretou os efectos da dita declaración de nulidade concluíndo que só afecta ás autoliquidacións ou liquidacións do imposto impugnadas se o suxeito pasivo que solicita a devolución de ingresos indebidos xustifica que entre as dúas transmisións do inmovible se produciu unha diminución do seu valor. Para iso, o Tribunal Superior toma como referencia o valor declarado nas escrituras públicas de transmisión do ben (compravenda, doazón, etc.). No suposto analizado na sentenza, o suxeito pasivo adquirira en 2009 un inmovible por doazón con valor escriturado de 240.000 euros e vendeuno en 2013 por 200.000 euros. A sala anulou a liquidación incidindo en que:

«(...) cando a diferenza entre o valor inicial de adquisición e o valor de transmisión é negativa (sen matizacións), non é posible –coa configuración do imposto tal como resulta do actual texto legal co pronunciamento do TC– xirar o IVTNU, o que implica que estimemos o recurso, anulando o artigo 6.1 da ordenanza na medida en que someta a tributación situación en que non existe incremento de valor... Todo iso sen prexuízo da solución que ás operacións xa realizadas lle outorgue o lexislador (quen parece optar por unha nova configuración do imposto)».

Ademais diso, o TSXG considerou na dita sentenza que nestes supostos se produce, implicitamente, unha “impugnación indirecta” da ordenanza fiscal municipal reguladora do imposto, polo que fronte á sentenza de instancia sempre caberá recurso de apelación con independencia da contía do proceso (artigo 81.2.d) Lei 29/1998 –LXCA–).

Por outra parte, o TS (S.ª 3.ª), mediante senllos autos do 11 de decembro de 2017 (recs. 4980/2017 e 4983/2017), admitiu a trámite dous recursos de casación contra sentenzas do Xulgado Contencioso-Administrativo núm. 2 da Coruña co obxecto de:

«Determinar se, para garantir a seguridade xurídica (artigo 9.3 da Constitución), a igualdade na aplicación da lei (artigo 14 da Constitución) e o respecto da reserva de lei en materia tributaria (artigos 31.3 e 133.1 e 2 da Constitución), a inconstitucionalidade dos artigos 107.1, 107.2 a) e 110.4 do texto refundido da Lei de facendas locais, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo, declarada na Sentenza do Tribunal Constitucional 59/2017, do 11 de maio, obriga en todo caso á anulación das liquidacións e ao recoñecemento do dereito á devolución de ingresos indebidos nas solicitudes de rectificación de autoliquidacións polo imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana, sen entrar a valorar a existencia ou non en cada caso dunha situación inexpresiva de capacidade económica, como defende o xulgador de instancia».

7.2 Excepcionalidade da notificación de liquidacións mediante publicación por edictos. Debe investigarse o domicilio actual do suxeito pasivo para practicar a notificación persoal

A Sentenza do TSXG do 14 de xullo de 2017 (relator: Gómez y Díaz-Castroverde, Rec. 15481/2016) anulou a providencia de constrinximento impugnada porque a liquidación do imposto de sucesións que lle deu causa non lle foi notificada persoalmente ao interesado senón mediante publicación de edictos, sen terse realizado unha mínima investigación sobre o seu domicilio actual. Afirma o tribunal que:

«(...) No que á notificación da liquidación se refire, como esta sala fixo notar noutras ocasións en materia de notificacións, debe extremarse a actividade da Administración para obter a notificación persoal da resolución ditada evitando manter o procedemento na súa estrita vertente formal, o que foi xa noutras ocasións rexeitado polo Tribunal Constitucional, entre outras, na STC, Sala 1.ª, do 25/2/2008, cuxos termos, no que resulta de interese a este caso, son os seguintes: "... Agora ben, unha vez frustradas as posibilidades de notificación persoal á entidade recorrente por ser ignorado o seu paradiro nese domicilio, a Administración sancionadora non podía limitarse a proceder á notificación mediante edicto sen despreñar unha mínima actividade indagatoria en oficinas e rexistros públicos para intentar determinar un domicilio de notificacións alternativo en que puidese ser notificada persoalmente. Iso teríaa levado, sen maior esforzo, a unha correcta determinación do domicilio social da recorrente, tal como se verifica coa aparente normalidade con que en vía de execución se accedeu aos ditos datos para a notificación da providencia de constrinximento". Doutrina a anterior que, mesmo referida a unha persoa xurídica, é igualmente aplicable ás persoas físicas, por converxencia do precitado artigo 167.3, c) LXT e dos dereitos de defensa do recorrente (artigo 24.1 CE). (...) O denominador común en todas estas sentenzas é o do carácter subsidiario e excepcional da notificación mediante edicto, o que remarca a Sentenza desta sala e sección do 20 de abril de 2007 (RX 2007, 4296) (...).

E esta postura, cando non se trata de notificacións en que o destinatario se atopa ausente, senón que é descoñecido no domicilio, debe extremarse ata o punto de exixir algunha indagación deste antes de recorrer á publicación en edicto. Certo é que neste caso é o contribuínte quen facilitou un domicilio en que logo resulta descoñecido; pero tamén o é que entre a data de presentación da autoliquidación e a data en que se notifica o trámite de audiencia transcorreu xa un amplo período de case dous anos e medio, circunstancia temporal esta que aconsellaba aquela indagación, se non a facía imprescindible. E máis aínda se se repara en que no expediente constaba o domicilio do presentador do documento e nas bases de datos da AEAT o domicilio fiscal do recorrente, no que logo se notifica a providencia de constrinximento. E, malia ser certo que o TEAR argumenta en relación coa obriga de notificar o cambio do domicilio, tal obriga ensombrécese ante os medios da Administración para descubrir domicilios alternativos e o tempo que media entre a presentación da documentación e o inicio de actuacións.

Procede, en consecuencia, a estimación do recurso, sen que proceda acoller a prescrición alegada, de conformidade co antes exposto, nin tampouco a petición subsidiaria de anulación da liquidación principal, por non ser este o momento de resolver sobre tal petición, debendo limitarse a estimación de recurso á anulación da providencia de constrinximento, sen

regap



NOTAS

prexuízo de que poida agora impugnarse a liquidación mediante o medio que o recorrente considere oportuno, no prazo dun mes a partir do seguinte á notificación desta sentenza».

7.3 Imposto de bens inmoables (IBI). As academias de policía non se benefician da exención correspondente a centros públicos de ensino

O TSXG, na súa Sentenza do 15 de novembro de 2017 (Rec. 15023/2017), revogou a de instancia e desestimou o recurso contencioso-administrativo promovido pola Xunta de Galicia contra a liquidación do IBI enviada á Academia Galega de Seguridade Pública –AGASP–, situada na Estrada, tras concluír que:

«Dispón o artigo 62 do Real decreto legislativo 2/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei reguladora das facendas locais, polo que ao IBI se refire, o seguinte: “1. Estarán exentos os seguintes inmoables: a) Os que sexan propiedade do Estado, das comunidades autónomas ou das entidades locais que estean directamente afectos á seguridade cidadá e aos servizos educativos e penitenciarios, así como os do Estado afectos á defensa nacional”. Condiciona o precepto a exención ao cumprimento dun dobre requisito: o de carácter subxectivo, en relación coa titularidade de bens do Estado, comunidades autónomas ou entidades locais e, outro de tipo obxectivo, consistente na afectación directa á seguridade cidadá, aos servizos educativos e penitenciarios, así como os do Estado afectos á defensa nacional (...).

Aínda que o artigo 3.2 da LOE dispón que “as ensinanzas que ofrece o sistema educativo son as seguintes: e) Formación profesional”, non obstante o artigo 39 establece que unicamente a formación profesional inicial forma parte do sistema educativo, pero non as accións de inserción e reinserción laboral dos traballadores, nin as orientadas á formación continua nas empresas que permitan a adquisición e actualización permanente das competencias profesionais.

(...) á marxe de que a AGASP, conforme o artigo 5 da Lei 1/2007, realiza outras funcións ademais das formativas, as desta natureza non se integran no sistema educativo da LOE».

7.4 Cuantificación da taxa por ocupación do dominio público a operadoras de telecomunicacións. Inaplicabilidade do tipo do 1,5 % dos ingresos de facturación establecido na lexislación de facendas locais

A Sentenza do 11 de outubro de 2017 do TSXG (Secc. 4.^a, relator: Fernández Leiceaga) ratificou a liquidación da taxa enviada polo Concello da Coruña a unha operadora de telecomunicacións por ocupación do dominio público, coa seguinte fundamentación:

«(...) A STXUE do 12 de xullo de 2012 respondeu en sentido afirmativo sobre a eficacia directa do artigo 13 da Directiva 2002/20, que debe ser entendido no sentido de que se opón á aplicación a un canon por dereitos de instalación de recursos nunha propiedade pública ou privada, ou por encima ou por baixo desta, aos operadores que, sen seren propietarios dos devanditos recursos, os utilizan para prestar o servizo de telefonía. E, á vista da resposta dada a esta cuestión, resultaba innecesario responder á suscitada sobre a cuantificación da taxa.

Desde a devandita sentenza do TXUE, a doutrina desta sala é a seguinte:

1.º) *En relación co feito impoñible permítese exclusivamente a imposición de canons ou taxas polos dereitos de uso de radiofrecuencias (taxa por espectro electrónico); dereitos de uso de numeración (taxas por numeración); e dereitos de instalación de recursos en propiedade pública ou privada, ou por encima ou por baixo desta (taxa por ocupación ou aproveitamento especial do dominio público local).*

2.º) *En canto á transcendencia da titularidade da rede ou recursos instalados no dominio público local, seguindo neste punto a doutrina do TXUE:*

- *O artigo 13 da directiva de autorización non permite incluír nos canons ou taxas os operadores que, sen seren propietarios dos recursos instalados no dominio público, utilicen os recursos instalados doutras operadoras.*

- *A directiva non define nin o concepto de instalación, de recursos nunha propiedade pública ou privada ou por encima ou por baixo desta, nin o obrigado ao pago do canon devindicado polos dereitos correspondentes á instalación. Con todo, do artigo 11.1 da directiva marco pode deducirse que se refire á empresa ou operadora habilitada para instalar os recursos necesarios no solo, subsolo ou o espazo situado por encima do solo; e os termos recursos e instalacións remiten ás infraestruturas físicas que permiten a comunicación electrónica e á súa colocación física na propiedade pública ou privada.*

3.º) *En canto á cuantificación da taxa, este tribunal, de maneira reiterada e en aplicación da doutrina contida nas mencionadas conclusións da avogada xeral cando non é compatible cos seguintes requisitos:*

- *Transparencia, para cuxo efecto, este tribunal sinala que as ordenanzas reguladoras cumpren con este requisito se resulta adecuado e coas garantías suficientes o procedemento normativo de aprobación e a publicidade.*

Agora ben, poden xurdir problemas cando as regras ou a fórmula de cálculo non gardan relación co valor real do aproveitamento.

Para estes efectos, non resulta transparente o método de cálculo se os informes económicos non incorporan criterios de cálculo que se correspondan cos valores de mercado da propiedade ou da utilidade obtida pola súa utilización, resultando difícil interpretar a necesaria conexión.

- *Obxectividade ou xustificación obxectiva, exigencia que non se dá cando o importe do canon ou a taxa non garda relación coa intensidade do uso do recurso escaso e o valor presente e futuro do devandito uso. E este requisito non se cumpre cando a contía da taxa vén determinada polos ingresos brutos obtidos por unha compañía ou polo seu volume de negocio.*

- *Proporcionalidade, requisito que non concorre na cuantificación que utiliza parámetros que presenta un importe que vai máis aló do necesario para garantir o uso óptimo de recursos escasos. Isto é, a contía debe gardar unha relación de proporcionalidade cos usos ou utilización do dominio público polos operadores de telefonía.*

- *Non discriminación, exigencia que se infrinxe cando o gravame resulta superior para un operador con respecto a outro ou outros se o uso ou a utilización do dominio público por un e outros é equiparable.*

Regap



NOTAS

(...) O TRLFL tampouco impón un determinado método para o cálculo do importe da taxa de que se trata, polo que as corporacións locais poden establecer diferentes fórmulas sempre que se respecten os límites derivados dos seus artigos 24 e 25.

É dicir, ha de terse en conta: 1.º) que non resulta aplicable o réxime especial de cuantificación do artigo 24.1.c) aos servizos de telefonía móbil; 2.º) que ha de atenderse á regra xeral do artigo 24.1.a) que impón que se tome como valor de referencia o valor que tería no mercado a utilidade derivada da utilización ou aproveitamento, se os bens afectados fosen de dominio público –“para tal fin, as ordenanzas fiscais poderán sinalar en cada caso, atendendo á natureza específica da utilización privativa ou do aproveitamento especial de que se trate, os criterios e parámetros que permitan definir o valor de mercado da utilidade derivada”–; 3.º) que para a determinación da contía das taxas poderán terse en conta criterios xenéricos de capacidade económica dos suxeitos obrigados a satisfacelas; e 4.º) que os respectivos acordos de establecementos de taxas pola utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público deben adoptarse á vista de informes técnico-económicos en que se poña de manifesto o devandito valor de mercado –informes que se incorporarán ao expediente de adopción do correspondente acordo.

O criterio desta sentenza é aplicable tamén para o caso do artigo 24.1.c no que afecta ás empresas de telefonía fixa e supón unha evidente matización da STS 16/02/2010 (por todas, sentenza Cilfit e outros, asunto 283/81, do 6 de outubro de 1982).

QUINTO.- Pois ben, nestes momentos, debemos partir da sentenza do Tribunal de Xustiza do 21 de xullo de 2011 (TXCE 2011, 230) que, no que agora interesa, se pronunciou nos seguintes termos (...):

35 Tendo en conta as anteriores consideracións, procede responder á cuestión exposta que o artigo 6 da Directiva 97/13 debe interpretarse no sentido de que non se opón a unha normativa dun Estado membro que lles impón aos titulares dunha autorización xeral unha taxa que se calcula con periodicidade anual sobre a base dos ingresos brutos de explotación dos operadores suxeitos a ela e que se destina a sufragar os gastos administrativos relacionados cos procedementos de expedición, xestión, control e execución das ditas autorizacións, sempre que o total dos ingresos obtidos polo Estado membro en virtude da dita taxa non exceda o total dos gastos administrativos mencionados, o que lle corresponde comprobar ao órgano xurisdiccional remitente.

Desta escolma de xurisprudencia resulta que o establecemento do 1,5% da facturación bruta como método de cuantificación da base impoñible da taxa non cumpre as exixencias de relación custo do servizo/taxa, ao non acreditar a debida correspondencia e proporcionalidade entre un e outro, o que implica que ratifiquemos a sentenza neste punto.

Outro dos atrancos suscitados polo letrado do Concello é á extensión da nulidade acordada –artigo 4-5 da ordenanza– polo xulgador de instancia; o que acontece é que a dita oposición non é correcta, dado que o xulgador de instancia non anula –carece de competencia para facelo o artigo 8.1 e 10.1.a LXCA– ningún artigo da ordenanza, limitándose a fundamentar a anulación das liquidacións na ilegalidade da ordenanza (artigo 26-27 LXCA). Ao respecto cómpre indicar que a ordenanza –neste aspecto– é unha reprodución do artigo 24.1.c RDL 2/2004, e a causa de nulidade non é a infracción da Constitución, senón da normativa europea, polo que propiamente non estaremos ante unha cuestión de ilegalidade; o tema

de se é compatible co ordenamento comunitario, a dita cuestión debe resolvela o tribunal, de considerar que non existe compatibilidade non aplicando a normativa nacional –como correctamente realiza– sen precisar que eleve a cuestión á Sala do Contencioso do TSX de Galiza (por tratarse dunha ordenanza), dado que o artigo 27 está previsto para os supostos de ilegalidade, entendida ao confrontar a norma regulamentaria coa normativa nacional, e non cando a ilegalidade é por vulnerar normativa comunitaria. O dito implica que non proceda facer unha declaración expresa de nulidade dos artigos 4-5 da ordenanza».

8 Turismo

8.1 Regulamento regulador dos apartamentos e vivendas turísticas en Galicia

O TSXG (Secc. 1.ª), na súa Sentenza do 15 de novembro de 2017 (Rec. 91/2017, relator: Díaz Casales), desestimou o recurso interposto pola Asociación de Vivendas Turísticas de Galicia contra o Decreto 12/2017, do 26 de xaneiro, “polo que se establece a ordenación de apartamentos turísticos, vivendas turísticas e vivendas de uso turístico en Galicia” (DOG do 10/02/2017). Na sentenza cotéxase cada un dos preceptos impugnados co disposto ao respecto na Lei 7/2011, do 27 de outubro, de turismo de Galicia (modificada pola Lei 12/2014), concluíndose a súa total compatibilidade. Entre outros aspectos, declara conforme a dereito a limitación á posibilidade de cesión por cuartos da vivenda turística e a vivenda de uso turístico (artigos 4.2 e 5.1 do decreto); o establecemento dun réxime diferenciado en función de elementos temporais para as vivendas de uso turístico, en atención á súa reiteración ou a súa duración de 30 días (artigo 5.2); a existencia da declaración responsable previa (artigos 5.4 e 30.1); a posibilidade de restrinxir o número máximo de vivendas de uso turístico por parte dos concellos (artigo 5.6); a limitación do período de aloxamento continuado a 3 meses (artigo 9.1); os requisitos técnicos e os servizos mínimos impostos aos apartamentos e vivendas turísticas (artigos 15 e ss., artigos 23 e ss.), en especial que a vivenda non poida superar as 10 prazas ou a superficie mínima dos cuartos; os requisitos mínimos das vivendas de uso turístico (artigo 39); a existencia de cédula de habitabilidade, licenza de primeira ocupación ou certificado do APLU (artigo 41.2.e); e a posibilidade de prohibición da actividade pola ordenación de usos do sector ou os estatutos da comunidade de veciños (artigo 41.5).

regap



NOTAS

9 Universidades

9.1 Obtención de sexenios por silencio administrativo positivo

O TSXG (Secc. 1.ª), nas súas sentenzas do 12 de xullo e 27 de setembro de 2017 (recs. 34/2017 e 14/2016, relator: Díaz Casales), clarificou o sentido do silencio administrativo producido nos procedementos de recoñecemento dos sexenios dos profesores universitarios tras as últimas reformas normativas. Concluíu que o silencio continúa sendo positivo, estimatorio da solicitude de recoñecemento do sexenio, coas seguintes consideracións:

«(...) esta sala inclínase por entender que os efectos do silencio é positivo polos seguintes motivos: 1.º) a regra xeral ante a falta de resolución en prazo nos procedementos iniciados

por solicitude dos interesados é o silencio positivo, así resulta tanto do artigo 43 da LPAC como do vixente artigo 24 da Lei 39/2015 de procedemento administrativo común; 2.º) a excepcionalidade daquela regra exige que veña imposta por unha norma con rango de lei ou norma de dereito comunitario que estableza o contrario; 3.º) conforme os precedentes desta sala entendemos que a falta de resolución determina a estimación do silencio polo que a inclusión no anexo I do Real decreto lei 8/2011, do 1 de xullo, de medidas de apoio aos debedores hipotecarios, resultaba innecesaria e redundante, porque viña confirmar o criterio que se deducía con anterioridade das disposicións citadas; e, por último, 4.º) a supresión do referido anexo operada pola disposición final vixésima sexta da Lei 22/2013, do 23 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2014, viría confirmar aquela innecesariedade e, en todo caso, tornariamos á situación de partida, de falta de previsión por disposición legal ou norma de dereito comunitario do sentido negativo da falta de resolución en prazo (...).

Neste caso o recorrente defende que a disposición adicional 26.ª da Lei 22/2013 supuxo a supresión da referencia ao procedemento de recoñecemento dos sexenios do anexo do Real decreto lei 8/2011, en que se inclúe non só o sentido do silencio, senón tamén o prazo, polo que este non pode entenderse de 6, senón de 3 meses.

Pois ben, a transcrición literal dos preceptos anteriormente referida lévanos en efecto a esa conclusión polos seguintes motivos: 1.º) o Real decreto 1086/1989 sobre retribucións de catedráticos e profesores de universidade non fixou nin o prazo máximo do procedemento nin o sentido do silencio; 2.º) esa omisión foi emendada no Real decreto 1777/1994, do 5 de agosto, que fixou que o sentido do silencio era negativo e o prazo do procedemento era de 7 meses, pero que debe entenderse derogada pola previsión contida no artigo 26 do Real decreto lei 8/2011; 3.º) pola súa banda, a disposición adicional primeira da Lei 4/1999 deu un prazo de 2 anos para a adaptación dos procedementos e a determinación do sentido do silencio, cuxo incumprimento nos cominou a que mantivésemos en varias sentenzas que as previsións do Real decreto 1777/1994 perderan vixencia, polo que mantivemos que nestes casos deberíamos observar a aplicación do criterio xeral de sentido positivo do silencio no caso de que non houbera resposta no prazo de 3 meses (neste sentido, as sts. do 8 de febreiro de 2012 e do 29 de xuño de 2016 ditadas, respectivamente, nos recursos 265/2011 e 367/2015); 4.º) polo Real decreto lei 8/2011, como dixemos, incorpórase o procedemento ao anexo, establecendo o sentido positivo e o prazo de 6 meses; 5.º) a derogación desa mención pola Lei 22/2013 de orzamentos para 2014 determina que volvamos á situación orixinaria de falta de previsión de prazo e sentido do silencio, polo que debemos optar por aplicar a regra xeral contida nos artigos 42 e 43 da Lei 30/1992, vixente no momento en que o recorrente formulou a súa petición, e actualmente nos artigos 21.3 e 24 da Lei 39/2015, que entrou en vigor en outubro de 2016, en atención a que é evidente que a previsión contida no Real decreto 1777/1994 foi derogada polo Real decreto lei 8/2011 e que non recobrou vixencia pola ulterior derogación desta última pola Lei 22/2013, conforme o que dispón o artigo 2 do Código civil.

Por iso, ao resultar contraria a denegación ao sentido do silencio producido, imponse a estimación do recurso e a anulación da resolución obxecto de recurso segundo o disposto nos artigos 44.4 a) da LPAC, porque a resolución desestimatoria extemporánea nestes casos equivale a unha revogación sen seguir o procedemento de revisión».

Regap

Recensiones

3

Informe sobre a Xustiza Administrativa 2017. Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidade Patrimonial, Dereitos Fundamentais e Persoal da Administración

Informe sobre la Justicia
Administrativa 2017.
Tributos, Contratos Públicos,
Responsabilidad Patrimonial,
Derechos Fundamentales y
Personal de la Administración

Report on the Administrative
Justice 2017. Tributes, Public
Contracts, Patrimonial
Responsibility, Basic Rights and
Staff of the Administration

54
Regap

regap



RECENSIONES

DÍEZ SASTRE, S. (dir.), MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C. (coord.)

Centro de Investigación sobre Xustiza Administrativa da Universidade
Autónoma de Madrid (CIXA-UAM), Madrid, 2017, 277 pp.

Estreando o ano 2018, é hora de analizar e facer balance do xeito en que a xustiza administrativa deu resposta ás cuestións que lle foron formuladas, co fin de aclarar a interpretación conforme o ordenamento xurídico das normas que rexen en materias con tanto interese científico e transcendencia práctica como son a tributaria, a contratación pública, a responsabilidade patrimonial, os dereitos fundamentais ou o réxime xurídico do persoal da Administración. Neste labor de difundir a interpretación e a aplicación das normas administrativas e o seu exame crítico, resultan fundamentais obras como esta, nas cales non só se presenta un exame completo da xustiza administrativa, que non se esgota, como se puidese pensar, coas resolucións dimanantes dos xulgados e tribunais do contencioso-administrativo, senón nas que tamén se aborda a resposta e o procedemento na vía administrativa, así como a actividade dos órganos de revisión previos á vía xurisdiccional, facilitando, así mesmo, unha análise comparativa a diferentes niveis que proporciona unha visión máis completa dos sectores estudados, permitindo a comparación entre a xurisdición contencioso-administrativa (en diante, XCA) e as restantes ordes xurisdicionais, entre os ditos sectores entre si e destes cos datos xerais de funcionamento da XCA, así como unha comparación temporal que permite observar a evolución experimentada na materia respecto da reflectida nos anteriores Informes CIXA.

Esta obra conta con oito seccións ao longo das cales se analizarán os datos xerais de funcionamento da xurisdición contencioso-administrativa (II), as vías económico-administrativa e contencioso-administrativa en materia tributaria (III), en contratación pública (IV), en responsabilidade patrimonial (V), o funcionamento do proceso especial de tutela dos dereitos fundamentais (VI), a litixiosidade contencioso-administrativa en materia de persoal da Administración (VII), ademais de precederse o estudo da correspondente introdución (I) e concluír cunha ficha metodolóxica e unha práctica análise estatística de sentenzas (VIII).

A sección II cumpre cunha función descritiva do funcionamento da XCA, póndoa en relación con outras xurisdicións e establecendo unha comparativa con outros sistemas xudiciais do noso contorno xurídico. Abórdanse aspectos tales como o tempo de tramitación e resposta aos procedementos administrativos e xurisdicionais, analizando así a calidade da nosa xustiza administrativa, que pasa non só por dar unha resposta fundada en dereito, senón facelo en tempo axustado, sen dilatar o procedemento máis alá do estritamente necesario.

A sección III conclúese con titulares ben xustificadas ao longo das súas páxinas, que permiten observar unha radiografía da actividade desenvolvida ante os tribunais económico-administrativos, así como ante a XCA en materia tributaria, analizando a carga de traballo –que non diminúe– e a porcentaxe de resolución –que aumenta–, así como a resposta en materia de custas –maior imposición– ou o tipo de impugnacións que máis se formulan –inspeccións– e as estatísticas sobre desestimación destas –en incremento constante.

A sección destinada a analizar a xustiza administrativa no ámbito da contratación pública (VI) ofrece importantes claves sobre a materia, mostrando os claroscuros nunha actividade que se desenvolve, no período analizado, cunha mellora na información sobre a vía administrativa de recurso na sede xudicial, pero en que é maior a duración dos litixios, e, entre outros interesantes aspectos, advirte DÍEZ SASTRE sobre a tendencia á admisión da práctica de proba na maior parte dos procedementos en que se interesa.

Na sección V lévase a cabo un estudo pormenorizado dos resultados das reclamacións de responsabilidade patrimonial, discriminando en función de diferentes aspectos tales como a materia concreta á que afecta –sanidade, tráfico, etc.–, chamando a atención, entre outros aspectos, que o carácter obxectivo do sistema tan só sexa relevante nun terzo dos casos.

A sección VI advirte de significativos cambios de tendencia na tutela dos dereitos fundamentais, que se patentizan, por exemplo, na redución nos tempos de resposta do Tribunal Supremo ou na introdución de novos dereitos fundamentais obxecto de tutela (arts. 15 e 20.1 CE), ademais do sempre alegado dereito á tutela xudicial efectiva.

Coa sección VII introdúcese unha nova materia de estudo neste Informe CIXA 2017, a do emprego público, na cal se logra efectuar unha clarificadora análise da materia que leva a concluír cal é o contido máis impugnado –dereitos retributivos–, revela o elevado índice de litixiosidade do persoal estatutario, o maior uso do recurso de casación que efectúa a Administración, o elevado índice de desestimacións que existe ou a reducida duración dos procesos xudiciais.

A completa análise que se leva a cabo fai do *Informe sobre la Justicia Administrativa 2017* unha obra imprescindible para os estudosos do dereito administrativo tanto desde unha

perspectiva teórica, para coñecer a evolución da materia e propor unha mellora da normativa, como desde a visión práctica dos que deben estar informados para garantir a viabilidade das accións que impetran.

Patricia Calvo López
Doutoranda en Dereito
Liña de investigación E3031L02 Dereito Administrativo e das Administracións Públicas
Universidade de Santiago de Compostela
Avogada
patriciacalvolopez@gmail.com

regap



RECENSIONES

A revogación de actos administrativos favorables

La revocación de actos administrativos favorables

The revocation of favorable administrative acts

54
Regap

IGLESIAS GONZÁLEZ, F.

Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 259 pp.

Regap



RECENSIONES

É labor do xurista, en palabras do autor do prólogo deste libro, Ángel MENÉNDEZ REXACH, a correcta identificación dos conceptos e a súa utilización con rigor na formulación de proposicións xurídicas, tarefa de gran relevancia na práctica tanto no ámbito da lexislación positiva como da xurisprudencia e que o autor desta obra leva a cabo de forma brillante no que respecta, en concreto, á revogación pola Administración pública dos actos administrativos favorables.

Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ comeza esta obra cunha aproximación histórica ao principio de irrevogabilidade dos actos declarativos de dereitos, realizando posteriormente unha análise da noción de revogación utilizada na lexislación e a xurisprudencia, definindo os contornos da competencia, a xustificación, os requisitos e os límites, e finalizando cun estudo da vinculación da revogación á protección da garantía patrimonial dos cidadáns.

No primeiro capítulo, o autor analiza a relación entre a revogación de actos administrativos e a instauración do recurso contencioso. Durante o século XIX, a tendencia xeral era que a Administración non podía revisar por si mesma actos administrativos que “vulnerasen” dereitos dos cidadáns, senón que debía acudir á Administración contenciosa. A partir da segunda metade do século, comezan a atoparse normas que concretan estes principios, como o Real decreto do 21 de maio de 1853, garante absoluto da protección dos dereitos adquiridos, ou a Lei do 13 de setembro de 1888, que identifica os conceptos de nulidade e prexuízo de dereito ou lesividade.

Non obstante, a Lei da xurisdición de 1956 dá un xiro en canto ao alcance do procedemento de lesividade, establecendo a necesidade de que a Administración acuda á xurisdición contenciosa para retirar actos administrativos en supostos de anulabilidade, fosen actos declarativos de dereitos ou non. Malia iso, a Lei de procedemento administrativo de 1958 non se erixiu en complemento necesario para esa formulación, deixando a un lado a regulación da revogación dos actos válidos. O resultado final desta carencia foi, en palabras do autor, o mantemento do concepto da irrevogabilidade dos actos declarativos de dereitos e a afirmación xurisprudencial de que só se podían revogar-revisar os actos administrativos mediante algún dos mecanismos previstos na lexislación reguladora do procedemento administrativo (que non previa ningún mecanismo para revogar os actos válidos declarativos de dereitos). Finalmente, a partir dos anos noventa do século XX, a xurisprudencia do Tribunal Supremo vaise centrar principalmente na análise pormenorizada dos supostos concorrentes en cada revogación.

Coa chegada da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, a regulación da revogación non variou no seu alcance con respecto á Lei 30/1992, limitándose unicamente aos actos non favorables. Fronte ao mutismo da normativa estatal, é a normativa sectorial a que se viu forzada a regular a revogación de actos favorables, algo causado, segundo o autor, pola súa maior proximidade ás necesidades da Administración.

Finaliza o autor este capítulo afirmando que, tras toda a evolución histórica mencionada, no momento actual non existe norma no noso ordenamento xurídico que ampare o principio de irrevogabilidade dos actos declarativos de dereitos. É máis, sostén que rexe o principio de revogabilidade dos actos administrativos, incluídos os que recoñezan situacións favorables, con independencia de que tal revogación sexa indemnizable, como se comentará máis adiante.

O segundo capítulo leva por título “O concepto de revogación na lexislación e na xurisprudencia”, e nel analízase cal foi a transcendencia e o percorrido desta noción nos dous ámbitos, algo completamente necesario para entender o contido deste.

Así, IGLESIAS GONZÁLEZ, como non podería ser doutra forma, realiza con gran precisión unha mostraxe da lexislación no período comprendido entre os anos 1996 e 2016, propondo, tras a súa análise, catro posibles acepcións do concepto de revogación que clasifica como reaccións ou consecuencias a determinados eventos: como reacción fronte ao incumprimento dos requisitos ou obrigas exixidas pola norma ou o acto administrativo; como reacción sancionadora fronte ao incumprimento por parte do cidadán das condicións impostas polo acto ou ben pola comisión de determinadas actuacións relacionadas coa súa vida xurídica; como reacción fronte á variación obxectiva das condicións en que se desenvolve o acto que, de ter existido previamente, xustificarian a súa denegación e, por último, como consecuencia do cambio de apreciación das exixencias do interese público que motivaron o acto.

En canto á revogación por incumprimento, distingue o autor dous tipos: o incumprimento sobrevido ou posterior dos requisitos exixidos durante a vida do acto, citando numerosos exemplos contidos na normativa sectorial, e o incumprimento das condicións impostas polo acto administrativo, identificándoas como modos, non como condicións suspensivas ou resolutorias. Ambas as dúas teñen en común que existe un incumprimento por parte do titular do acto administrativo favorable, que pode non ser o único. Finalmente, o autor realiza un breve xuízo sobre as especialidades da revogación por incumprimento en materia de

subvencións, achegando diferentes opinións e concluíndo que o reintegro daquelas é unha auténtica revogación, como consecuencia do incumprimento das obrigas polo seu titular.

Polo que se refire á revogación-sanción, identifícase como reacción fronte ao incumprimento por un particular das condicións impostas nun acto ou a comisión de determinadas actuacións relacionadas coa súa vida xurídica. Moi relevante consideramos a afirmación que fai o autor para poder deslindala do tipo anterior. Afirma que, para poder distinguir correctamente este tipo de revogacións, cómpre que a normativa lles asigne carácter sancionador, co que iso implica con respecto aos principios especiais do procedemento sancionador.

Con respecto á revogación por variación obxectiva das circunstancias, configúrase como reacción fronte á modificación das condicións en que se desenvolve o acto, condicións que, de existiren no momento da súa resolución, terían motivado a súa denegación. Trátase de novos feitos ou circunstancias que, sen que conorra necesariamente un incumprimento, provocan un cambio externo á Administración. Especialmente notable resúltanos a crítica realizada polo autor ao sector da doutrina que considera este tipo de revogación asimilable á anulación por ineficacia sobrevida ou á caducidade, mantendo que en ningún caso cabe esa identificación, xa que se trata de actos válidos na súa orixe.

Por último, trátase a revogación por cambio de apreciación nas exixencias de interese público que motivaron o acto, á que algúns autores denominan “a verdadeira revogación”. Neste caso, a Administración varía os parámetros xurídicos ou normativos en que se desenvolve o acto administrativo, cambiando a súa percepción sobre o alcance do interese xeral. Polo que se refire á revogación por cambios normativos, a aprobación dunha norma provoca ou ben a revogación inmediata dun acto administrativo, ou ben xera o outorgamento dun prazo ao beneficiario suxeito á nova regulación para que se adapte á nova situación, procedendo a revogación se o particular non se acomoda ao novo réxime xurídico. No que respecta á revogación por decisión administrativa, é necesaria a obtención dun amparo normativo previo e unha modificación obxectiva e contrastada das circunstancias. Por último, existe tamén a posibilidade da revogación do acto outorgado baixo reserva de revogación (ou cláusula de precario) onde, desde o mesmo momento do seu nacemento, se considera o condicionamento da duración do acto á inexistencia de causa de interese xeral prevalente que leve consigo automaticamente, tras o correspondente procedemento administrativo, a súa revogación.

Así mesmo, o autor descarta outros usos do concepto por considerar que se asocian a supostos que no noso ordenamento responden a outro réxime xurídico, como son a reacción fronte á invalidez ou extinción de actos –dado que cando se revoga un acto nin é inválido nin desaparece do mundo xurídico– ou a revogación como caducidade ou desistencia. Ademais, efectúa un valiosísimo deslinde do concepto de revogación doutros conceptos como a revisión, a caducidade, as condicións resolutorias ou a modificación, propondo unha acertada definición: “toda extinción dun acto administrativo válido firme realizada pola Administración pública, excluídos os supostos de caducidade”.

No terceiro capítulo o autor reflexiona sobre a xustificación, os requisitos e os límites na competencia para a revogación de actos administrativos, comezando por entroncar o concepto co mecanismo de autotutela da Administración pública ou a posibilidade de eliminar por si mesma os actos administrativos.

Regap



RECENSIONES

Como sinala o autor, a doutrina abordou en numerosas ocasións o estudo da autotutela, relacionándoa cos principios de eficacia, o modelo de Estado social ou a posición de superioridade da Administración. É tamén un concepto que recolleron, por exemplo, a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, o Consello de Estado e o noso Tribunal Constitucional. Para o autor, o principio de eficacia xustifica constitucionalmente a competencia administrativa para a revogación como unha modalidade de autotutela en conexión directa co principio de consecución do interese xeral que debe perseguir a Administración. Por outro lado, IGLESIAS GONZÁLEZ analiza tamén a cuestión desde a perspectiva do principio de reserva de lei e do principio de seguridade xurídica.

Na terceira parte deste capítulo, o autor analiza a relación da revogación coa irretroactividade, determinando que as normas revogatorias son irretroactivas e que producen, en todo caso, efectos *ex nunc*, respectando as situacións xurídicas nadas anteriormente e afectando soamente aos dereitos do titular do acto cara ao futuro.

É tamén especialmente destacable o estudo que se efectúa acerca dos límites da facultade revogatoria, manifestando que a referencia que fai a norma aos principios de equidade e boa fe debe entenderse como unha moderación por parte da Administración da aplicación dos efectos da revogación de actos favorables. Así pois, é o principio de protección de confianza lexítima, entende o autor, o que debe desprazar á aplicación do principio de boa fe no ámbito da revogación de actos administrativos, pola súa vinculación cos problemas relativos á irretroactividade ou os dereitos adquiridos.

Por último, realízase un exame do procedemento de revogación no sentido estrito, propóndose a utilización das normas básicas do procedemento administrativo común como referencia, ante o baleiro normativo que anunciamos ao inicio desta recensión.

Finalmente, no último capítulo, titulado “A revogación e a protección da garantía patrimonial dos cidadáns”, o autor conclúe que a revogación non se debe identificar co concepto de expropiación, como en reiteradas ocasións indicaron parte da doutrina e a xurisprudencia, xa que non toda revogación ten un contido patrimonial que permita afirmar o carácter de “privación singular” e tampouco debe identificarse coa responsabilidade patrimonial, dado que esta xorde dunha situación xurídica non querida pola Administración, mentres que a revogación constitúe unha actividade consciente.

Conclúe IGLESIAS GONZÁLEZ este libro cunha pertinente apreciación sobre a necesidade de indemnizar ou non os titulares de actos revogados. Móstrase, por exemplo, favorable á indemnización cando a revogación provoca a finalización abrupta da vixencia dun acto administrativo que rompe a situación xurídica que a mesma Administración revogadora creara ao outorgar o acto. Por outra banda, no caso de licenzas de tracto sucesivo, entende que non debe ser indemnizado por revogación quen coñece a precariedade do acto administrativo outorgado, xa que tal acto se outorgou someténdoo á necesidade de acomodarse continuamente ás novas necesidades sociais.

En virtude do anteriormente exposto, consideramos imprescindible a lectura desta obra por todo aquel que estea interesado no fenómeno da revogación de actos administrativos. É de agradecer que IGLESIAS GONZÁLEZ puxese ao servizo dos xuristas os seus amplos coñecementos a través da monografía comentada. A súa necesidade e oportunidade é indiscutible

dada a escaseza de estudos doutriniais nesta materia tan relevante, tanto desde o punto de vista teórico como práctico.

Inés González González
Abogada en Ernst & Young Abogados, S.L.P.
ines.gonzalez.glez@gmail.com

regap



RECENSIONES

Dereito Público en Euskal Herria*

Derecho Público en Euskal Herria

Public Law in Euskal Herria

54
Regap

LASAGABASTER HERRARTE, I.
IVAP/Lete, Bilbao, 2017, 484 pp.

Regap



RECENSIONES

O libro que ten o lector nas súas mans é un libro distinto. A pesar do seu título, *Derecho Público en Euskal Herria*, o seu contido é accesible a calquera persoa lega en dereito, especialmente os capítulos primeiro e segundo. E digo que é accesible a calquera persoa lega en dereito porque, malia os tecnicismos que acompañan algúns dos seus apartados, a lectura non resulta especialmente difícil. Isto tamén pode deberse ao estilo. Está ben escrito, con frases curtas, non coa complexidade con que con frecuencia o dereito acompaña a escritura das obras xurídicas; e, respecto do seu contido, impecable. Na súa caracterización diría que a súa concepción é xurídica e práctica, teórica no sentido de que analiza certas categorías xurídicas con gran profundidade, categorías xurídicas que hai que dicir que son complexas. Á súa vez, o libro contextualiza debidamente toda esta teoría. En efecto, o compoñente histórico nas análises xurídicas é fundamental. Desde logo éo no dereito privado, pero tamén o é no dereito público. Quizais por iso o autor lle dese importancia a este aspecto ou contido histórico. Así, no seu primeiro capítulo salienta os inicios do constitucionalismo e a súa importancia para a configuración xurídica de Euskal Herria, realizando unha breve consideración sobre a abolición foral. Da dita abolición foral, que non permitiu unha estrutura político-administrativa nova para Euskal Herria e os seus territorios, a única físgoa que queda é o Concerto Económico.

Posteriormente, fai referencia a un período de especial relevancia, e que ten lugar tras a Restauración e a ditadura de Primo de Rivera: a Segunda República. Nela abórdase a análise do Estatuto de autonomía, destacando a transcendencia da política estatal en Euskal Herria,

* Edición en euskera: Zuzenbide Publikoa Euskal Herrian, IVAP/Lete argitaletxea, Bilbo, 2017, 462 orri.

que evitará que Nafarroa forme parte dun mesmo ente político con Bizkaia, Gipuzkoa e Araba, situación á que se chega precisamente como consecuencia de non respectarse a vontade dos concellos navarros. Despois fai unha breve consideración sobre o franquismo, onde resalta a falta de unidade político-administrativa dos territorios históricos vascos, falta de unidade que persegue que non exista unha identificación como entidade cultural dos territorios vascos de Hegoalde. A estas cuestións xa dedicou a súa atención o profesor da Universidade do País Vasco Pedro Larumbe nun importante estudo efectuado en 1973 e ao que fai referencia tamén o autor. Posteriormente, entra xa na época máis actual, despois do falecemento do ditador e a renovación do Estatuto de autonomía de 1979 e os dous momentos político-institucionais que se producen con posterioridade e que teñen un importante significado político na evolución da política vasca, como son a Proposta de reforma do Estatuto de autonomía, de 2003, e a Lei de consulta, de 2008, ambas as dúas dirixidas polo lehendakari Ibarretxe. Recordando sucintamente estas épocas, podería dicirse que en 1997, nun acto que organiza o sindicato en Gernika, se di que se esgotou o estatuto, que xa non nos serve para avanzar máis. En realidade estíbese a esgotar o sistema, non só o estatuto. O sistema das autonomías tal como funciona no Estado chega a un momento de esgotamento e de crise cada vez máis manifesta. Ante esa situación, que sucede? En 1996 gaña as eleccións o PP de Aznar, en 2000 gáñaa por maioría absoluta e a diferenza de votos entre o PP e o PNV é de 40.000 en Vascongadas. Que sucede? Para as eleccións de 2001 Aznar e Oreja propoñen a candidatura a lehendakari de Oreja xa que só hai 40.000 votos de diferenza.

Trátase dun período de gran dureza. Mostra diso constitúeo un artigo de Juan Luis Cebrián. Escribe Cebrián, despois das eleccións de 2001, que por primeira vez se alegraba de que tivesen gañado os nacionalistas en Euskadi, por que? Porque, di, realmente viviamos un espírito de cruzada. Un espírito de cruzada que mantiña o PP, pero que tamén apoiaba o PSOE; lémbrese a Nicolás Redondo naquela época e onde está agora, cando se propuxera aquí incluso que podía subir ao poder Mayor Oreja, cunha presión impresionante sobre o país. Pero iso a xente non o creu, menos mal, e en 2001 gañou Ibarretxe cunha gran vantaxe.

Na primeira fase tras o franquismo, falamos dos anos 1978-2001, está en vigor o Estatuto de autonomía. A estrutura autonómica do Estado inicia a súa andaina coa Constitución de 1978, co Estatuto de autonomía do País Vasco e a Lei orgánica de harmonización do Foro de Navarra. Nesta primeira fase do rexurdimento da autonomía maniféstase, igual que na Segunda República, a evidente intención política de manter Nafarroa fóra dun ente común constituído polos territorios de Hegoalde. Este obxectivo lógrase xa, tal como claramente describe o autor coa configuración da autonomía, onde Navarra queda fóra do réxime pre-autonómico. Todo iso, obviamente, coa clara participación da Deputación Foral de Navarra, carente de toda lexitimidade democrática. Pero esta sempre foi unha cuestión de Estado, que se resolveu con independencia do que poidan dicir as normas.

O Estatuto de autonomía sofre dunha fase de esgotamento, que en 1997 recorda o sindicato ELA nunha concentración realizada en Gernika, producíndose ao mesmo tempo, co acceso ao poder do Partido Popular no ano 2000, o que logrou por maioría absoluta, certa cruzada contra o nacionalismo, tal como sinalarían algúns dos máis destacados comentaristas da prensa española. Isto dá lugar a que nas eleccións gañe o lehendakari Ibarretxe, elaborando a proposta dun novo Estatuto político de libre asociación co Estado español.

Esta proposta, así como a posterior Lei de consulta 9/2008, son sometidas a unha detallada análise xurídica por parte do autor, para rematar o capítulo facendo unha referencia á evolución organizativa en Nafarroa e en Iparralde, finalizando cunhas reflexións sobre o significado da historia da determinación do suxeito político.

O segundo capítulo é un capítulo importante porque o autor analiza as categorías fundamentais aplicables como suxeito político ás nacións sen Estado, entrando na análise de temas tan actuais como o dereito a decidir, o dereito de autodeterminación, o significado dos dereitos históricos, o dereito á autonomía, o concepto de territorio, a cidadanía, o réxime xurídico da lingua e o réxime xurídico dos símbolos. Todas estas cuestións, como ben pode apreciar o lector, son dunha importante complexidade que o autor sabe sintetizar axeitadamente dando ademais a súa propia visión sobre estes temas. A análise que realiza destas categorías xurídicas non se detén soamente nunha consideración teórica, senón que atende á xurisprudencia que nestes temas existe, ben sexa esta xurisprudencia propia do Tribunal Constitucional ou do Tribunal de Xustiza Internacional. É moi numerosa a xurisprudencia que analiza en relación cos dereitos históricos, por exemplo, ou a referencia que fai tamén á xurisprudencia do Tribunal Constitucional coa Lei de consulta, ou as sentenzas máis recentes referidas a Cataluña. Atende tamén á importante sentenza do Tribunal de Xustiza Internacional sobre Kosovo.

O capítulo terceiro poderíamos sinalalo como o máis clásico. Nel estúdanse as institucións básicas do autogoberno, atendendo tanto ás institucións da Comunidade Autónoma do País Vasco como ás da Comunidade Foral de Navarra. Neste sentido, analízanse a institución parlamentaria, o goberno, a Comisión Arbitral da Comunidade Autónoma do País Vasco, o Tribunal de Contas e o Tribunal de Comptos, o Ararteko e o Defensor do Pobo navarro, entre outras. Cómpre salientar a importancia que lle dá o autor á institución parlamentaria, en especial á cuestión da inviolabilidade parlamentaria e á inviolabilidade do propio Parlamento.

No capítulo cuarto pareceume de especial interese a análise que realiza das relacións transfronteirizas, aínda que sería máis axeitado dicir do papel que os entes subestatais, neste caso as comunidades autónomas, poden representar nas relacións internacionais. En primeiro lugar, e nun tema que parece doutrinalmente un tanto esquecido, está a posibilidade de intervenir en virtude dun tratado internacional, é dicir, trátase daqueles casos nos cales as propias normas internacionais prevén a posibilidade de que os entes subestatais participen na execución dese tratado internacional ou que formen parte de órganos de xestión constituídos por representantes de organizacións político-administrativas de Estados diferentes. Este e non outro é o sistema que se seguiu no Tratado de límites entre os Estados español e francés, que prevé algúns instrumentos de xestión por exemplo das augas do Bidasoa. En xeral, hai que recordar que as competencias que internamente ten atribuídas unha comunidade autónoma poden e deben permitir que no desenvolvemento de tratados internacionais que afecten a esas competencias sexan precisamente esas comunidades autónomas as que actúen no seu desenvolvemento. O feito de que unha actividade poida cualificarse como de carácter internacional non pode implicar necesariamente que a comunidade autónoma afectada se vexa privada das súas competencias nesa materia. Non tería moito sentido un acordo en materia educativa que dese lugar á substitución da Administración educativa autonómica pola Administración estatal. Este sería un sistema de funcionamento, desde a perspectiva teórica, do concepto do Estado das autonomías, aínda que tamén sería igualmente incompreensible desde a perspectiva da súa funcionalidade práctica. O autor detense en recordar tamén as diferentes formas de expresión da actividade internacional dos entes subestatais, chamando

Regap



RECENSIONES

a atención sobre ese fenómeno que se estendeu non só por Europa, senón tamén, podería dicirse, polo mundo, como é o do asociacionismo e as relacións internacionais. Isto é, ese fenómeno en virtude do cal diferentes entes subestatais se poñen de acordo e constitúen unha asociación de dereito privado para, a través dela, poder exercer polo menos funcións de *lobby* na defensa dos seus intereses.

Xunto a este aspecto xeral, o autor analiza o réxime xurídico das relacións de cooperación entre Hegoalde e Iparralde, atendendo aos dous marcos fundamentais que prevén unha actividade deste tipo, como son o Convenio Marco de Cooperación transfronteiriza do Consello de Europa e, no ámbito da Unión Europea, a diferente forma de intervención dos entes subestatais na estrutura institucional da Unión Europea, no que se daba en chamar a participación ascendente, é dicir, na formación da vontade política deses órganos europeos, e en fase descendente consistente na aplicación desas normas europeas no ámbito interno.

No apartado das relacións internacionais, o autor analiza a participación no Parlamento Europeo ante o Tribunal de Xustiza, e ante a Comisión e o Consello. Non esquece tampouco o Comité das Rexións, órgano creado no ámbito da Unión Europea co obxectivo específico de dar resposta á necesidade de participación dos entes subestatais nas institucións europeas, aínda que o funcionamento deste ente dista moito de responder á finalidade que xustificou a súa propia creación. Ao tratar da participación descendente, o autor realiza unha análise exhaustiva das diferentes fases que se poden dar no desenvolvemento das normas europeas, chamando a atención sobre cuestións tan actuais e novidosas como a posible responsabilidade económica dos entes subestatais que non executan a normativa europea nos prazos e as condicións que esta establece. A dita responsabilidade patrimonial constitúe realmente a resposta máis adecuada ao incumprimento das súas obrigas polos entes comunitarios, e non aquela, defendida doutrinalmente con frecuencia, consistente en defender que o incumprimento desas obrigas por parte dos entes subestatais na execución das normas europeas podería dar lugar á súa substitución pola Administración estatal. Nalgúns casos chegábase a afirmar con rotundidade a aplicación do artigo 155 da Constitución, o que certamente constituía un exceso de difícil xustificación. Para finalizar este apartado, analiza a tamén novidosa figura das Agrupacións Europeas de Cooperación Territorial, forma de organización que permite o recoñecemento de personalidade xurídica no ámbito europeo, especialmente ante as institucións europeas, cuxa existencia e funcionamento requiren non obstante que unha norma interna precise debidamente cales son as súas competencias e que tipo de órganos e normas de funcionamento prevé.

En conxunto, pois, unha obra de grande interese que entendo que enche un importante baleiro que existía nesta materia en Euskal Herria e que o autor aborda co rigor que o caracteriza. Hai poucos traballos de carácter xurídico-público que desen resposta aos moitos interrogantes que desde a perspectiva do dereito público suscita a existencia de entes deste tipo. Certamente, afirmase que o proceso de globalización permite o xurdimento de novos suxeitos políticos, aínda que esta afirmación de principio non vén acompañada precisamente da modificación dos ordenamentos xurídicos estatais que permita unha actuación dos entes subestatais nesa cada vez máis desenvolvida e importante actividade económica, social, política e, como non, tamén xurídica.

Silbia Sarasola
Mondragon Unibertsitatea
ssarasola@mondragon.edu